

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)
Г.Б. Динвуди (Оксфордский университет, Великобритания)
Н.Ю. Ерылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральский государственный юридический университет, Российская Федерация)
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя

и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2021

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

4/2021



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

М.Л. Давыдова

Локальные нормативно-правовые акты:
терминологические дискуссии

4

Российское право:

состояние, перспективы, комментарии

Н.В. Демидов

Общественный договор в системе трудовых отношений
современной России

25

Ю.Д. Жукова, А.С. Подмаркова

Самозанятые граждане: правовая квалификация деятельности
и перспективы формирования специального режима

49

Н.В. Ростовцева

Наследование по праву представления в России и Франции:
сравнительное исследование

80

Т.П. Подшивалов

Вещно-правовые ожидания как основание применения
вещных исков

102

Е.А. Фокин

Досудебное урегулирование споров в арбитражном процессе:
эволюция и противоречия подходов судебной практики

124

Ю.В. Грачева, С.В. Маликов, А.И. Чучаев

Преступления в сфере компьютерной информации:
критический взгляд

152

Право в современном мире

Е.Б. Дьяченко, К.В. Энтин

Роль консультативных заключений Суда ЕАЭС в развитии
права конкуренции Евразийского экономического союза

177

Е.Ю. Борзило

Концепция экономической зависимости
в регулировании предпринимательской деятельности

205

А.Г. Волеводз

Международное сотрудничество России и США в сфере
выдачи лиц для уголовного преследования:
проблемы и перспективы

230

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Board

G. Ajani (University of Torino,
Italy)
J. Basedow (Max-Plank Institute,
Federal Republic of Germany)
N.A. Bogdanova (Moscow State
University, Russian Federation)
S.F. Deakin (University of
Cambridge, Great Britain)
G.B. Dinwoodie (Oxford
University, Great Britain)
T. Endicott (Oxford University,
Great Britain)
G.A. Gadzhiev (Constitutional
Court of Russian Federation)
A.A. Ivanov (HSE,
Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE,
Russian Federation)
T.G. Morschakova (HSE,
Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian
University of Peoples' Friendship,
Russian Federation)
V.D. Perevalov
(Ural State Law University,
Russian Federation)
V.A. Sivitsky
(Constitutional Court
of Russian Federation)
Yu.A. Tikhomirov (HSE,
Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE,
Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsyatskiy Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Legal Thought: History and Modernity

M.L. Davydova

Local regulatory legal acts: terminological discussions 4

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

N.V. Demidov

Public Contract in the System of Labour Relations in Modern Russia . . 25

Yu.D. Zhukova, A.S. Podmarkova

Self-Employed Persons: Legal Qualification of Their Activity
and Perspectives for Formation of a Special Regime 49

N.V. Rostovtseva

Comparative Analysis of the Concept of Inheritance by Right
of Representation in Russia and France 80

T.P. Podshivalov

Property Legitimate Expectation as a Basis for the Application
of Real Action 102

E.A. Fokin

Pre-Trial Claim in Commercial Procedure:
Evolution and Contradictions of Case-Law 124

Yu.V. Gracheva, S.V. Malikov, A.I. Chuchaev

Crimes in the Sphere of Computer Information: Critical Look 152

Law in the Modern World

E.B. Diyachenko, K.V. Entin

The Role of the Eaeu Court's Advisory Opinions In Development
of the Eurasian Economic Union's Competition Law 177

E.Yu. Borzilo

Concept of Economic Dependence in Business Regulation 205

A.G. Volevodz

International Cooperation Between Russia and the United States
in Extradition of Persons for the Purposes of Prosecution:
Challenges and Opportunities 230

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is registered in **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) on the base of Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Научная статья

УДК: 340.130.568

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.4.24

Локальные нормативно-правовые акты: терминологические дискуссии



Марина Леонидовна Давыдова

Волгоградский государственный университет, Волгоград, Россия, davidovaml@volsu.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8392-9592>



Аннотация

В исследовании локальных нормативно-правовых актов сложность составляет определение их отраслевой принадлежности. В зависимости от тематики конкретного исследования локальные акты могут рассматриваться как источники норм административного, гражданского, трудового, корпоративного права, что предопределяет различные интерпретации соответствующего понятия. Проблема осложняется тем, что преемственность в изучении локальных актов возможна лишь в очень ограниченных пределах, так как не только понятие, но и сама сущность данного явления в советский период значительно отличалась от современной. При этом как полное отторжение, так и некритическое воспроизведение старых теоретических конструкций порождают различные и довольно спорные подходы к понятию локальных актов. В статье исследуются современные трактовки понятия «локальный нормативно-правовой акт» с целью выявить границы использования данного термина и круг явлений, ими охватываемых. Анализ возможных интерпретаций данного понятия с позиций различных концепций правопонимания (социологической, естественно-правовой, позитивистской) позволяет сделать вывод о том, что правовая природа локальных нормативно-правовых актов может с необходимой долей убедительности быть обоснована в рамках любой из существующих концепций. Помимо концептуальных представлений о праве, специфика возможных подходов к понятию локальных актов может быть обусловлена особенностями той отрасли права, с позиции которой проводится исследование (трудовое, гражданское, административное, муниципальное право). Применяя формально-юридический и логический методы, автор анализирует каждый из существующих отраслевых подходов, доказывая, что на сегодняшний день комплексное исследование системы локальных нормативно-правовых актов представляется возможным только с позиции общей те-

ории права. Именно общетеоретический подход, в отличие от отраслевого, позволяет охватить все разновидности локальных актов, выявляя признаки, объединяющие различные их категории. Обосновывается использование термина «локальные нормативно-правовые акты» как родового, охватывающего в качестве своей разновидности акты корпоративные, но при этом образующего непересекающиеся множества с понятием «муниципальные нормативно-правовые акты».



Ключевые слова

локальный нормативно-правовой акт, корпоративный нормативно-правовой акт, муниципальный нормативно-правовой акт, локальное регулирование, локальная норма, источник права

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Финансирование: Исследование выполнено за счет средств гранта Российского научного фонда № 21-18-00484.

Для цитирования: Давыдова М.Л. Локальные нормативно-правовые акты: терминологические дискуссии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 4–24. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.4.24

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Local regulatory legal acts: terminological discussions



Marina L. Davydova

Volgograd State University, Volgograd, Russia, davidovaml@volsu.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8392-9592>



Abstract

When studying local regulatory acts, we are faced with the question of what branch of law they belong to. Depending on the subject of a particular study, local acts can be considered as sources of norms of administrative, civil, labor, corporate law. This leads to completely different interpretations of the concept of “local legal act”. The difficulty is that in today’s study of local acts there is almost no continuity with the studies of the previous period, because not only the concept, but also the very essence of this phenomenon in the Soviet period was significantly different from the modern one. At the same time, it is equally wrong to both reproduce uncritically the old theoretical constructions and completely reject them. As a result, rather contradictory and controversial approaches to the concept of “local legal acts” may arise. The article explores modern interpretations of the concept of “local

regulatory legal act” in order to reveal the boundaries of the use of this term and the range of phenomena they cover. An analysis of possible interpretations of this concept from the standpoint of various concepts of legal thinking (sociological, natural law, positivist) allows us to conclude that the legal nature of local regulatory legal acts can be substantiated within the framework of all the existing concepts. In addition to conceptual ideas about law, the specificity of possible approaches to the concept of local acts may be due to the peculiarities of the legal branch from which the research is conducted (labor law, civil law, administrative law, municipal law). Using the formal legal and logical methods, the author analyzes each of the existing approaches, showing that today a comprehensive study of the system of local regulatory acts is possible only from the perspective of a general theory of law. It is the general theoretical approach that allows us to cover all varieties of local acts, revealing the signs that unite their various categories. The author substantiates the use of the term “local regulatory legal acts” (internal acts of the organization that regulate the behavior of its members) as a generic one. “Corporate normative legal acts” are considered as a kind of local acts. As for the municipal acts, they completely do not coincide with the local ones, because their action extends not to the members of the organization, but to all those who are on the territory of the municipality.



Keywords

local regulatory legal act, corporate regulatory legal act, municipal regulatory legal act, local regulation, local norm, source of law

Acknowledgements: The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

Financing: The study is financially supported by the Russian Science Foundation, project № 21-18-00484.

For citation: Davydova M.L. Local regulatory legal acts: terminological discussions. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 4–24. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.4.24

Введение

Современные подходы к совершенствованию правового регулирования, в частности, концепции умного регулирования (smart regulation), лучшего регулирования (better regulation), меньшего регулирования (less regulation) [Романовская О.В., 2019]; [Слеженков В.В., 2021] обосновывают необходимость сокращения прямого государственного вмешательства в общественные отношения, доказывая, что привлечение «суррогатных регуляторов», использование саморегулирования и сорегулирования «уменшает утечку скудных нормативных ресурсов и обеспечивает более широкое участие в вопросах регулирования тех, кто непосредственно связан с отраслью и широким сообществом» [Gunningham N., Sinclair D., 2017: 141]. К сожалению, в отечественной практике объем нормативно-правовых актов и интенсив-

ность государственного регулятивного воздействия на общественные отношения не снижается.

В сочетании с возрастанием числа центров принятия правотворческих решений это позволяет говорить о фрагментации правового регулирования, которая вполне обоснованно рассматривается сегодня как закономерная тенденция развития правового пространства [Залоило М.А., 2020]. И если на уровне законодательного регулирования эта тенденция носит скорее отрицательный характер, нарушая единство и внутреннюю логику правовой системы, приводя к созданию «местечковых» регуляторов [Власенко Н.А., 2015], то развитие локального правотворчества как способа формирования норм, исходящих не от государства, а от частного сектора, играет в этом процессе, скорее, позитивную роль. В определенной мере развитие локального регулирования способно компенсировать пробельность, коллизионность, нестабильность законодательства, формируя «низовую», относительно автономный уровень системы источников права.

Актуальность исследования локальных нормативно-правовых актов в связи с этим, безусловно, возрастает. При этом, несмотря на традиционный характер данного понятия (а в какой-то мере, и вследствие этого), изучение локальных актов сталкивается с рядом нерешенных научных проблем, касающихся, в частности, круга явлений, охватываемых понятием «локальный нормативно-правовой акт», критериев отграничения их от близких по природе актов, перечня возможных субъектов локального правотворчества и т.д.

Термины «локальные нормы», «локальные нормативные акты», «локальное правовое регулирование» активно использовались в советской юридической литературе. Наибольшее внимание этой проблематике уделялось в рамках трудового права (Г.И. Дубских, Л.Л. Иделиович, С.С. Каринский, И.Н. Каширин, Е.А. Кленов, Р.И. Кондратьев, Ф.М. Левиант), а также общей теории права (Л.И. Антонова, С.И. Архипов, В.К. Самигуллин, В.А. Тарасова). Под локальными правовыми актами понимались акты государственных предприятий, учреждений и организаций, которые рассматривались как продолжение государственной власти, а их акты — как звено системы нормативно-правовых актов, устанавливаемых государством [Самигуллин В.К., 1976: 38]. Вопрос о нормативно-правовом характере актов негосударственных предприятий не ставился ввиду отсутствия последних.

Близкой по своей природе к локальным нормативно-правовым актам являлась еще одна группа источников советского права — акты, принятые общественными объединениями с предварительной или последующей санкции государства [Щиглик А.И., 1983]; [Ямпольская Ц.А., 1965]. Как и в предыдущем случае, многие теоретические положения, характеризовавшие эту группу актов, на сегодняшний день не применимы, так как их признание

источниками права было связано с тем, что фактически общественные объединения представляли собой не институты гражданского общества, а квазигосударственные структуры. В современных условиях своеобразное возрождение этой практики происходит в рамках института сорегулирования, который (в противоположность западной модели¹) продолжает нести на себе негативные черты советского опыта имитации общественного участия в государственном правотворчестве [Романовская О.В., 2019: 10–12].

В постсоветский период локальные акты стали активно исследоваться (А.М. Алиев, Е.Ю. Калужнов, Т.В. Кашанина, А.Б. Козырева, А.С. Кривченков, П.Т. Подвысоцкий, В.А. Потапов, С.В. Ухина, Г.В. Хныкин, И.С. Шиткина и др.), в том числе как акты саморегулирования (Д.О. Грачев, Ю.Г. Лескова), акты поднормативного регулирования (Е.Г. Сирота), разновидность сделок (С.Ю. Филиппова, С.С. Вилкин), юридических фактов (А.Я. Ганижев). При этом научные выводы советского периода в современных работах иногда используются некритично (без учета изменившихся социально-политических реалий) либо, наоборот, полностью отвергаются как морально устаревшие. В результате складывается довольно противоречивая картина, в которой одним и тем же понятиям разные исследователи порой придают прямо противоположные значения. Часть дискуссий носит, казалось бы, терминологический характер: какие именно акты должны называться локальными? как это понятие соотносится с корпоративными, муниципальными актами? к каким из этих актов применима характеристика «нормативно-правовой»? На деле вопрос терминологии, как это часто бывает, оказывается спором не о словах, а о сущности рассматриваемых явлений.

В статье на основе анализа современных научных исследований и действующего законодательства раскрывается взаимосвязь между существующими подходами к понятию локального нормативно-правового акта и основными концепциями правопонимания, а также спецификой конкретных отраслей права.

1. Локальные акты и дискуссия о правопонимании

Первый концептуальный вопрос, связанный с анализом природы локальных нормативно-правовых актов: право или неправо? В определенной мере ответ на него зависит от принятой исследователем концепции правопонимания. Разумеется, наиболее категоричен в обосновании правовой природы локальных актов социологический подход. Наличие права, исходящего не

¹ Interim Report from the Commission to the Stockholm European Council — Improving and simplifying the regulatory environment. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0130> (дата обращения: 20.03.2021)

от государства, а от общества, от союзов и объединений [Эрлих О., 2011] является одним из его базовых положений. В своей крайней трактовке (правовой плюрализм) такой подход способен привести к полному стиранию границы между правом и иными социальными нормами [Антонов М.В., 2013]. В отечественной юриспруденции, традиционно тяготеющей к юридическому позитивизму, подобный взгляд на право вряд ли станет когда-нибудь преобладающим. Однако обосновываемые в науке идеи о делении права на государственное и негосударственное, о наличии права гражданского общества, группового и индивидуального права [Малахов В.П., 2015: 51–57], безусловно, отсылают нас к довольно радикальным взглядам социолого-правового спектра.

Развивая эти взгляды, некоторые авторы ставят корпоративное право² как разновидность группового в один ряд с каноническим и теневым, что предполагает не столько согласование, сколько противопоставление корпоративного права государственному. «Корпоративное право не организуется извне, не порождается посредством государственного волеизъявления. Возникновение корпоративного права — это результат акта добровольного вхождения в корпорацию, закрепления статуса участника (члена) корпорации и последующего развития корпоративных правоотношений, возникающих по поводу организации внутренней деятельности корпорации, реализации корпоративного интереса и распределения материальных благ, прибыли между участниками (членами) корпорации» [Правкина И.Н., 2017: 109].

Данная позиция перекликается с теорией социальной автономии (О. фон Гирке, Л.С. Таль, У. Мейер-Кординг, Ж.-Л. Бержель), которая рассматривает автономию корпораций не как полномочие, производное от государства и необходимо имеющее в качестве предпосылки закон, а как социальный источник права, находящий основание в иной власти и выражающийся при определенных условиях в полномочии самостоятельно создавать объективное право в актах, устанавливающих собственный правовой порядок [Калюжнов Е.Ю., 2015: 20–38].

Не противоречит такой взгляд и естественно-правовой парадигме, в рамках которой локальные акты могут рассматриваться как практическое воплощение права на объединение и принципа «разрешено все, что не запрещено». В такой трактовке они выступают материализацией естественного права, не производной от права позитивного, а лишь согласующейся с ним в принципиальных моментах, в остальном же выражающей свободное волеизъявление гражданского общества. Естественно-правовую трактовку ло-

² Термин «корпоративное право» понимается здесь предельно широко, как внутренние нормы любых объединений.

кальных актов в своих современных работах предлагает В.К. Самигуллин, указывающий, что «... если локальный акт, обозначаемый как «нормативный правовой акт», соответствует первосути права — мерности, направлен на более полное обеспечение прав и свобод человека и гражданина... то такой локальный акт, даже если он противоречит действующему федеральному или региональному законодательству (в силу их неадекватности новой производственной и социальной ситуации, противоречивости, устарелости и т.д.), может быть признан правовым» [Самигуллин В.К., 2016: 20].

С позиции позитивистского взгляда на право приведенные выше варианты обоснования юридической природы локальных нормативно-правовых актов выглядят достаточно сомнительными. Если право — это, по определению, то, что так или иначе связано с государством, то круг относимых к нему явлений существенно сужается. Однако убедительное обоснование локального правотворчества возможно и в этом контексте. Более того, позитивистская парадигма лежит в основе сразу нескольких базовых подходов к природе локальных актов, прежде всего, правореализационного и нормативного. Согласно первому из них, возможность устанавливать правовые нормы является исключительной прерогативой государства, а природа локальных актов связывается с актом реализации таких норм в форме договора или сделки. С позиции второго подхода, локальное нормативное регулирование является продолжением регулирования государственного на том основании, что государство допускает ограниченную возможность саморегламентации поведения субъектов (поднормативного регулирования) либо санкционирует локальные нормативные акты, признавая их статус в качестве правовых. Если оставаться в рамках позитивистской парадигмы, то последний вариант аргументации представляется нам наиболее удачным, хотя и не лишенным недостатков.

В данном случае, однако, нас интересуют не преимущества того или иного подхода, а тот факт, что правовая природа локальных нормативно-правовых актов может с необходимой долей убедительности быть обоснована с позиции любой концепции правопонимания.

2. Проблема отраслевой принадлежности локальных актов: преимущества общетеоретического подхода

Наряду с этим значительное влияние на решение вопроса о сущности рассматриваемой группы нормативных актов оказывает определение их отраслевой принадлежности. Вопрос этот не всегда ставится исследователями (особенно, теоретиками) прямо, но, как правило, содержание выводов четко указывает на то, какие именно группы актов выступали в качестве эмпирической базы. Учитывая, что данной проблематике посвящены и многочис-

ленные собственно отраслевые исследования, можно уверенно говорить о существовании нескольких подходов.

Первый из них связывает понятие локального нормативно-правового акта преимущественно с трудовым правом. Широкой популярности такой их трактовки способствуют многолетние научные наработки, а также наличие прямого упоминания в действующем законодательстве (ст. 8 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ³)), дающего объективные основания для многочисленных отраслевых исследований.

Второй подход основывается на нормах гражданского и корпоративного права. Изначально в постсоветской теоретико-правовой литературе термин «корпоративные» употреблялся в отношении норм всех негосударственных организаций [Алексеев С.С., 1993: 68] как более современно звучащий аналог «локальных» актов⁴. Однако такое широкое значение быстро вступило в конкуренцию с чрезвычайно конкретной цивилистической трактовкой, которая со временем вошла и в некоторые теоретико-правовые исследования [Кашанина Т.В., 2005: 34], рассматривающие в качестве корпоративных актов уставы и иные акты конкретной категории юридических лиц — корпораций.

Третий подход, исходя из буквального значения слова «локальный» (т.е. «местный»), связывает данный термин с актами органов местного самоуправления. Внутренние акты различных организаций при этом полностью или частично переименовываются в корпоративные либо остаются без названия [Кашанина Т.В., 2009: 127–146]; [Арзамасов Ю.Г., 2019: 4–5].

Четвертый подход встречается в некоторых работах по административному праву, где термин «локальные» применяется к внутренним актам государственных органов. Так, Д.Н. Бахрах делит нормы административного права на общеобязательные и внутриаппаратные, среди которых выделяет общеаппаратные, межведомственные, ведомственные и локальные (действующие в пределах отдельной организации) [Бахрах Д.Н., 2006: 32]; [Ордина О.Н., 2010: 15–17].

Пятый (общетеоретический) подход предполагает попытку обобщения отраслевых особенностей и формирования единой, надотраслевой концепции последних. К сожалению, теория права часто использует данные отраслевых наук выборочно и несистемно. Более того, формальная принадлежность исследования к той или иной научной специальности вообще не является здесь основным критерием. В отраслевых работах мы можем встретить последовательно обоснованный общетеоретический подход [Лушников А.М.,

³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 06.10.2021) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2021).

⁴ По мнению М.Н. Марченко, термин «корпоративные» является просто западным вариантом названия локальных актов [Марченко М.Н., 2005: 262].

2014: 63]. Наоборот, в работах по теории права содержание выводов часто указывает на применимость их лишь к отдельным группам актов.

В качестве примера рассмотрим два теоретико-правовых исследования, авторы которых концептуально стоят на позициях своих научных руководителей, конструктивно развивая соответствующие научные подходы. Речь идет о защищенных примерно в одно и то же время диссертационных работах Е.Ю. Калюжнова «Теоретико-правовые основания правил техники локального нормотворчества» (М., 2015) и А.Б. Козыревой «Корпоративное правотворчество: теория и практика» (М., 2016). Несмотря на то, что в качестве основной темы оба исследования посвящены проблемам локального (корпоративного) правотворчества, основные разногласия у авторов возникают по концептуальным вопросам понятия и сущности исследуемых нормативных актов.

Е.Ю. Калюжнов, придерживаясь общетеоретической трактовки, определяет локальные нормативные акты как имеющие регулятивное (абстрактно-неиндивидуальное) содержание внутренние документы различных юридических лиц и использующих наемный труд частнопрактикующих субъектов. Признаками таких актов являются: 1) регулятивная рекурсивность (самонаправленность); 2) праворазмерность (соответствие праву); 3) нормотворческая многофункциональность; 4) остаточная предметность; 5) нормативная мягкость [Калюжнов Е.Ю., 2015: 8].

В работе А.Б. Козыревой корпоративные акты определяются как вид нормативных правовых актов, в котором содержатся нормы права, принятые органами управления корпоративной организации, распространяющиеся на ее участников. К числу признаков этих актов автор относит следующие: 1) их адресатами являются участники корпорации, имеющие точную количественную определенность; 2) сфера их действия не ограничена территорией корпоративной организации; 3) их содержание определяется волей коллектива корпоративной организации; 4) корпоративные акты в равной степени содержат и дозволения, и запреты, и предписания; 5) над материальными в них преобладают процедурные нормы; 6) они в своем большинстве имеют поощрительный характер; 7) для них характерна оперативность принятия» [Козырева А.Б., 2016: 203].

Нетрудно заметить, что ключевое различие данных подходов заключается в определяемом ими круге возможных субъектов локального (корпоративного) правотворчества. В первом случае круг этот очерчен предельно широко, охватывая любые юридические лица, а также частнопрактикующих субъектов, использующих наемный труд. Во втором — круг субъектов существенно ограничивается, и включает лишь юридические лица и только те из них, которые относятся к числу корпоративных организаций. Сам термин «корпорация» понимается автором в соответствии с действующим граждан-

ским законодательством как «объединение действий и/или имущества лиц (физических и/или юридических), зарегистрированных в качестве юридического лица с обособленным имуществом, участие в котором формализовано, имеет свои органы управления и функционирует на началах автономии и самоуправления» [Козырева А.Б., 2016: 8].

При делении юридических лиц на корпоративные и некорпоративные организации исследователь также ориентируется на Гражданский кодекс РФ, который в ст. 65.1 перечисляет соответственно корпоративные и унитарные юридические лица⁵. К первым относятся, как коммерческие (хозяйственные товарищества и общества, крестьянские (фермерские) хозяйства, хозяйственные партнерства, производственные и потребительские кооперативы), так и некоммерческие (общественные организации, общественные движения, ассоциации (союзы), нотариальные палаты, товарищества собственников недвижимости, казачьи общества, общины коренных малочисленных народов) юридические лица. Оставшиеся организации (государственные и муниципальные унитарные предприятия, фонды, учреждения, автономные некоммерческие организации, религиозные организации, государственные корпорации, публично-правовые компании) закон называет унитарными юридическими лицами. Невключение их в число корпораций, таким образом, обосновывается отсутствием либо фиксированного членства/участия либо автономии и самоуправления [Козырева А.Б., 2016: 59–60]. По этой логике не может признаваться субъектом корпоративного правотворчества и индивидуальный предприниматель, так как не представляет собой объединение лиц.

Соответствие действующему законодательству, безусловно, относится к достоинствам приведенного подхода, однако, порождает и ряд вопросов. Насколько природа и содержание внутренних актов обусловлены организационно-правовой формой принимающего их субъекта? Существуют ли общие черты у внутренних актов корпоративных и некорпоративных организаций? К какой группе следует отнести акты остальных организаций, не вошедшие в число корпоративных?

Так, в анализируемом исследовании пять из семи признаков корпоративных актов не отражают специфики корпораций и могут быть в равной мере отнесены к любым юридическим лицам (оперативность принятия, преимущественно поощрительный характер, преобладание процедурных норм, наличие дозволений, запретов и обязываний, персональный принцип действия вместо территориального). Признак точной количественной определенности адресатов правовых норм совершенно обоснован, ведь лишь при

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая), от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 08.07.2021) // СПС Консультант Плюс.

наличии устойчивой связи лица с организацией можно говорить о его обязанности исполнять соответствующие нормы и о потенциальной возможности применить санкции за их нарушение. Однако для наличия этого признака вполне достаточно трудовых отношений, которые могут связывать работников не только с корпоративной, но и с религиозной организацией, с предприятием любой формы собственности и даже с частным предпринимателем. Собственно, рассуждая о соотношении понятий «членство» и «участие» А.Б. Козырева рассматривает последнее как более широкое, поэтому делает выбор именно в пользу него и, следовательно, в пользу трудово-правовой трактовки корпоративных актов. Логическим следствием этого могло бы стать расширение круга рассматриваемых организаций до любых субъектов, использующих наемный труд. Однако сделать это автору не позволяет последний признак корпоративных актов: их содержание определяется волей коллектива корпоративной организации.

Стремление положить этот признак в основу предлагаемого подхода понятно и многократно обосновано авторами классических трактовок (см. договорную, сделочную концепции), но, с общетеоретической точки зрения, вызывает ряд возражений. Наличие коллективной воли как источника правовых норм:

а) касается не всех актов организации (например, актов, регулирующих труд наемных работников) и не всех организаций (например, унитарных юридических лиц);

б) часто носит формальный характер (речь может идти о принятии акта от имени соответствующих лиц, а не о фактическом их участии в правотворчестве);

в) не всегда зависит от организационно-правовой формы юридического лица (трудовое законодательство предусматривает возможность участия работников в управлении любыми организациями, в том числе, в разработке и принятии локальных нормативно-правовых актов (ст. 8, 27, 52, 53, 53.1, 371, 372 ТК РФ и др.). Речь идет не только о возможности акционирования работников (когда они включаются в сферу корпоративных отношений), но и о любых случаях участия, предусмотренных законодательством, коллективными договорами или отраслевыми соглашениями [Казаков С.О., 2019]).

В результате получается, что, руководствуясь данным, зачастую совершенно формальным признаком, исследователи исключают из круга изучаемых явлений целый ряд близких по форме и содержанию актов. Почему, например, общины коренных малочисленных народов признаются корпорациями, а религиозные организации — нет? Или почему акты главы крестьянского хозяйства, регулирующие труд его наемных работников, корпоративными актами считать можно, а абсолютно аналогичные акты индивидуального предпринимателя — нельзя? Очевидный ответ: потому что

сегодня так решил законодатель. Однако позиция законодателя может оказаться изменчивой, не до конца устоявшейся, а иногда и внутренне противоречивой⁶.

Представляется, что теория права в большей мере должна опираться на фундаментальные черты, находить общее там, где отраслевые юридические науки видят лишь отличия и собственную специфику. С этой точки зрения, у актов акционерного общества, государственного унитарного предприятия, религиозной организации, политической партии, клуба филателистов и даже у правил внутреннего трудового распорядка, установленных индивидуальным предпринимателем для своих работников, безусловно, есть общие черты. Все эти акты не исходят от государственных органов, а источник их формирования и масштаб действия ограничиваются пределами соответствующей организации, т.е. они имеют локальный характер.

Стоит заметить, что и в работе Е.Ю. Калюжнова строгий общетеоретический подход иногда уступает отраслевому. Включая в круг субъектов локального правотворчества использующих наемный труд частнопрактикующих лиц (индивидуальные предприниматели, главы крестьянских (фермерских) хозяйств, адвокаты, нотариусы и др.) [Калюжнов Е.Ю., 2015: 8], исследователь приближается к трудовправовой трактовке локальных правовых актов. Последняя, хоть и является более широкой, чем корпоративно-правовая, также не охватывает все внутренние акты. Так, согласно действующему законодательству⁷, крестьянское (фермерское) хозяйство создается на основе родства, его глава выбирается, а доходы делятся между членами, — как таковой наемный труд может отсутствовать. Хотя в случае с индивидуальным предпринимателем указание на наличие наемных работников как на потенциальных адресатов локальных нормативно-правовых актов абсолютно оправдано.

Представляется, что именно общетеоретический подход, в отличие от отраслевого, позволяет охватить все разновидности локальных актов, выявляя признаки, объединяющие различные их категории, а также устранить сомнения и противоречия в характеристике отдельных их видов.

К примеру, старательная попытка избежать термина «правовой» применительно к некоторым нормативным актам, вероятно, связана со стремлением уйти от общетеоретической дискуссии о понятии права и о том, акты каких именно субъектов следует считать правовыми. Подобные сложности возникают в теории трудового права в связи с закрепленной в ст. 8 ТК РФ

⁶ На это указывают, например, анализ существующей классификации хозяйствующих субъектов [Долинская В.В., 2016], теоретические и правоприменительные проблемы отграничения корпоративной от общей гражданско-правовой ответственности [Гутников О.В., 2019] и другие дискуссионные вопросы юридической науки.

⁷ Ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 11.06.2003 N 74-ФЗ (ред. от 29.12.2020) «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» // СЗ РФ. 2003. N 24. Ст. 2249

формулировкой «локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права». Так, А.М. Лушников, с одной стороны, совершенно обоснованно поясняет, что формулировка эта не является тавтологичной, так как акцент в ней делается на отраслевой принадлежности норм [Лушников А.М., 2014: 64] (аналогично звучало бы, например, «локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового, а не корпоративного права»). С другой стороны, здесь же автор несколько противоречиво заявляет: «...Локальные нормативные акты (в том числе корпоративные), содержащие нормы права (курсив мой — М.Д.), нельзя называть нормативными правовыми (курсив мой — М.Д.) актами, ибо последние, в традиционной классификации источников права, исходят от государства или органов местного самоуправления в лице их уполномоченных правотворческих органов» [Лушников А.М., 2014: 64]. Думается, акты, содержащие нормы права, являющиеся источниками права⁸, могут называться только правовыми.

По нашему мнению, общая теория права позволяет устранить сомнения и обосновать правовой характер рассматриваемых актов. Представляется, что нет оснований отказывать им в наличии таких классических признаков права, как нормативность, формальная определенность, государственная обязательность. Действительно, признаки эти присущи и муниципальным, и корпоративным, и трудовым актам, каждый из которых при условии непротиворечия действующему законодательству обязателен для своих адресатов, круг которых неперсонифицирован, а в случае нарушения вправе рассчитывать на защиту со стороны государства.

К такому же выводу можно прийти, если приложить к рассматриваемым актам признаки относительно нового для теории права понятия «правовое пространство», сформулированные Ю.А. Тихомировым: а) согласие субъектов права действовать в общих интересах; б) общие цели и задачи в регулируемой жизнедеятельности; в) принципы деятельности людей, организаций и государств; г) установленные стабильные и подвижные правовые грани; д) наличие механизмов обеспечения и защиты единого правового пространства [Тихомиров Ю.А., 2017: 5]. Ни один из этих признаков, как и само определение правового пространства («признаваемая и регулируемая правом сфера жизнедеятельности людей, организаций и государств» [Тихомиров Ю.А., 2017: 5]), не вступает в противоречие с представлением о правовом характере внутренних актов юридического лица. Сказанное позволяет предположить, что такими актами устанавливается специфическое локальное правовое пространство.

⁸ А.М. Лушников пишет: «Эти акты являются *источниками частного трудового права*. Очевидно, что локальные нормативные акты не теряют при этом связи с государством, которое признает их, определяет место данных актов в системе *источников трудового права* и определяет пределы работодателямского усмотрения» [Лушников А.М., 2014: 68].

Стоит заметить, что суть общетеоретического подхода к локальным нормативно-правовым актам заключается вовсе не в том, чтобы объединить под этим наименованием максимальное их число. Наоборот, выявление их ключевых признаков позволяет исключить из круга исследуемых явлений такие, которые этим признакам не соответствуют.

3. Локальные и муниципальные нормативно-правовые акты: проблема соотношения

Наибольшие сомнения в части включения в общее понятие локальных актов вызывают акты органов местного самоуправления. Принципиальным отличием их от внутренних актов различных организаций является территориальный, а не персональный критерий определения границ их действия (речь, естественно, не идет о внутренних актах, регулирующих положение работников и служащих органа местного самоуправления).

Если основной чертой локальных нормативно-правовых актов признать их внутриорганизационный характер, то их неперсонифицированность ввиду обязательной связи адресата нормы с организацией приобретает некоторую условность. Вероятно, можно заключить, что проявляется эта неперсонифицированность не в невозможности поименно назвать всех субъектов (в каждый конкретный момент общее число членов организации является исчислимым), а в том, что появление в организации новых членов, как правило, влечет распространение на них действия ранее принятых внутренних актов этой организации.

Ошибочным является поэтому утверждение об актах саморегулируемых организаций как форме индивидуального правового регулирования [Лескова Ю.Г., 2011: 52]. Акты саморегулирования (имеющие локально-договорную природу [Бабайцева Е.А., 2019: 103]), содержат «стандарты и правила предпринимательской или профессиональной деятельности ... обязательные для выполнения всеми членами саморегулируемой организации»⁹, что однозначно свидетельствует об их нормативности, т.е. общем характере. Но нормативность эта, как и у всех локальных актов, ограничивается персональным составом членов организации.

В отличие от локальных, муниципальные нормативно-правовые акты устанавливают «территориальное правовое пространство» [Тихомиров Ю.А., 2017: 6], распространяя свое действие на всех субъектов, находящихся на территории соответствующего муниципального образования. Принцип их действия в этом смысле абсолютно аналогичен действию клас-

⁹ Ч. 2 ст.4 Федерального закона от 01.12.2007 N 315-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «О саморегулируемых организациях» // СЗ РФ. 2007. N 49. Ст. 6076.

сических нормативно-правовых актов, исходящих от органов государства, и позволяет говорить о муниципальных актах как об органичном продолжении государственной нормативной системы (что только подчеркивается закреплением на конституционном уровне конструкции «публичная власть»¹⁰). В связи с этим распространение на муниципальные акты термина «локальный» представляется недостаточно обоснованным.

С одной стороны, связанная с этим термином традиционная частноправовая проблематика в этом случае либо подменяется публично-правовой, либо искусственно приравнивается к последней. Это могло бы быть оправдано при совпадении прочих признаков рассматриваемых актов. К примеру, внутренние акты государственных органов могут называться (и называются¹¹) локальными, потому что хоть они и исходят от субъекта публичной власти, носят при этом внутриорганизационный характер и действуют по персональному, а не по территориальному признаку. В случае с муниципальными актами общего действия понадобился бы отказ от всех признаков локального акта в его традиционной трактовке.

С другой стороны, каких-либо новых исследовательских возможностей муниципально-правовая трактовка локальных актов не открывает. Так, в учебнике «Нормография: теория и технология нормотворчества» в главе, посвященной локальному нормотворчеству, два из трех параграфов рассказывают о подготовке и принятии муниципальных нормативных актов, а третий — о корпоративных [Арзамасов Ю.Г., 2019: 391–452]. Примечательно не столько отсутствие в работе теоретического обоснования подобного деления, сколько тот факт, что термин «локальный» ни разу в параграфах, посвященных муниципальному правотворчеству, не упоминается. Думается, теория муниципального права в нем не нуждается.

В корне неверным в связи с этим представляется подход, полностью отождествляющий локальные акты с актами органов местного самоуправления и подразумевающий существование двух непересекающихся групп актов: локальных (муниципальных) и корпоративных (актов органов управления корпоративной организации) [Кашанина Т.В., 2009: 127–146]. Мало того,

¹⁰ Ч. 3 ст. 132 Конституции Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020).

¹¹ См., напр.: Порядок проведения антикоррупционной экспертизы локальных нормативных правовых актов и проектов локальных нормативных правовых актов Арбитражного суда Саратовской области (утв. приказом Арбитражного суда Саратовской области от 21.04.2014 № 620од) // Арбитражный суд Саратовской области. Available at: URL: <https://saratov.arbitr.ru/node/13734>; Порядок проведения антикоррупционной экспертизы локальных нормативных правовых актов и проектов локальных нормативных правовых актов Арбитражного суда Хабаровского края (утв. приказом Арбитражного суда Хабаровского края от 31.03.2014 № 17од) // Арбитражный суд Хабаровского края. Available at: URL: <https://khabarovsk.arbitr.ru/about/kor/localacts> (дата обращения: 20.03.2021)

что в подобном переименовании муниципальных актов нет практической необходимости, так еще и внутренние акты некорпоративных организаций вообще остаются в таком случае без названия.

При этом польза от подобного новаторства в достаточной мере не обосновывается. К примеру, авторской идее специального изучения корпоративных актов нисколько не помешала бы дипломатичная попытка сохранить термин «локальные» для актов некорпоративных — подобные предложения встречаются в научной литературе [Латыпов Т.В., 2013: 20–24]; [Васькевич В.П., 2010: 210]. В этом случае внутренние акты организаций предлагается делить на корпоративные (акты органов корпоративной организации) и локальные (трудоправовые).

Стоит заметить, что такое деление, хоть и носит более компромиссный характер, так же не является достаточно удачным из-за отсутствия четкой границы между локальными и корпоративными актами. Если эту границу проводить по субъекту правотворчества (акты корпоративных и некорпоративных организаций), то в разных группах окажутся сходные по содержанию и функциям акты (решения ученого совета государственного и частного вуза; регулирующие труд наемных работников акты индивидуального предпринимателя и главы крестьянского (фермерского) хозяйства и т.п.). Если же деление актов на корпоративные и локальные проводить, руководствуясь тематикой акта, то получится, что разграничивать нужно акты одной и той же организации (решение органов управления корпоративной организации, содержащее нормы трудового права, придется тогда отнести не к корпоративным, а к локальным актам). В обоих случаях проводимое таким образом деление не будет достаточно последовательным.

По нашему мнению, оптимальным решением проблемы является признание понятия «локальные нормативно-правовые акты» родовым по отношению к внутренним актам всех юридических лиц. Учитывая факт законодательного использования термина «корпорация», отождествление локального и корпоративного правотворчества не имеет на сегодняшний день под собой нормативных оснований, так как корпорациями признаются не все юридические лица. Корпоративные акты поэтому должны рассматриваться как разновидность актов локальных.

Распространяется родовое понятие «локальные нормативно-правовые акты» и на внутренние акты государственных и муниципальных органов, хотя последние, безусловно характеризуются определенной спецификой. В.К. Самигуллин замечает в связи с этим, что в рамках локального нормативного правового регулирования сложились два типа правового регулирования: публичный и частноправовой. «Локальное нормативное правовое регулирование, развивающееся в рамках публичного права, напоминает ту локальную децентрализацию в правовом регулировании, что имела место

в опубликованном (огосударственном) советском праве» [Самигуллин В.К., 2016: 22]. Специфика этой группы актов, безусловно, подлежит уточнению в будущем, когда/если законодатель определится с конструкцией юридического лица публичного права. Но общий для всех локальных актов признак — внутриорганизационный характер — и для них сохраняет свое значение.

Заключение

Рассматривая проблему природы и сущности локальных нормативно-правовых актов, необходимо выбрать ту их черту, которой следует придать решающее значение, определиться, что для нас важнее: от чьего имени формально принимаются нормы (единоличный, коллегиальный орган, все члены корпорации), на каком уровне правовой системы они действуют (вне-или внутриорганизационный), по какому критерию определяются границы их действия (персональный, территориальный), как соотносятся с государственной нормативной системой (продолжение, автономия) и пр.

Термин «локальный», признанный теоретиками и отражающий принципиально важное (с точки зрения теории) свойство — происхождение акта от организации, регулирующей через него свои внутренние вопросы, — можно использовать для обозначения внутренних актов любых организаций. К этой же группе относятся направленные на регламентацию труда наемных работников акты частнопрактикующих субъектов, также осуществляющие автономное, «негосударственное» регулирование. Определенную часть локальных актов (те, что исходят от организаций, отвечающих юридическим признакам корпорации), в соответствии с цивилистической традицией, следует именовать корпоративными. И корпоративные, и другие локальные акты могут касаться разнообразных вопросов: управления организацией, трудового права и пр. Отдельную разновидность локальных актов образуют внутренние акты государственных и муниципальных органов, носящие, в отличие от остальных, публично-правовой характер, но не содержащие властных предписаний, направленных за пределы самого органа (гражданам, организациям, другим органам власти).

Важной особенностью всех этих актов является специфическая нормативность, сочетающая в себе, с одной стороны, неперсонифицированность (акты распространяются не на конкретных субъектов, а на их категории: «член организации», «участник», «работник», «служащий» и т.п.), с другой — принципиальную исчислимость адресатов (так как все они организационно связаны с носителем нормотворческой воли). Учитывая сказанное, в число локальных нормативно-правовых актов не следует включать муниципальные нормативно-правовые акты, нормативность которых обусловлена территориальным, а не персональным критерием.

Наличие прочной теоретической базы в исследовании локальных нормативно-правовых актов может стать основой прикладных разработок и практических рекомендаций по совершенствованию данных актов в конкретных сферах правового регулирования.



Список источников

1. Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1993. 224 с.
2. Антонов М.В. Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? // Правоведение. № 1. 2013. С. 151–175.
3. Арзамасов Ю.Г. (ред.) Нормография: теория и технология нормотворчества. М.: Издательство Юрайт, 2019. 542 с.
4. Бабайцева Е. А. Сходства и различия саморегулирования и лицензирования как средств правового регулирования предпринимательской деятельности // Legal Concept = Правовая парадигма. 2019. Т. 18. № 1. С. 99–104.
5. Бахрах Д.Н. Административное право России. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Эксмо, 2006. 528 с.
6. Васькевич В.П. Обзор работы Круглого стола на тему: «Локальные акты спортивных организаций: теория и юридическая практика» // Вестник экономики, права и социологии. 2010. № 4. С. 207–215.
7. Власенко Н.А. Индивидуализация как закономерность развития современного российского законодательства // Журнал российского права. 2015. № 12. С. 11–17.
8. Гутников О.В. Основания разработки категории корпоративной ответственности в гражданском праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 4–30.
9. Долинская В.В. Организационно-правовые формы хозяйствования: система и новеллы // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 13–22.
10. Залоило М. В. Фрагментация как современная тенденция развития правового пространства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 1. С. 27–49.
11. Казаков С.О. Регулирование участия работников в управлении организациями на уровне отраслевых соглашений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 148–166.
12. Калюжнов Е.Ю. Теоретико-правовые основания правил техники локального нормотворчества: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. 220 с.
13. Кашанина Т.В. Корпоративное (внутрифирменное) право. М.: Норма, 2005. 320 с.
14. Кашанина Т.В. Частное право. М.: Эксмо, 2009. 494 с.
15. Козырева А.Б. Корпоративное правотворчество: теория и практика: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. 232 с.
16. Козырева А.Б. Корпоративное правотворчество: теория и практика. М.: КноРус, 2020. 192 с.
17. Латыпов Т.В. К вопросу о правовых категориях «корпоративный акт» и «локальный акт»: их соотношение и некоторые особенности применения в сфере спорта // Спорт: экономика, право, управление. 2013. № 4. С. 20–24.
18. Лескова Ю.Г. Саморегулирование как экономическое и правовое явления // Журнал российского права. 2011. № 5. С.48–56.

19. Лушников А.М. Демократизм и локальное нормотворчество: теория и практика // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 63–70.
20. Малахов В.П. Общая теория права и государства. К проблеме правопонимания. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2015. 145 с.
21. Марченко М.Н. Источники права. М.: Проспект, 2005. 760 с.
22. Ордина О.Н. К вопросу о законодательном закреплении модели локальных нормативных административно-правовых актов // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2010. № 3. С. 15–17.
23. Правкина И.Н. Правовые стратегии в основных формах современного права // Вестник Московского университета МВД России. 2017. № 3. С. 107–110.
24. Романовская О.В. Деконцентрация публичного управления: право и административная реформа // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 4–24.
25. Самигуллин В.К. Локальное нормативное правовое регулирование: состояние и перспективы // Журнал российского права. № 4. 2016. С. 15–24.
26. Самигуллин В.К. Локальные нормы и их виды // Правоведение. 1976. № 2. С. 38–43.
27. Слеженков В.В. Теория «умного регулирования»: идейно-исторический контекст формирования // Legal concept = Правовая парадигма. 2021. № 3. С. 12–17.
28. Тихомиров Ю.А. Правовое пространство: равновесие и отклонения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 4–17.
29. Щиглик А.И. (отв. ред.) Конституционный статус общественных организаций в СССР. М.: Наука, 1983. 200 с.
30. Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова. СПб.: «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.
31. Ямпольская Ц.А. Общественные организации и развитие советской социалистической государственности. М.: Юрид. лит., 1965. 197 с.
32. Gunningham N., Sinclair D. (2017). Smart regulation. In: P. Drahos (Ed.), *Regulatory Theory: Foundations and applications*. Canberra, Australia: The Australian National University, p. 133–148.



References

1. Alekseev S.S. (1993) *Theory of Law*. Moscow: BEK, 224 p. (In Russ.).
2. Antonov M.V. (2013) Eugen Ehrlich: Living Law vs. Legal Pluralism? *Pravovedenie=Legal Studies*, no. 1, pp. 151–175. (In Russ.).
3. Arzamasov Yu.G. (ed.) (2019) *Normography: theory and technology of rule-making*. Moscow: Yurait, 542 p. (In Russ.).
4. Babaytseva E.A. (2019) Similarities and Differences of Self-Regulation and Licensing as Means of Regulation of Business. *Legal Concept — Pravovaya Paradigma=Legal Concept — Legal Paradigma*, vol. 18, no. 1, pp. 99–104. (In Russ.).
5. Bahrah D.N. (2006) *Administrative law of Russia*. Moscow: Eksmo, 528 p. (In Russ.).
6. Dolinskaya V.V. (2016) Organizational-Legal Forms of Economical Activity: System and New Regulation. *Zhurnal rossiyskogo prava = Journal of Russian Law*, no. 1, pp. 13–22. (In Russ.).
7. Ehrlich E. (2011) *Basics of the Sociology of Law*. Saint Petersburg: Universitetski izdatel'ski konsorcium, 704 p. (In Russ.).

8. Gunningham N., Sinclair D. (2017) Smart regulation. In: P. Drahos (Ed.), *Regulatory Theory: Foundations and applications*. Canberra: Australian National University, pp. 133–148.
9. Gutnikov O.V. (2019) The Grounds for Development of Corporate Liability Category in Civil Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of Higher School of Economics, no. 4, pp. 4–30. (In Russ.).
10. Kalyuzhnov E. Yu. (2015) Theoretical and legal basics of local rule-making technique. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 220 p. (In Russ.).
11. Kashanina T.V. (2005) *Corporate (Intercompany) Law*. Moscow: Norma, 320 p. (In Russ.).
12. Kashanina T.V. (2009) *Private Law*. Moscow: Eksmo, 494 p. (In Russ.).
13. Kazakov S.O. (2019) Sectoral Agreement's Regulation of Employees' s Participation in Enterprise Affairs. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of Higher School of Economics, no. 5, pp. 148–166 (In Russ.).
14. Kozyreva A.B. (2016) Corporate rule-making: theory and practice. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 2016. 232 p. (In Russ.).
15. Kozyreva A.B. (2020) *Corporate rule-making*. Moscow: KnoRus, 192 p. (In Russ.).
16. Latypov T.V. (2013) Legal categories “corporate act” and “local act”: their relationship and features of the application in the sports sphere. *Sport: ekonomika, pravo, upravlenie* = Sports: Economy. Law. Management, no. 4, pp. 20–24. (In Russ.).
17. Leskova Yu. G. (2011) Self-Regulation as Economic and Legal Phenomenon. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 5, pp. 48–56. (In Russ.).
18. Lushnikov A.M. (2014) Democracy and local rule-making: theory and practice. *Yuridicheskaya tekhnika* = Legal Technique, no. 8, pp. 63–70. (In Russ.).
19. Malahov V.P. (2015) *General theory of law and state. To the problem of legal thinking*. Moscow: Yuniti-Dana, 145 p. (In Russ.).
20. Marchenko M.N. (2005) *Sources of law*. Moscow: Prospect, 760 p. (In Russ.).
21. Ordina O.N. (2010) On the legislative consolidation of local normative administrative legal acts. *Municipal'naya sluzhba*=Municipal Service, no. 3, pp. 15–17. (In Russ.).
22. Pravkina I.N. (2017) Legal Strategies in the Major Forms of Modern Law. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii*=Herald of Internal Ministry University, no. 3, pp. 107–110. (In Russ.).
23. Romanovskaya O.V. (2019) Deconcentration of Public Administration: Law and Administrative Reform. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of Higher School of Economics, no. 1, pp. 4–24. (In Russ.).
24. Samigullin V.K. (1976) Local norms and their types. *Pravovedenie*=Legal Studies, no. 2, pp. 38–43. (In Russ.).
25. Samigullin V. K. (2016) Local Normative Legal Regulation: Status and Perspectives. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 4, pp. 15–24. (In Russ.).
26. Shchiglik A.I. (ed.) (1983) Constitutional status of Soviet public bodies. Moscow: Nauka, 200 p. (In Russ.).
27. Slezhenkov V.V. (2021) The Theory of “Smart Regulation”: Ideological and Historical Context of Formation. *Legal Concept — Pravovaya Paradigma*=*Legal Concept — Legal Paradigma*, vol. 20, no. 3, pp. 12–17. (In Russ.).
28. Tikhomirov Yu. A. (2017) Legal Space: Balance and Deviations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*= Law. Journal of Higher School of Economics, no. 4, pp. 4–17. (In Russ.).

29. Vas'kevich V.P. (2010) Local acts of sports organizations: review of round table. *Vestnik ekonomiki, prava i sociologii*=Herald of Economics, Law and Sociology, no. 4, pp. 207–215. (In Russ.).
30. Vlasenko N.A. (2015) Individual Approach as a Trend in Development of the Russian Legislation. *Zhurnal rossiyskogo prava* = Journal of Russian Law, no. 12, pp. 11–17. (In Russ.).
31. Yampol'skaya C.A. (1965) *Public bodies and the Soviet socialist statehood*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 197 p. (In Russ.).
32. Zaloilo M.V. (2020) Fragmentation as a Modern Trend of Legal Space Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 1, pp. 27–49. (In Russ.).
-

Информация об авторе:

М.Л. Давыдова — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

M.L. Davydova — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 27.10.2020; одобрена после рецензирования 03.02.2021; принята к публикации 18.05.2021.

The article was submitted 27.10.2020; approved after reviewing 03.02.2021; accepted for publication 18.05.2021.

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Научная статья

УДК: 349.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.25.48

Общественный договор в системе трудовых отношений современной России



Николай Вольтович Демидов^{1, 2}

¹ Национальный исследовательский Томский государственный университет, Томск, Россия, fra_nickolas@list.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6716-8591>

² Томский государственный университет систем управления и радиоэлектроники, Томск, Россия



Аннотация

Предметом исследования выступает фактически сформировавшийся в российском обществе негласный общественный договор между работником и работодателем. Целью работы является рассмотрение предпосылок к формированию общественного контракта в сфере наемного труда, выявление его содержания и основных элементов, изучение его фактологических проявлений, составление его характеристик как общественного феномена, анализ его социально-экономических последствий, разработка средств противодействия негативным аспектам общественного договора. Методология исследования предполагает привлечение межотраслевого аппарата на границе социологии и юриспруденции. Работа проведена в русле социологии права и является разработкой социологической школы трудового права и, шире, антропологии трудового права. Следствием существенного социологического акцента стала специфика используемых в статье материалов публицистического и социологического характера. Существование договора фиксируется государственными органами, организациями, исследованиями специалистов. Автором сделан итоговый вывод, что содержание общественного договора характеризуется встречными неформальными обязательствами сторон: работодатель предоставляет работу и выплачивает заработную плату, пренебрегая нормами трудового права в своих экономических интересах, работник выполняет работу, подчиняется воле работодателя и мирится с нарушениями законодательства о труде, отказываясь от защиты трудовых прав. Выполнение обязательств работником

вынужденно в силу причин психологического, информационного, государственно-административного, социального, экономического свойства. Соглашение разрывается только при радикальном нарушении интересов работника — при длительной невыплате заработной платы, незаконном увольнении. Закономерность не носит абсолютно-го характера, но достаточно масштабна, чтобы представлять в качестве национального явления. Следствием действия указанного соглашения выступает прекаризация трудовых отношений в России, исключение миллионов трудящихся из сферы действия норм трудового права, подрыв функциональности норм отрасли, дестабилизация и дегуманизация социальной жизни, эрозия правосознания, причинение вреда экономике. Средствами противодействия общественному договору об отказе работника от защиты трудовых прав предлагаются активное правовое воспитание и реорганизация системы органов защиты трудовых прав.



Ключевые слова

трудовое право, социально-трудовые отношения, работник, работодатель, социология трудового права, общественный договор, прекаризация труда, рынок труда

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Демидов Н.В. Общественный договор в системе трудовых отношений современной России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 25–48. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.25.48

Russian Law: conditions, perspectives, commentaries

Research article

Public contract in the system of labour relations in modern Russia



Nikolai V. Demidov^{1, 2}

¹ National Research Tomsk State University, Tomsk, Russia, fra_nickolas@list.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6716-8591>

² Tomsk State University of Government Systems and Radioelectronics, Tomsk, Russia



Abstract

The subject of the research is an unspoken social contract that has actually formed in Russian society between an employee and an employer as social groups. The aim of the work is to consider the prerequisites for the formation of a social contract in the field of hired labor, to identify its content and basic elements, to study its factual manifestations, to compile characteristics as a social phenomenon, to analyze the socio-economic consequences of its ex-

istence, to develop means of counteracting the negative aspects of the social contract. The research methodology involves the involvement of an intersectoral apparatus at the border of sociology and jurisprudence. The work was carried out in line with the sociology of law and represents an attempt to implement the sociological school of labor law and, more broadly, the developments in the anthropology of labor law. A consequence of the significant sociological emphasis was the specificity of the materials of a journalistic and sociological nature used in the article. The existence of the agreement is recorded according to the statistical data of state bodies, sociological organizations, and research by specialists. As a result of the study, it was concluded that the content of the social contract is characterized by reciprocal informal obligations of the parties: the employer provides work and pays wages, violating labor law in their economic interests; the employee performs work, obeys the will of the employer and puts up with violations of labor legislation refusing to protect labor rights. The fulfillment of obligations on the part of the employee is forced, due to psychological, informational, state-administrative, social, economic reasons. The convention is terminated only in the event of a radical violation of the employee's interests — with prolonged non-payment of wages, illegal dismissal. The pattern is not absolute, but large enough to be presented as a national phenomenon. The consequence of the existence of this agreement is the precarization of labor relations in Russia, the exclusion of millions of workers from the scope of labor law norms, the undermining of the functionality of the industry norms, the destabilization and dehumanization of social life, the erosion of legal consciousness, and damage to the national economy. The means of counteracting the social contract on the refusal of the employee to protect labor rights are active legal education and reorganization of the system of protection of labor rights.



Keywords

labor law, social and labor relations, sociology of labor law, sociology of law, social contract, precarization of labor, labor market, implementation of labor law

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the HSE academic publications.

For citation: Demidov N.V. Public contract in the system of labour relations in modern Russia. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 25–48. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.25.48

Введение

Концепция общественного договора разрабатывалась в западноевропейской философской мысли XVII-XVIII вв., найдя выражение в сочинениях Т. Гоббса, Д. Локка, Ж.-Ж. Руссо и др. [Гоббс Т., 2001]; [Локк Д., 1988]; [Руссо Ж.-Ж., 1998]. В ее основу легла идея массового соглашения, не имеющего формального закрепления и часто не осознаваемого, но явленного фактологически в поведении индивидов, которые признают договор на уровне убеждений и присоединяются к нему в силу фактических действий. Оригинальная теория преследовала цель объяснить историческое зарождение

государственности, обосновать политические идеи о сущности власти и ее соотношении с обществом. До сих пор концепция молчаливого консенсуса применяется прежде всего для объяснения природы государства. Так, Е.А. Пахомова пишет: «Под общественным договором можно понимать некую формулу или идею, которая лежит в основе устойчивой конструкции, состоящей из формальных и неформальных институтов и обеспечивающей взаимоприемлемое сосуществование государства и общества» [Пахомова Е.А., 2015: 73].

Благодаря своему объяснительному потенциалу концепция общественного договора вышла за пределы теории государства. Отвечая современной рационально-индивидуалистической парадигме социальных наук, конструкция негласного договора как стихийно сложившегося порядка отношений получила развитие в различных областях знания. Свою разработку идея общественного соглашения нашла в теории справедливости [Ролз Дж., 1995], в политике [Соколов Б.О., 2014], экономике [Бьюкенен Дж., 1997], образовании [Деева Н.В., 2015]; [Бывшева М.В., 2013], медицине [Старков А.И., 2000], в конституционализме [Божкова А.О., Палеха Р.Р., 2021], критике гражданского общества [Грудцына Л.Ю., Лагуткин А.В., 2016] и иных направлениях мысли.

Стихийная общепринятая конвенция возникает в любой области общественной жизни, где личности длительное время вынуждены практически согласовывать разноречивые интересы. Возможно говорить о вполне сформировавшемся общественном контракте и в сфере трудовых отношений современной России. Его наличие фиксируется репрезентативными социологическими данными, публицистикой, научными работами. Явление оказывает системное воздействие на правовую действительность, хотя имеет во многом антропологический характер. В связи с этим в настоящей работе используются значительные объемы материалов интернет-СМИ. При их ограниченной допустимости в парадигме академической юридической мысли они составляют обширный эмпирический и статистический материал, не всегда публикуемый в научной прессе. Именно массив публицистических данных выражает социальные процессы, протекающие по неформальным правилам. Иными способами проследить недекларируемые механизмы общественной организации труда невозможно.

Предпринятое исследование, несмотря на обращение к инструментарию социологии права, не предполагает присоединения к социологической школе права. Считать отношения, фактически складывающиеся в общественной организации труда, источником права, затруднительно. Как можно убедиться из приводимых ниже материалов, стихийные практики способны обладать вполне деструктивными чертами и не могут признаваться нормативной моделью.

1. Общественный договор о реализации норм трудового права в историческом контексте

С точки зрения исторической эволюции трудовых отношений в России массовый договор, молчаливо соблюдаемый работником и работодателем, возможен только в современном контексте. Два предшествующих этапа — дореволюционный период и советская эпоха — такой институции не предполагают. Для формирования общественного соглашения необходима известная мера независимости участников общественной организации труда, наличие самостоятельно избираемых альтернатив поведения.

В дореволюционную эпоху такая свобода детерминировалась незначительной ролью фабричного законодательства среди регуляторов социально-трудовых отношений. Общественный договор в Российской Империи существовал, но не коррелировал с нормами законодательства о труде. Советская эпоха характеризовалась государственным патернализмом, значительной степенью слияния государства, работодателя и инстанций защиты трудовых прав, и также предполагала ограниченность выбора вариантов поведения сторон трудового правоотношения. Административистская парадигма регламентации трудовых отношений стремилась к формированию не договора, а исполнительского механизма.

Законодательство наших дней закрепляет широкий перечень трудовых прав и гарантий интересов как работника, так и работодателя. Субъектно законодатель, государственная надзорная система, судебная власть, работодатель, органы и организации защиты трудовых прав не совпадают. Юридические препятствия в реализации отраслевых прав находятся на исторически минимальном уровне. Таким образом, сторонам трудового отношения оставлена автономия решать — пользоваться ли этими правами, в каком объеме, каким способом и в каких целях, а, возможно, отказаться от их реализации.

2. Экономико-социологические посылки вывода о трудовом общественном договоре

Основания для вывода о наличии трудового общественного договора обнаруживаются в массиве социологических данных. Их содержание имеет выраженную единую направленность, свидетельствующую о значительном объеме хозяйственных отношений, протекающих вне нормативной регламентации. Так, по данным Федеральной службы государственной статистики (Росстат), масштаб теневой экономики России в 2017 г. составил 12,7% ВВП. По оценке Федеральной службы финансового мониторинга (Росфинмониторинг) показатель еще выше: размеры «ненаблюдаемой» эко-

номики в 2018 г. — 20 трлн руб. и 20% ВВП страны¹. При этом в диапазоне с 2012 г. по 2020 г. объем теневой экономики непрерывно растет². Международный валютный фонд приходит к выводу о 33,7% теневой экономики в России³. Независимо от методов подсчета общей мыслью экономических исследований является суждение «на сегодняшний день в Российской Федерации теневая экономика существует практически во всех сферах экономической деятельности, но точно оценить ее масштаб невозможно, ведь она стала неотъемлемой частью экономической системы России» [Дагаев Г.В., Помулев А.А., 2020: 225].

Основанием скрытого сегмента национального хозяйства является массовая неформальная занятость. Так, по подсчетам Росстата, в 2019 г. доля работающих неофициально достигла 21,3% (15,25 млн. чел.)⁴. В динамике с 2010 по 2020 гг. объемы неформального труда непрерывно возрастают⁵. Следует принимать во внимание противоречивый характер подсчетов Росстата, так как, согласно пояснительной записке к отчету: «К занятым в неформальном секторе относятся лица, которые в течение обследуемого периода были заняты, по меньшей мере, в одной из производственных единиц неформального сектора независимо от их статуса занятости и от того, являлась ли данная работа для них основной или дополнительной. Основным критерий определения единиц неформального сектора — отсутствие государственной регистрации в качестве юридического лица»⁶.

Подобного рода подход игнорирует известные юристам-трудоустроителям формы пограничного найма у работодателей, обладающих легальным статусом юридического лица. Таковы, например, подмена трудовых отношений гражданскими, трансформация работников в самозанятых или индивидуальных предпринимателей, привлечение к работе не по условленной трудовой функции, заемный труд, платформенная занятость, превышение пределов нормального рабочего времени. Гораздо более достоверна позиция, учитывающая более сложные, диффузные области между стандартными и теневыми трудовыми отношениями: «Нестандартная занятость может рас-

¹ Росстат измерил «невидимую» экономику России. Available at: URL: <https://www.rbc.ru/economics/29/08/2019/5d651ed89a79474a0d725030> (дата обращения: 08.07.2021)

² Теневая экономика по данным Росстата. Статистика и показатели. Региональный и федеральные. Available at: URL: <https://rosinfostat.ru/tenevaya-ekonomika> (дата обращения: 08.07.2021)

³ Теневая экономика стран мира. Available at: URL: http://fincan.ru/articles/95_tenevaja-ekonomika-stran-mira (дата обращения: 08.07.2021)

⁴ Росстат сообщил о росте неформальной занятости в России. Available at: URL: <https://www.rbc.ru/economics/05/09/2019/5d6e74fb9a794709eeba4f8c> (дата обращения: 08.07.2021).

⁵ Рабочая сила, занятость и безработица в России (по результатам выборочных обследований рабочей силы). Статистический сборник. М., 2020. 145 с.

⁶ Рабочая сила, занятость и безработица в России (по результатам выборочных обследований рабочей силы)... М., 2016. С. 1.

смагиваться как многомерная конструкция, охватывающая такие аспекты, как небезопасность занятости, индивидуализированные переговорные отношения между работниками и работодателями, низкая заработная плата и экономические лишения, ограниченные права на рабочем месте и социальная защита и бессилие для осуществления прав на рабочем месте» [Маслюкова Е.В., Зайцева Ю.Ю., 2017: 425].

Эксперты Российской академии народного хозяйства и госслужбы (РАНХиГС) указывают на снижение неформальной занятости в 2020 г. до 20,5% работников⁷. При этом снижение произошло не по причине перехода к законным формам найма, а в силу массовых увольнений, развернувшихся в период кризиса, прежде всего, в скрытом сегменте экономики⁸. По данным Центра социально-политического мониторинга Института общественных наук РАНХиГС, в 2016 г. 11,7% работников были постоянно заняты в теневом секторе, там же имели дополнительную работу 30,4%. В ходе опроса 27,9% респондентов сообщили о получении заработной платы неналогооблагаемым образом⁹.

Сформировалась системная закономерность в части выплаты заработной платы. По подсчетам Росстата, в 2017 г. около четверти работающего населения получали заработную плату «в конверте»¹⁰. По исследованию РАНХиГС (2019), 72,9% опрошенных положительно относятся к незаконным схемам оплаты труда¹¹. 45% населения России считают приемлемым уклонение физического лица от уплаты налогов, при этом доля положительно ответивших стабильно увеличивается¹². По утверждению вице-премьера О. Голодец, в 2017 г. 4,9 млн. человек получали заработную плату на уровне минимального размера оплаты труда (в то время — 7 800 руб.)¹³. Долгосрочный правительственный прогноз на период до 2036 г. определяет ежегодный объем «серых» зарплат в России в 10 трлн. руб.¹⁴

⁷ Тень заразилась сокращением. В РФ снижается неформальная занятость. Available at: URL: https://www.kommersant.ru/doc/4613871?from=main_10 (дата обращения: 08.07.2021)

⁸ Выход из тени: неформальная занятость в период пандемии сократилась почти на миллион человек. Available at: URL: <https://finexpertiza.ru/press-service/researches/2020/vykhod-iz-teni-zanyatost/> (дата обращения: 08.07.2021)

⁹ Все оттенки серого. Available at: URL: <https://rg.ru/2017/08/23/opros-pochti-45-rossiian-zaniaty-v-tenevom-sektore-ekonomiki.html> (дата обращения: 08.07.2021)

¹⁰ Труд и занятость населения в России. 2017: Статистический сборник. М., 2017. С. 213.

¹¹ Available at: URL: <https://www.audit-it.ru/news/personnel/998204.html> (дата обращения: 08.07.2021)

¹² Available at: URL: <https://www.gazeta.ru/business/2020/05/26/13097017.shtml> (дата обращения: 08.07.2021)

¹³ Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/news/2017/02/27/679066-5-mln-poluchayut-zarplatu-mrot> (дата обращения: 08.07.2021)

¹⁴ Распоряжение Правительства РФ от 29.03.2019 № 558-р «Об утверждении Бюджетного прогноза Российской Федерации на период до 2036 года. Available at: URL: <http://government.ru/docs/36232/> (дата обращения: 08.07.2021)

Отношения по рабочему времени и времени отдыха также приняли формы, далекие от предусмотренных законодательством о труде. По опросу ВЦИОМ у 49% работников страны продолжительность рабочей недели превышает 40 часов¹⁵. 76% опрошенных согласны на нарушение законодательства о рабочем времени при условии оплаты переработок. По данным исследований Высшей школы экономики (2019), «две трети россиян регулярно работают сверх нормы без дополнительной оплаты», «64% российских работников трудится в вечернее время, по ночам и в выходные. При этом компенсации за сверхурочные добивается только треть сотрудников»¹⁶. По опросу интернет-портала «Rabota.ru» 33% работников не были в отпуске более двух лет¹⁷. По материалам Российского мониторинга экономического положения и здоровья населения, проводимого НИУ ВШЭ, в 2019 г. 26% официально устроенных работников не имели отпусков¹⁸. Характерно, что уровень ожидания потери работы в сфере легального труда — 64%, у неформально нанятых работников — 66%.

Даже с учетом приблизительного, во многом публицистического характера приведенных данных они фиксируют выраженную направленность общественно-экономической жизни России. Статистика и социология формируют картину масштабной теневой экономики и занятости, прекаризованного труда. Они имеют характер не случайного отклонения, а глубоко фундированной системы. Начала подобной организации хозяйства не скрыты от социума и являются повседневной данностью. Частично они признаются и органами публичной власти.

3. Содержание общественного договора о реализации норм трудового права в современной России

Общественный договор, сформировавшийся на практике в системе трудовых отношений в России, по содержанию сводится к генеральному условию: отказ работника от защиты трудовых прав в обмен на гарантии работы и заработка. Образно, с известной утрированностью, положение вещей характеризуется словами К.А. Пажитнова, опубликованными в 1908 г.: «Наши рабочие до такой степени смиренны и безответны, что готовы работать без счета часов, сколько влезет, как крепостные помещику, лишь бы их не обижали» [Пажитнов К.А., 1908: 148].

¹⁵ Available at: URL: <https://www.interfax.ru/russia/764274> (дата обращения: 08.07.2021).

¹⁶ Условия труда в России признали кабальными. Available at: URL: <https://lenta.ru/news/2019/07/10/rabota/> (дата обращения: 08.07.2021)

¹⁷ Available at: URL: <https://press.rabota.ru/tret-rossiyan-ne-byli-v-otpuske-bolee-2-let> (дата обращения: 08.07.2021)

¹⁸ Available at: URL: <https://rlms-hse.cpc.unc.edu> (дата обращения: 08.07.2021)

Элементами негласной общенациональной конвенции выступают:
отказ работника от обращения в органы и организации защиты трудовых прав при их нарушении;

отказ от профсоюзной активности (уклонение от вступления в профессиональные союзы, инертность в случае членства, формальное участие профсоюзов в отношениях по социальному партнерству, пассивность при злоупотреблениях работодателя);

согласие работника на устные соглашения и гражданско-правовые сделки вместо оформленного трудового договора;

готовность к отклонениям от законодательно закрепленных гарантий: нелегальные схемы выплаты вознаграждения за труд, сниженные требования охраны труда, ненадлежащее материально-техническое обеспечение (неисправное оборудование, некачественные материалы), выполнение работы сверх нормальной продолжительности рабочего времени;

выполнение дополнительных обязанностей не по условленной трудовой функции;

примирение с собственной правовой непросвещенностью;

готовность к защите трудовых прав только в случае их радикального нарушения (незаконного увольнения, существенных и длительных задержек заработной платы);

отстаивание трудовых прав в формах, не предусмотренных законодательством о труде (голодовка, саботаж, обращение в СМИ, расторжение трудового договора по собственной инициативе, жалобы в неспециализированные инстанции — например, в приемную Президента Российской Федерации).

4. Фактические проявления общественного договора о реализации норм трудового права

Фактологически наличие указанного общественного договора выражается в многочисленных и типичных для современной России нарушениях законодательства о труде работодателем. Ключевым признаком очерченной модели является не сами масштабные системные девиации, а их принятие работником как объективно существующего уклада. Несоразмерную инертность отечественных работников отмечают многие исследователи-социологи [Дамье В.В., 2004]. Важно, что даже в условиях затяжных, массовых нарушений работник склонен скорее ожидать самопроизвольного разрешения конфликта. По определению П.В. Бизюкова, «сегодня в России главный способ решения трудовых конфликтов — это уход работников от них» [Бизюков П.В., 2016: 69].

Наиболее очевидно пассивность в отстаивании отраслевых прав прослеживается в случаях длящейся невыплаты заработной платы. Именно

по казусам трудовых конфликтов прослеживается предметное выражение описанного общественного договора. Так, широкое обсуждение получили правонарушения в ходе строительства космодрома «Восточный». В 2015 г. по одному из эпизодов численность пострадавших работников достигла 2 626 человек, сумма задолженности превысила 150 млн. руб.¹⁹ Другой подрядчик не выплатил 730 работникам около 19 млн. руб.²⁰ В октябре 2017 г. работники Главного военно-строительного управления №6 (ранее — Дальспецстрой России) готовились протестовать против невыплат заработка с февраля того же года. Сумма долгов составила 270 млн. руб. Продолжительность задержек заработной платы в различных случаях занимала от 2 до 8 месяцев²¹. Примечательны способы защиты нарушенных трудовых прав, слабо коррелирующие с содержанием Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ): неоднократные массовые голодовки, протестные увольнения по собственной инициативе, пикетирования зданий органов исполнительной власти, обращение к Президенту в ходе «прямой линии» 2016 г.

В Екатеринбурге в 2017 г. за невыплату 263 работникам более 15 млн. руб. генерального директора ЗАО «Уралэнерго-Союз» оштрафовали на 10 тыс. руб.²² В ЖКХ Североуральска (Свердловская обл.) работники после трех месяцев задержки вознаграждения избрали в качестве способа защиты отключение лифтов в обслуживаемых зданиях²³. 28 работников Верхнесинячихинского металлургического завода (также в Свердловской обл.) после семи месяцев задержки выплат объявили голодовку²⁴. На горнодобывающем комбинате «Кингкоул» (Ростовская область) 2156 работников не получали зарплату более четырех месяцев, сумма задолженности достигла 300 млн. руб. 200 работников объявили бессрочную голодовку, а также обратились к Президенту.

По опросу сайта «Rabota.ru», из 5 000 респондентов 75% сталкивались с невыплатами заработной платы. При этом лишь 14% пострадавших обра-

¹⁹ Available at: URL: https://rostrud.gov.ru/press_center/novosti/292784/ (дата обращения: 08.07.2021)

²⁰ Available at: URL: http://rapsinews.ru/judicial_news/20160808/276625369.html (дата обращения: 08.07.2021)

²¹ Available at: URL: https://lenta.ru/news/2017/10/13/vostochnyi_golodovka/ (дата обращения: 08.07.2021)

²² Available at: URL: https://www.znak.com/2017-08-24/ekaterinburgskogo_biznesmena_oshtrafovali_na_10_tys_rublej_za_dolgi_po_zarplate_v_15 mln (дата обращения: 08.07.2021)

²³ В уральском городе в знак протеста отключили все лифты. Available at: URL: <https://ura.news/news/1052255036> (дата обращения: 08.07.2021)

²⁴ Рабочие завода на Урале на неделю остановили голодовку, начавшуюся из-за задержки зарплат. Available at: <https://tass.ru/ural-news/3476638> (дата обращения: 08.07.2021)

щались в государственные органы и 10% приостанавливали выполнение трудовых обязанностей²⁵. Центр трудовых исследований и Дирекция экспертно-аналитической работы НИУ ВШЭ в 2020 г. провели опрос «Работа и трудоустройство в условиях эпидемии». 40% опрошенных сообщили, что после начала эпидемии у них сократилась зарплата. С февраля до мая 2020 г. у 24% опрошенных плата сократилась менее чем на четверть, у 14% — от четверти до половины, у 19% — более чем наполовину²⁶.

Образцово характеризует наличие общественного договора об отказе от защиты трудовых прав статистика обращений в суд о нарушении трудовых прав. Так, в 2016 г. судами общей юрисдикции было рассмотрено 610 тыс. дел по индивидуальным трудовым спорам, в 2017 — 580 тыс., в 2018 — 440 тыс., в 2019 г. — 326 тыс., в 2020 г. — 231 тыс.²⁷ За пять лет произошел трехкратный статистический спад, в том числе в условиях пандемического кризиса. Неуклонное уменьшение количества рассмотренных дел трудно объяснить торжеством законности, воцарившимся в отношениях между работником и работодателем. С большей вероятностью причиной выступает вполне осознанный отказ работников от защиты нарушенных трудовых прав под угрозой утраты работы и источника дохода. Таким образом, текущие затруднения в экономике лишь укрепили негласную конвенцию между работником и работодателем.

5. Причины, обусловившие формирование общественного договора

Сложившийся в отечественных трудовых отношениях общественный контракт мотивируется рядом факторов, как объективных, так и субъективных. Среди основных следует назвать следующие.

5.1. Психологические причины

Работник пытается «войти в положение» работодателя, «понять» его затруднения, поддается на призывы «подождать». К аспектам психологии относятся также страх негативных последствий со стороны работодателя, опасение предстать конфликтным, «проблемным» работником. В отдельных

²⁵ Available at: URL: <https://www.rbc.ru/society/10/03/2021/60476c189a7947566073437c> (дата обращения: 08.07.2021)

²⁶ Available at: URL: <https://thebell.io/materialnoe-polozhenie-vse-slozhno-tsentr-trudovyh-issledovaniy-vshe-o-bezrobotitse-i-padenii-dohodov> (дата обращения: 08.07.2021)

²⁷ Данные Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации. Available at: URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 08.07.2021)

областях предпринимательства устоялась практика «черных списков» работников, курсирующих между работодателями. Ключевая характеристика эмоциональной сферы российского работника, подпитывающая общественный договор, — боязнь утраты работы в случае попытки прибегнуть к защите трудовых прав. Действительность угрозы увольнения далеко не всегда очевидна, однако это лишь в ограниченной степени влияет на опасения работника.

5.2. Информационные причины

Подлинное участие в трудовых отношениях, способность воспользоваться трудовыми правами и гарантиями требуют определенного уровня специальных познаний. Между тем степень правовой просвещенности отечественного работника, исходя из социологических исследований, невысока. Проект 2018 г. «Правовая грамотность россиян» показал, что трудовые права занимают третье место по количеству нарушений, 31% работников оценивает уровень своих юридических знаний как «ниже среднего», лишь 6% смогли правильно ответить на пять правовых вопросов, 34% хотели бы знать больше о трудовых правах²⁸. Автор настоящей статьи на протяжении 2014–2019 гг. проводил тестирование студентов в группах заочного обучения среди работающих учащихся вузов Томска. Охватывались как юридические, так и иные направления подготовки, в том числе инженерные. Анкетирование показало еще более негативные показатели трудоправовой просвещенности: всего 12% правильных ответов на вопросы базового уровня (периодичность выплаты зарплаты, продолжительность рабочего времени, возможность штрафов и т.п.).

В связи с этим во многом обоснован вывод П.П. Баранова: «Законы для значительной части людей становятся сугубо формальной вещью, многие их не знают, не ценят и в целом игнорируют» [Баранов П.П., 2015: 12]. Так, за пределами знаний большинства работников находятся вопросы подведомственности и подсудности рассмотрения дел о трудовых правонарушениях, возможных способов защиты, подчас — существования Федеральной инспекции по труду или возможности обращения в комиссию по трудовым спорам.

5.3. Аксиологические причины

Система ценностных ориентиров трудящегося населения в России далеко не всегда предполагает уважительного отношения к нормам трудового

²⁸ Available at: URL: https://amulex.ru/storage/partners_doc/UA0nJJ6VjTgIGrfgbMyuArOupkiVMyqEsnjyZPZU.pdf (дата обращения: 08.07.2021)

права и к системе инстанций по защите нарушенных трудовых прав. Недоверие к профсоюзу, инспекции труда, суду имеет распространенную природу. В.М. Лебедев справедливо указывает, что «для современной России характерно разрушение правосознания личности, когда на смену его формирования и укрепления приходят поиски жизненных вариантов несоблюдения требований закона, их нивелирования, обхода» [Лебедев В.М., 2014: 73]. Можно говорить как об индифферентизме к защите трудовых прав, так и, в отдельных случаях, о нигилизме и негативизме.

Названный ранее фактор непросвещенности обуславливает феномен недоверия к механизмам защиты трудовых прав и неверия в действенность трудового регулирования в целом. Не будучи всеобщим явлением, трудовой нигилизм тем не менее характеризует правосознание известной части работников. Существует и взаимный стимулирующий механизм двух деструктивных начал: пренебрежительное отношение к трудовым предписаниям препятствует получению фактических представлений о трудовом праве, а это на новом витке еще более дестимулирует позитивное отношение к нормам отрасли. При субъективном характере этой проблематики она выступает мультипликатором, деформирующим протекание любых отношений в сфере труда.

5.4. Организационно-технические причины

Защита трудовых прав от нарушений связана с необходимостью проходить трудоемкие, длительные, малопонятные работнику процедуры [Бизюков П., 2011: 53–65, 74–85, 87]. С долей условности можно обозначить закономерность: по мере возрастания эффективности способа защиты трудовых прав повышается и сложность его технической реализации. Так, рассмотрение спора в комиссии по трудовым спорам сложнее претензионного обращения к работодателю, а порядок обращения в суд и судебного разбирательства несопоставим с обращением в профессиональный союз. При любом способе работнику необходимы целеустремленность, последовательность, выдержка. Помимо личных качеств требуются траты финансов, времени, сил. Зачастую эти траты превышают всякую целесообразность: работник не всегда готов трижды и четырежды преодолевать оставление иска без движения по надуманным поводам, чтобы добиться выплаты месячного заработка или оспорить выговор. Одни только эти обременения демотивируют часть работников.

Однако есть и иные препятствия, слабо объяснимые с точки зрения здравого смысла и реализуемости норм отрасли. Таков, например, пробел в регламентации подведомственности рассмотрения дел Государственной инспекцией труда (далее — ГИТ). Поскольку в гражданском процессуальном праве существует три варианта альтернативной подсудности по трудо-

вым делам, предусмотренные ст. 29 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ), постольку обращение работника в ГИТ возможно исключительно по месту регистрации работодателя независимо от степени географической удаленности инспекции от места происшествия. Так работники, трудящиеся на Дальнем Востоке или в Сибири на работодателя с регистрацией в Москве, вынуждены направлять жалобы в столицу и инициировать деятельность столичных должностных лиц, находящихся на удалении в десятки тысяч километров. В практике автора было дело, когда жалобу в ГИТ на невыплату заработной платы в компании «KFC» в Томске пришлось направлять в органы инспекции Москвы, что удлинило процедуры на несколько месяцев.

Организационно-технические противоречия усугубляются известным в психологии феноменом «выученной беспомощности»: привычка к бездействию укрепляется массовыми стереотипами, распространяющимися через общение в профессиональном и личном кругах, а также в силу собственного негативного опыта. Работник привыкает полагать, что борьба за трудовые права бесперспективна и, в свою очередь, также становится источником распространения соответствующего стереотипа. Возникает аналог категории «обреченного подчинения», которую использовал Д. Юм в применении к возникновению государства: «Если бы вы спросили у большей части членов нации, давали ли они когда-либо свое согласие на власть своих правителей и обещали ли им повиноваться, то они, наверное, составили бы о вас весьма странное мнение и без сомнения ответили бы, что это не зависит от их согласия и что они от рождения обречены на такое повиновение» [Юм Д., 1996: 707]. На сходное повиновение злоупотреблениям работодателем оказывается обречен российский работник по причинам самого необъективного, сомнительного, но значимого толка.

5.5. Административные причины

Общественной договор, препятствующий защите трудовых прав, в определенной степени конструируется действиями российского государства. Так, специалисты отмечают: «Формирование прекариата в современном обществе — это, в первую очередь, следствие разрыва между проводимой экономической политикой и возникновением соответствующих институтов, создающих устойчивые правила профессионального и личностного развития работников» [Вольчик В.В., Посухова О.Ю., 2016: 168]. При этом обходится мысль о причинах такого разрыва. Между тем он отчасти мотивирован собственно государственной политикой регулирования трудовых отношений. С известной периодичностью принимаются централизованные решения или проводятся реформы, усугубляющие отчуждение работника

от действительного пользования трудовыми правами и гарантиями. Таково, например, повышение пенсионного возраста 2019–2020 гг. В результате пенсионной реформы на рынок труда оказались выброшены массы работников, обеспеченных самыми слабыми гарантиями и поставленных перед неизбежностью присоединиться к общему негласному договору.

Другим вкладом государства в укрепление дефектной модели общественного контракта является респрессивная политика как предпочтительное средство обеспечения соблюдения законодательства о труде. Отечественным законодателем ведется планомерное ужесточение административных санкций за нарушение норм трудового права, закрепляются все новые предписания в адрес работника и работодателя. При этом странно было бы ожидать, что повышение штрафа в пользу государства мотивирует работников к защите их трудовых прав. Между тем именно этот механизм — самостоятельное обращение лица за защитой нарушенных трудовых прав — является единственным эффективным способом обеспечить правильную реализацию норм трудового права. Внешний надзорно-принудительный государственный механизм не способен на это по определению. На то, что административистский подход законодателя способен даже ухудшить положение работников, указывает в интервью ученый-трудовик С.А. Саурин: «Увеличение штрафов тоже мало изменит ситуацию. Когда у предприятия появятся деньги, они пойдут на штраф в госбюджет, а не на зарплату» [Богданова Т., 2016: 11].

В системе исходящих от государства факторов, стимулирующих общественный договор, можно назвать сумму МРОТ, мало соотносимую с действительными ежемесячными расходами. Деструктивную правовую сущность имеет максимальное ограничение забастовок, поддерживаемое политическим руководством страны, несмотря на критику со стороны профсоюзов, ученых-трудовиков, юристов-практиков [Цитульский В.Ф., 2014: 18]. Вклад в воспрепятствование защите трудовых прав вносит и самоустранение государства от формирования привычки правового поведения, уклонение от фиксации действительного объема трудовых конфликтов, общее тяготение к административной централизованной модели организации трудовых отношений в стране с приоритетом государственного регулирования и контроля перед проявлениями гражданского общества.

5.6. Социальные причины

Среди факторов, упрочивающих негласную конвенцию об отказе работника от защиты трудовых прав, выступают очевидные дефекты российской общественной жизни. Такова, в частности, неясность жизненных перспектив, трудности в подыскании подходящей работы и высокий риск ее потери. Ряд категорий работников особенно уязвим в социальном смысле — таковы

инвалиды, молодые специалисты, несовершеннолетние, многодетные, лица предпенсионного и пенсионного возрастов, обладатели судимости, склонные к периодическим заболеваниям, иностранцы и иные категории лиц. Их положение вынуждает мириться с нарушениями со стороны работодателя, сознательно воздерживаться от обращения в инстанции защиты трудовых прав. Общее затруднительное положение заметно усугубляется периодическими кризисами, в частности, вспышкой заболеваемости коронавирусом в 2020–2021 гг. Так, с начала пандемии 10% работников согласились на предложение работодателя о переходе на неофициальную систему оплаты труда²⁹. В условиях, когда, по данным министра экономического развития М. Решетникова, менее чем за год произошло высвобождение 680 тыс. работников³⁰ и возможны дальнейшие массовые увольнения, немногие работники способны проявить активность в отстаивании собственных интересов.

5.7. Экономические причины

Экономические посылки имеют довлеющее значение в конструировании изучаемого общественного договора. Зависимость работника от работодателя прежде всего предопределяется низким уровнем доходов трудящегося населения. Финансовая несамостоятельность обуславливает правовую пассивность. Так, в 2020 г., по сведениям Росстата, количество лиц с доходом ниже прожиточного минимума составило около 20 млн. чел.³¹ По его же данным, в 2019 г. на оплату труда в структуре ВВП приходилось 46,7%, тогда как в странах с развитой экономикой этот показатель превышает 70%³². Низкие размеры заработков характеризует практика, возникшая в 2020–2021 гг.: работники переходили на неналогооблагаемую оплату труда («черную схему») с целью получения пособия по безработице³³. Размер пособия, сподвигавший на такое решение, в период пандемии составлял 12130 руб. К обстоятельствам этой же группы относится достигнутый в 2021 г. исторический максимум закредитованности населения России³⁴, что увеличивает степень

²⁹ Available at: URL: <https://iz.ru/1065244/2020-09-25/kazhdyi-desiatyi-rossiianin-pereshel-na-seruiu-zarplatu-iz-za-pandemii> (дата обращения: 08.07.2021)

³⁰ Available at: URL: <https://news.mail.ru/economics/42380512/?frommail=1> (дата обращения: 08.07.2021)

³¹ Available at: URL: https://www.gks.ru/bgd/free/b04_03/IssWWW.exe/Stg/d05/174.htm (дата обращения: 08.07.2021)

³² Available at: URL: <https://rosstat.gov.ru/folder/313/document/81201> (дата обращения: 08.07.2021)

³³ Available at: URL: <https://www.audit-it.ru/news/personnel/1024558.html> (дата обращения: 08.07.2021)

³⁴ Российская газета. 26.03.2021.

несвободы работника от воли работодателя. Сказывается непрерывный и непропорциональный доходам рост цен, тарифов жилищного обслуживания, удорожание импорта и иные факторы имущественного положения работника.

Правительственное признание получил феномен «работающих бедных». По словам О.Ю. Голодец, «та бедность, которая в стране есть и фиксируется, — это бедность работающего населения. Это уникальное явление в социальной сфере — работающие бедные»³⁵. К числу такого рода лиц официальной статистикой в 2017 г. были отнесены 4,9 млн. чел. По подсчетам экономистов Н.Н. Рябушкина и С.Д. Капелюк, в России около 60% нуждающихся работает по найму. Авторы отмечают укорененный характер бедности трудящихся: «Важным отличием работающих бедных в России от работающих бедных Европы и США является то, что российские работающие бедные составляют ядро рынка труда, а не его периферию. Так, в странах Евросоюза по данным доклада Европейской комиссии уровень бедности среди работающих по найму составляет 7,4%, а среди самозанятых — 22,2%. Уровень бедности среди лиц с постоянной занятостью — 5,8%, в то время как среди лиц с временной занятостью — 16,2%. Между тем в России среди работающих бедных много тех, кто занят на постоянной работе в бюджетном секторе» [Рябушкин Н.Н., Капелюк С.Д., 2020: 493, 496]. Факты такого рода следует признать не парадоксом, а системным пороком, характеризующим несостоятельность внутренней политики авторитарного государства. В условиях низкой материальной обеспеченности работника, его финансовой нестабильности формирование прекариатного общественного договора явилось неизбежностью.

6. Характерные черты общественного договора об отказе от защиты работником трудовых прав

Как слагаемое названных факторов возникает феномен неформализованного общественного соглашения в сфере наемного подчиненного труда. Возможна его общетеоретическая характеристика. Так, генезис договора вызван тем, что работник и работодатель вступают в систему социально-трудовых отношений, и в длительной практике этих отношений вырабатывается устойчивая конструкция реализации норм трудового права. В ее основе — психологическая готовность следовать определенной поведенческой модели. Данная модель воспроизводится как в поступках, так и в сознании (явно и имплицитно, в стереотипах, установках, ценностях). Поведение, отвечающее общепринятой антиправовой конвенции, оправдывает себя при

³⁵ Available at: URL: <https://tass.ru/ekonomika/4093093> (дата обращения: 08.07.2021)

действующем социальном укладе. Это происходит потому, что общественный договор отвечает характеристическим чертам общества и экономики России 2010-х гг. По сути он выражает качественное состояние социально-трудовых отношений, сформированное системным взаимодействием индивидов в сфере наемного подчиненного труда.

Значение описанного общественного соглашения для отечественного общества и хозяйства следует оценить негативно. Его следствием становится прекаризация наемного труда, маргинализация моделей правового поведения и верховенство неправовых практик. История Российской Империи наглядно продемонстрировала перспективы доминирования «чистого» экономизма и предпринимательской власти над интересами социального компромисса. В.М. Лебедев пишет о развернувшемся в современном российском праве явлении энтропии, в частности, энтропии трудового права: «Правовая энтропия в современной России направлена на разрушение таких основ гражданского общества, как верховенство закона, равенство всех и каждого перед законом, обеспечение для всех граждан полного и реального осуществления принадлежащих им прав, исключение произвола в деятельности должностных лиц и государственных органов при применении норм права и др.» [Лебедев В.М., 2014: 72]. Общественный договор, фактически отчуждающий работника от трудовых прав, отвечает той же закономерности.

Вопреки убеждениям просветителей Нового времени общественный договор, если речь не идет о теории возникновения государства, отнюдь не наделен свойством безусловной конструктивности. Д. Локк формулировал, что «...человек подчиняется законам какой-либо страны, ведет спокойную жизнь и пользуется привилегиями и защитой этих законов» [Локк Д., 1988: 333]. На деле стихийный договор отображает лишь свод эмпирически эффективных практик, учитывает нормы трудового права, но не обязательно следует им. Общественный договор, как показывает действительность, способен обладать прекаризирующей сущностью, ограничивая степень свободы работника по сравнению с нормами позитивного трудового права. Ведь он формируется в силу экономических законов, а не этических и правовых установок. Общественный договор может быть в известной степени аморален, поскольку продиктован прагматическими интересами. Не существует прямой связи у общественного договора и с публичными государственными декларациями. Так, в современной России выработалась конструкция, в которой официальные установки и практика во многом существуют параллельно. При благополучной статистике обращений в органы государственного контроля и надзора, вынесенных в пользу работника судебных решений, работник во многом деинтегрирован по отношению к трудовому праву.

С позиций социологической науки действующий сегодня в отечественном трудовом праве бессознательный общественный договор раскрывается

Н.Н. Мещеряковой через категорию общественной аномии: «Многообразие ценностно-нормативных систем привело к тому, что нормы превратились в акт выбора. С одной стороны, дисциплинарное общество старается все регламентировать, а с другой — рыночные механизмы, которым всё подчинили, законы спроса и предложения превратили ценности и нормы в “меню”, из которого можно выбирать, что, в свою очередь, приводит к ненамеренным последствиям для общества в целом» [Мещерякова Н.Н., 2014: 204].

Общественный договор о труде способен иметь неформальное регулятивное значение. Казалось бы, индивид не обязан поступать согласно договору, отступление от него не влечет публичной ответственности. Однако в действительности нарушение конвенции способно вызвать негативную реакцию работодателя, и работник, обратившийся в органы государственной инспекции труда или в суд, зачастую и обоснованно ожидает неблагоприятных последствий [Бизюков П., 2011: 80–82]. Преступив обязательство не требовать соблюдения трудовправовых гарантий, работник подчас лишается работы, возможно — части дохода (премии) или теряет в условиях труда. Так реализуются своеобразные санкции за неисполнение условий общественного контракта.

7. Следствия трудовправового общественного договора и пути его преодоления

Общественный договор об отказе работника от защиты трудовых прав в обмен на работу позволяет прогнозировать следствия. Так, поскольку сохраняются все причинные факторы, можно прогнозировать дальнейшую прекаризацию труда.

Общественный договор имеет положительную обратную связь с эрозией системы трудовых прав работника. Неформальный труд позволяет устанавливать низкие заработные платы, а малые доходы, в свою очередь, делают работника послушным воле работодателя. При этом проблема трудовправового социального контракта носит системный характер и фактически неразрешима при действующем политическом, социальном, экономическом строе. Системный характер затруднений означает, что в рамках нынешней организации общества, экономики и государства даже положительные на первый взгляд властные меры вызывают новые осложнения. Так, повышение минимального размера оплаты труда при кажущемся конструктивном эффекте с очевидностью вызовет расширение неформального труда, уход работодателя в «тень».

Примером подобного казуса стал институт самозанятых, призванный легализовать налогообложение части трудящихся. На практике же произошел массовый «полупринудительный» переход работников в самозанятые

и их найм по гражданским договорам с целью уклонения работодателя от предоставления трудовправовых гарантий³⁶. Другой образец кажущихся положительными перемен — электронная трудовая книжка. Невозможность избавиться от нее, как и от ее бумажного аналога, сформировала очередной механизм манипуляций работодателя. В обмен на готовность работодателя не фиксировать увольнение за нарушение дисциплины труда работник способен расторгнуть трудовой договор по собственной инициативе, пойти на ухудшение условий труда, отказаться от обращения за защитой нарушенных прав.

Средства противодействия отечественной конструкции общественного договора лежат, как и сам договор, прежде всего в области правосознания. Безусловно необходимой стратегией является долгосрочное, масштабное, последовательное информирование населения о трудовых правах и гарантиях, способах защиты трудовых прав. Трудовправовое воспитание работника не должно ограничиваться одним-двумя занятиями в пределах школьного курса «Обществознание» или университетской дисциплины «Правоведение» и близких ей. Пропаганда защиты трудовых прав должна вестись и в отношении работающего населения, с широким привлечением СМИ, интернет-ресурсов, просветительского блоггинга. Обязательным условием нормального функционирования трудовых прав работника является массовая трудовправовая образованность и выработка представлений о нормальности защиты отраслевых прав. Адресатом пропаганды должен выступать преимущественно работник, поскольку интересы работодателя в должной мере обеспечены финансово, организационно, кадрово.

Другое ключевое направление действий по слову устоявшейся модели заключается в реформировании системы инстанций защиты трудовых прав. Требуется уточнение положения органов прокуратуры в данной системе. В настоящее время широко практикуются отказы прокуратуры в принятии к производству жалоб на трудовые нарушения со ссылкой на ст. 21 Федерального закона «О прокуратуре»³⁷, по которой «при осуществлении надзора за исполнением законов органы прокуратуры не подменяют иные государственные органы». Особого внимания центральных властей заслуживает ГИТ — ключевая инстанция внесудебного порядка. Необходимо повышение доступности, оперативности, прозрачности деятельности ее органов. Требуется перераспределение полномочий между судом и инспекцией труда, в частности, сужение перечня дел, подлежащих исключительному судебному рассмотрению (ст. 391 ТК РФ).

³⁶ Available at: URL: <https://www.vedomosti.ru/management/articles/2020/01/24/821379-rossiiskie-rabotodateli> (дата обращения: 08.07.2021)

³⁷ Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» от 17.01.1992 № 2202-1 (ред. от 01.07.2021) // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472.

Максимально полезным видится придание инспекции труда качественно нового состояния трудового трибунала с квазисудебными функциями, предоставление полномочий рассмотрения трудовых споров, изучения доказательств, привлечения к ответственности. Следует пресечь формальное отношение инспекции к защите трудовых прав, допускающее отписки, содержание которых сводится к констатации признаков трудового спора и полному отказу на этом основании в проведении проверок. Соответственно, необходимо иное состояние материального и кадрового обеспечения органов ГИТ. Вершиной объективации данной логики могла бы стать специальная трудовая юстиция в форме отдельной судебной коллегии или трудовых судов, что давно обсуждалось в отечественной науке и на настоящий момент не принесло сколько-нибудь значимых результатов.

Заключение

На рубеже XX–XXI вв. в российской системе социально-трудовых отношений сформировался негласный общественный договор между работником и работодателем как социальными группами. Его содержание характеризуется встречными неформальными обязательствами сторон трудового договора: работодатель пренебрегает нормами трудового права в своих экономических интересах, а работник подчиняется воле работодателя и мирится с нарушениями законодательства о труде, отказываясь от защиты трудовых прав. Выполнение обязательств работником вынуждено причинами психологического, информационного, государственно-административного, социального, экономического свойства. Конвенция разрывается только при радикальном нарушении интересов работника — при длительной невыплате заработной платы, незаконном увольнении. Закономерность не носит абсолютного характера, но она настолько значима, чтобы представлять в качестве негативного явления национального масштаба.

Отечественный общественный договор в сфере труда позволяет поставить под сомнение концепцию социологической школы, по которой фактически существующие отношения признаются источником права. Стихийные практики, выработанные под влиянием экономических факторов, способны быть деструктивными. Так, следствием указанного соглашения становится прекаризация трудовых отношений в России, исключение миллионов трудящихся из сферы действия норм трудового права, дегуманизация социальной жизни, эрозия правосознания, причинение ущерба экономике. Средствами противодействия общественному договору об отказе работника от защиты трудовых прав выступают активное правовое воспитание и реорганизация системы органов защиты трудовых прав.



Список источников

1. Баранов П.П. Позитивистское правопонимание в юридической науке, практике и повседневной жизни современной России // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 4. С. 7–14.
2. Бизюков П. Индивидуальные трудовые конфликты: могут ли работники защитить свои права в одиночку. М.: Центр социально-трудовых прав, 2011. 124 с.
3. Бизюков П.В. Динамика трудовых протестов в России в 2008–2016 гг. Часть 1 // Кадровик. 2016. № 11. С. 66–76.
4. Богданова Т. Денег давно не видели... // Аргументы и факты. 2016. № 14. С. 10–11.
5. Божкова А.О., Палеха Р.Р. Конституция Российской Федерации как общественный договор современного российского общества и государства // Вестник Воронежского института высоких технологий. 2021. № 1. С. 164–168.
6. Бывшева М.В. Преемственность в системе образования на условиях общественного договора // Проблемы и перспективы развития образования в России. 2013. № 18. С. 27–31.
7. Бьюкенен Дж. Сочинения / Нобелевские лауреаты по экономике. Т. 1. М.: Таурус Альфа, 1997. 560 с.
8. Вольтер Ф. М. Философские сочинения. М.: Наука, 1988. 751 с.
9. Вольчик В.В., Посухова О.Ю. Прекариат и профессиональная идентичность в контексте институциональных изменений // Terra Economicus. 2016. № 2. С. 159–173.
10. Гоббс Т. Левиафан. М.: Мысль, 2001. 478 с.
11. Грудцына Л.Ю., Лагуткин А.В. Идея «общественного договора» как основа диалога государства с гражданским обществом // Государство и право. 2016. № 2. С. 94–98.
12. Дагаев Г.В., Помулев А.А. Взаимосвязь эффекта Лаффера и теневой экономики // Теневая экономика. 2020. Том 4. № 4. С. 225–234.
13. Дамье В.В. Атомизация общества и социальная самоорганизация: российский контекст / Рабочие в России: исторический опыт и современное положение. М.: УРСС, 2004. С. 73–82.
14. Деева Н.В. Общественный договор и проблемы современного образования в России // Austrian journal of humanitarian and social sciences. 2015. № 5–6. С. 91–93.
15. Лебедев В.М. Энтропия трудового права / Правовые проблемы укрепления российской государственности. Томск: Изд-во Томского университета, 2014. С. 72–75.
16. Локк Д. Сочинения. Т. 3. М.: Мысль, 1988. 668 с.
17. Маслюкова Е.В., Зайцева Ю.Ю. Занятость в неформальном секторе: количественные методы анализа // Экономика труда. 2017. № 4. С. 423–430.
18. Мещерякова Н.Н. Аномия в сложном обществе // Вестник МГИМО-Университета. 2014. № 2. С. 201–207.
19. Пажитнов К.А. Положение рабочего класса в России. СПб.: Общественная польза, 1908. 306 с.
20. Пахомова Е.А. Потребительский патернализм как часть общественного договора в России // Философия права. 2015. № 3. С. 71–75.
21. Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск: НГУ, 1995. 532 с.
22. Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М.: Канон-пресс, 1998. 416 с.

23. Рябушкин Н.Н., Капелюк С.Д. Работающие бедные в России: оценка масштабов проблемы // Экономика труда. 2020. № 6. С. 489–498.
24. Соколов Б.О. Концепции общественного договора в современной политической теории: автореф. дис. ... к.п.н. СПб., 2014. 25 с.
25. Старков А.И. Хартия — общественный договор между врачами и обществом // Дневник Алтайской школы политических исследований. 2000. № 8. С. 021–022.
26. Цитульский В.Ф. Становление и развитие отношений социального партнерства в сфере труда в России XVIII — начала XIX вв. (историко-правовое исследование): автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2014. 41 с.
27. Юм Д. Сочинения в двух томах. Т.1. М.: Мысль, 1996. 733 с.



References

1. Baranov P.P. (2015) Positivist legal thinking in legal science, practice and everyday life in modern Russia. *Rossiyskiy zhurnal pravovyykh issledovaniy* = Russian Journal of Legal Studies, no. 4, pp. 7–14. (In Russ.).
2. Bizyukov P. (2011) *Individual labor conflicts: can workers protect their rights alone*. Moscow: Center for Social and Labor Rights, 124 p. (In Russ.).
3. Bizyukov P.V. (2016) Dynamics of labor protests in Russia in 2008-2016. Part 1. *Kadrovik*=Personnel Officer, no. 11, pp. 66–76. (In Russ.).
4. Bogdanova T. (2016) Money has not been seen for a long time... *Argumenty i facty* = Arguments and Facts, no. 14, pp. 10–11. (In Russ.).
5. Bozhkova A.O., Palekha R.R. (2021) Constitution of the Russian Federation as a social contract of modern Russian society and state. *Vestnik Voronezhskogo Instituta vysokikh tekhnologiy* = Herald of Voronezh Institute of High Technologies, no. 1, pp. 164–168. (In Russ.).
6. Buchanan J.M. (1997) Works. In: Nobel Laureates in Economics. Vol. 1. Moscow: Taurus Alpha, 560 p. (In Russ.).
7. Byvsheva M.V. (2013) Continuity in the education system on the terms of a social contract. *Problemy i perspektivy razvitiya obrazovaniya v Rossii*=Russian Education: Issues and Prospects of Development, no. 18, pp. 27–31. (In Russ.).
8. Dagaev G.V., Pomulev A.A. (2020) The relationship between the Laffer effect and the shadow economy. *Tenevaya ekonomika* = Shadow Economy, no. 4, pp. 225–234. (In Russ.).
9. Damie V.V. (2004) Atomization of society and social self-organization: Russian context. In: Workers in Russia: historical experience and current situation. Moscow: URSS, pp. 73–82. (In Russ.).
10. Deeva N.V. (2015) Social contract and modern education in Russia. *Austrian journal of humanitarian and social sciences*, no. 5–6, pp. 91–93. (In Russ.).
11. Grudtsyna L.Yu., Lagutkin A.V. (2016) The idea of a “social contract” as the basis for a dialogue between the state and civil society. *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, no. 2, pp. 94–98. (In Russ.).
12. Hobbes T. (2001) *Leviathan*. Moscow: Mysl, 478 p. (In Russ.).
13. Hume D. (1996) *Works*. Vol. 1. Moscow: Mysl, 733 p. (In Russ.).
14. Lebedev V.M. (2014) Entropy of labor law. In: Legal issues of strengthening Russian statehood. Collection of essays. Tomsk: University, pp. 72–75. (In Russ.).

15. Locke D. (1988) *Works*. Vol. 3. Moscow: Mysl', 668 p. (In Russ.).
 16. Maslyukova E.V., Zaitseva Yu.Yu. (2017) Employment in the informal sector: quantitative methods of analysis. *Ekonomika truda* = Economics of Labor, no. 4, pp. 423–430. (In Russ.).
 17. Meshcheryakova N.N. (2014) Anomia in a complex society. *Vestnik Universiteta MGIMO* = Herald of MGIMO University, no. 2, pp. 201–207. (In Russ.).
 18. Pazhitnov K.A. (1908) *The position of the working class in Russia*. Saint Petersburg: Obschestvennaya polza, 306 p. (In Russ.).
 19. Pakhomova E.A. (2015) Consumer paternalism as part of a social contract in Russia. *Philosophia prava* = Philosophy of Law, no. 3, pp. 71–75. (In Russ.).
 20. Rawls J. (1995) *Theory of justice*. Novosibirsk: University, 532 p. (In Russ.).
 21. Rousseau J.J. (1998) *On the social contract. Treatises*. Moscow: Kanon-press, 416 p. (In Russ.).
 22. Ryabushkin N.N., Kapelyuk S.D. (2020) Working poor in Russia: assessing the scale of issue. *Ekonomika truda* = Economics of Labor, no. 6, pp. 489–498. (In Russ.).
 23. Sokolov B.O. (2014) The concept of social contract in modern political theory. Candidate of Political Sciences Summary. Saint Petersburg, 25 p. (In Russ.).
 24. Starkov A.I. (2000) Charter, a social contract between doctors and society. *Dnevnik Altaiskoy shkoly politicheskikh issledovaniy* = Diary of Altay School of Political Studies, no. 8, pp. 21–22. (In Russ.).
 25. Tsitulsky V.F. (2014) Formation and development of social partnership in the field of work in Russia in the 18th-early 19th centuries (historical and legal study). Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 41 p.
 26. Volchik V.V., Posukhova O.Yu. (2016) Precaria and professional identity in the context of institutional changes. *Terra Economicus*, no. 2, pp. 159–173. (In Russ.).
 27. Voltaire F.M. (1988) *Philosophical writings*. Moscow: Nauka, 751 p. (In Russ.).
-

Информация об авторе:

Н.В. Демидов — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

N.V. Demidov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 12.07.2021; одобрена после рецензирования 11.10.2021; принята к публикации 01.11.2021.

The article was submitted 12.07.2021; approved after reviewing 11.10.2021; accepted for publication 01.11.2021.

Научная статья

УДК 347.1

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.49.79

Самозанятые граждане: правовая квалификация деятельности и перспективы формирования специального режима



Юлия Дмитриевна Жукова¹,



Анна Сергеевна Подмаркова²

^{1,2} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия

¹ julia-jukova@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4455-1096>

² apodmarkova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4549-4588>



Аннотация

В статье исследуются проблемы формирования правового статуса самозанятого гражданина. Внимание сосредоточено на промежуточных итогах реформ 2016–2017 гг., в результате которых в гражданском и налоговом законодательстве была закреплена возможность легальной деятельности физических лиц без их регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей. Анализируются разрозненные нормативные положения и положения ненормативных актов государственных органов, касающиеся деятельности самозанятых граждан; складывающаяся судебная практика; выявляемые деятелями юридического сообщества пробелы и противоречия, образовавшиеся в результате принятия новых правил. Поднимаются актуальные вопросы соотношения нововведений налогового и гражданского законодательства с действующими нормами, регулирующими трудовые отношения, отношения, связанные с защитой прав потребителей, с оказанием государственной поддержки хозяйствующих субъектов. Указывается на необходимость разработки базового легального определения самозанятых граждан, пригодного для использования во всех отраслях законодательства, регулирующих их деятельность. Проводится сравнение статуса самозанятого лица со статусом собственника, использующего имущество на законном основании, работника, индивидуального предпринимателя. Предлагается подходить к решению вопроса

об участии самозанятых лиц в гражданских правоотношениях наравне с предпринимателями в зависимости от содержания и условий их деятельности, учитывая фактическое выделение в налоговом законодательстве различных категорий самозанятых. Предлагается критически осмыслить ситуации, в которых те или иные юридические последствия ставятся в зависимость от наличия статуса индивидуального предпринимателя, и отграничить их от тех, в которых важен только предпринимательский характер осуществляемой деятельности. Также авторами рассмотрены возможности переквалификации отношений с участием самозанятых лиц из гражданско-правовых в трудовые и потенциальные последствия такой переквалификации. Констатируются тенденция к построению системы регулирования деятельности самозанятых граждан преимущественно в части стимулов и льгот и отсутствие на данный момент целостного правового режима из-за неурегулированности в различных отраслях их обязанностей и ответственности.



Ключевые слова

самозанятые граждане, самозанятость, налог на профессиональный доход, легитимация хозяйствующего субъекта, предпринимательская деятельность, ответственность предпринимателя, трудовые отношения, государственная поддержка малого предпринимательства

Благодарности: статья подготовлена с использованием справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

Для цитирования: Жукова Ю.Д., Подмаркова А.С. Самозанятые граждане: правовая квалификация деятельности и перспективы формирования специального режима // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С 49–79. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.49.79

Research article

Self-Employed Persons: Legal Qualification of Their Activity and Perspectives for Formation of a Special Regime



Yulia D. Zhukova¹, Anna S. Podmarkova²

^{1,2} National Research University Higher School of Economics, Moscow, Russia

¹ julia-jukova@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4455-1096>

² apodmarkova@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4549-4588>



Abstract

The article is devoted to legal issues of formation of a legal status of a self-employed person. Attention is focused on the mid-term results of the reforms introduced in 2016-2017, which led to consolidation of an opportunity of natural persons to conduct business legally without state registration by civil and tax legislation. The research contains analysis of the unrelated provisions of current legislation and other formal non-regulatory acts concerning the activity of self-employed persons, as well as court practice for some previous years, and also gaps

and contradictions revealed by legal scientists, which seem to be a result of introducing of the new rules. Besides this the authors raise the issues of correlation of novels of civil and tax law with current provisions of labor law, legal regulation of protection of consumers' rights and measures of governmental support of small business. The necessity of elaboration of a basic legal definition of a self-employed person applicable in for use in various areas of law is underlined in the article. The status of a self-employed person is compared with the status of an owner who uses property legally — an employee, an individual entrepreneur. It is proposed to approach the participation of self-employed persons in civil legal relations on an equal basis with entrepreneurs, according to the content and conditions of their activities. Also minding the existence of different categories of self-employed persons in tax legislation. The conclusion is made about the predominantly entrepreneurial nature of the activities of self-employed persons (with the exception for services exclusively for personal and household needs) to ensure a fair balance of interests of participants in civil legal relations. It is proposed critically comprehend and revise situations in which certain legal consequences depend on the status of an individual entrepreneur, and distinguish them from those where only the entrepreneurial nature of the activity is important. It is noted that a different approach to individual entrepreneurs and self-employed persons is permitted towards their responsibility within administrative legal relations. The authors also considered the possibilities of retraining of civil law relations to labor involving self-employed persons and the potential consequences of such retraining. The authors note the tendency of building a system of regulating of self-employed citizens activities in terms of incentives and benefits, but not their duties and responsibilities, and as a result the lack of a holistic legal regime for the legal regulation of their activities.



Keywords

self-employed person, self-employment, self-employment tax, legitimation of a business entity, business activity, the entrepreneur's liability, labor relations, governmental support of small business

Acknowledgments: the publication was prepared with using resources of the information system Konsultant Plus.

For citation: Zhukova Yu.D., Podmarkova A.S. Self-employed persons: legal qualification of their activity and perspectives for formation of a special regime. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 49–79. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.49.79

Введение

Явление самозанятости не ново для российского правового порядка: в последнее десятилетие данное понятие использовалось для обозначения самых различных категорий лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей, адвокатов, нотариусов, арбитражных управляющих, оценщиков, медиаторов, патентных поверенных и иных лиц, занимающихся частной практикой¹.

¹ Постановление КС РФ от 24.02.1998 №7-П // СПС КонсультантПлюс; Определение КС РФ от 29.05.2014 №1116-О от 12.05.2016 №1144-О // СПС КонсультантПлюс; Постановление КС РФ от 24.02.1998 №7-П // СПС КонсультантПлюс; Определение КС РФ от 29.05.2014 №1116-О // СПС КонсультантПлюс; Определение КС РФ от 12.05.2016 №1144-О // СПС КонсультантПлюс.

В настоящее время термин «самозанятые граждане» преимущественно связывают с положениями налогового законодательства и правоотношениями, возникающими при применении специального налогового режима «Налог на профессиональный доход». Вместе с тем сегодняшняя правовая реальность показывает, что применение данной категории значительно выходит за рамки налогового регулирования.

Так, гражданское законодательство закрепляет альтернативную государственной регистрации возможность легализации предпринимательской деятельности, что порождает вопрос о расширении субъектного состава предпринимательских отношений и появлении в них нового потенциального участника с неопределенным статусом. Интересен вопрос: остается ли во всех остальных аспектах гражданского-правового регулирования предпринимательских отношений деятельность самозанятого гражданина «классической» предпринимательской без каких-либо иных изъятий и особенностей, или рассматриваемая деятельность в силу своей специфики должна быть выделена в особую категорию, требующую, соответственно, специального режима правового регулирования. Неоднозначен правовой статус самозанятого гражданина и с точки зрения иных правоотношений — трудовых, административных, процессуальных.

Важным видятся не только выработка единого определения самозанятого лица, но и достижение определенности в отношении характера деятельности и специфики статуса таких лиц. Основной целью настоящего исследования является попытка определить место самозанятого гражданина среди схожих правовых категорий — предпринимателя, работника, собственника имущества, использующего его на законном основании, и выявление перспектив формирования целостного правового режима регулирования его деятельности.

1. Основные подходы к пониманию термина «самозанятый гражданин» и потребности современного правового регулирования

В настоящее время приходится говорить о фактически полном отсутствии понятия «самозанятый гражданин» в действующем законодательстве. Непосредственное употребление данного термина и попытки его раскрытия имеют место в некоторых официальных документах, не носящих нормативного характера, чего, конечно, недостаточно для полноценного формирования соответствующего правового института.

О внедрении понятия самозанятого гражданина как особой правовой категории заговорили в связи с появлением у государства потребности в стимулировании легализации деятельности лиц, осуществляющих вне трудоустройства приносящую незначительный по сравнению с бизнесом доход

деятельность, что вылилось в реформирование ряда законов. В первую очередь, речь идет о гражданском и налоговом законодательстве, а также о ряде других нормативных актов².

До 2017 года в гражданском законодательстве не существовало промежуточных категорий между простым гражданином, не занимающимся предпринимательской деятельностью, и индивидуальным предпринимателем. Ныне законодатель предпринял попытку закрепить такую промежуточную категорию, однако ограничился лаконичной формулировкой, характеризующей те аспекты гражданско-правового статуса гражданина, условно называемого нами самозанятым³, которые, очевидно, значимы для него на текущий момент. Согласно ст. 23 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), «в отношении отдельных видов предпринимательской деятельности законом могут быть предусмотрены условия осуществления гражданами такой деятельности без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя». Из этой формулировки как минимум можно вынести тот факт, что формально деятельность такого гражданина не выносится за рамки предпринимательской и продолжает ею оставаться с точки зрения гражданского законодательства.

ГК РФ не дает специального названия деятельности гражданина, которому разрешается осуществлять предпринимательскую деятельность без государственной регистрации. В Кодексе отсутствуют иные нормы, раскрывающие специфику участия таких граждан в гражданском обороте, из чего можно сделать прямой вывод об отсутствии специального регулирования правоотношений с их участием. В таком случае необходимо четко осознавать, в каком статусе они выступают, прежде всего, в обязательствах: в качестве обычного физического лица или наравне с индивидуальными предпринимателями без каких-либо изъятий за исключением порядка легитимации деятельности. Как справедливо отмечается в доктрине, правовое положение индивидуального предпринимателя и физического лица в гражданско-правовых отношениях существенно различается [Крюкова Е.С., Рузанова В.Д., 2018: 21–26] (например, с точки зрения возможности участия в ряде договоров со специальным составом — поставки, розничной купли-продажи, бытового подряда и т.п., условий гражданско-правовой ответственности), в связи с чем неизбежно назревает потребность в правовой определенности.

По формальной логике оформление статуса самозанятого гражданина является лишь одной из разновидностей легитимации деятельности физи-

² Закон РФ от 19.04.1991 № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915; Федеральный закон от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4006.

³ Исходя из общей нормативной неопределенности, здесь и далее термин «самозанятый гражданин» употребляется условно как собирательная категория за отсутствием единого легального определения.

ческого лица. Однако совпадают ли полностью признаки предпринимательской деятельности и условия ее осуществления для индивидуального предпринимателя и для лица, осуществляющего свою деятельность без такого статуса? При выдвижении гипотез в ответ на данный вопрос мы так или иначе сталкиваемся с необходимостью проанализировать все существующие в рамках сегодняшнего правового регулирования правила, устанавливаемые для лиц, могущих легально осуществлять предпринимательскую деятельность без статуса индивидуального предпринимателя. Для этого необходимо обратиться к нормативным актам, действующим в иных отраслях, коль скоро ГК РФ отсылает искать особые условия для рассматриваемых лиц в неопределенном ином законодательстве.

В первую очередь интересующие нас правила были разработаны для целей налогового регулирования. Специфическим условием законного осуществления деятельности без оформления статуса индивидуального предпринимателя является особый, упрощенный порядок ее легализации в виде направления уведомления об осуществлении соответствующей деятельности, что закреплено в рамках изменений, внесенных в ст. 83 Налогового кодекса Российской Федерации (далее — НК РФ) в 2017 году⁴. Основная провозглашаемая цель, заложенная в Стратегии развития малого и среднего предпринимательства в России, так или иначе отражающая концептуальную основу исследуемых реформ, — предоставление возможности для легализации статуса и освобождения от ответственности за ведение незаконной предпринимательской деятельности⁵. Также важно упомянуть, что согласно п. 70 ст. 217 НК РФ в 2017, 2018 и 2019 гг. на три года освобождались от налогообложения доходы в виде выплат (вознаграждений), полученных физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями, от физических лиц за оказание им следующих услуг для личных, домашних и (или) иных подобных нужд: по присмотру и уходу за детьми, больными лицами, лицами, достигшими возраста 80 лет, а также иными лицами, нуждающимися в постоянном постороннем уходе по заключению медицинской организации; по репетиторству; по уборке жилых помещений, ведению домашнего хозяйства⁶.

Следует отметить, что речь в рассматриваемой норме идет о выплатах и вознаграждениях, а не о прибыли, что косвенно свидетельствует о том, что

⁴ Федеральный закон от 30.11.2016 № 401-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 05.12.2016. N 49. Ст. 6844.

⁵ Распоряжение Правительства РФ от 02.06.2016 № 1083-р «Об утверждении Стратегии развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации на период до 2030 года» // СПС КонсультантПлюс.

⁶ При этом законом субъекта федерации могут быть установлены также иные виды услуг для личных, домашних и (или) иных подобных нужд, доходы от оказания которых освобождаются от налогообложения в соответствии с настоящим пунктом.

законодатель намеренно не рассматривает такую деятельность как предпринимательскую в чистом виде; в наибольшей степени она близка по характеру к трудовой, но осуществляемой без официального трудоустройства у работодателя с соответствующими гарантиями, предоставляемыми Трудовым кодексом Российской Федерации (далее — ТК РФ). Таким образом, имеются очевидные предпосылки для ведения речи о иной разновидности экономической деятельности, приносящей доход.

Как уже отмечено, НК РФ термина «самозанятый гражданин» также не содержит, что усиливает терминологическую неопределенность и удерживает данное понятие «вне закона» в буквальном смысле, делая его в большей степени обиходным, нежели легальным. Собственно термин «самозанятые граждане» мы можем встретить в тексте Письма ФНС России от 02.02.2017 № ГД-4-14/1786@⁷, в котором речь идет собственно о п. 7.3 НК РФ, в соответствии с которым к самозанятым гражданам относятся физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, и оказывающие без привлечения наемных работников услуги физическому лицу для личных, домашних и (или) иных подобных нужд.

Из рассматриваемого определения мы можем вывести следующие характеристики самозанятого гражданина: самозанятый гражданин не является индивидуальным предпринимателем; деятельность самозанятого гражданина сводится только к оказанию услуг, причем не любых услуг, а только связанных с личными и домашними нуждами. Таким образом, по содержанию такая деятельность не совпадает в значительном объеме с предпринимательской деятельностью, которая по ст. 2 ГК РФ, может осуществляться путем продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг, пользования имуществом; самозанятый гражданин не может привлекать наемных работников, однако это формально не препятствует такому лицу привлекать исполнителей по договорам гражданско-правового характера.

В то же время в Распоряжении «Об утверждении Стратегии развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации на период до 2030 года», самозанятыми названы «граждане, осуществляющие приносящую доход деятельность и не зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей». Соответственно деятельность самозанятого отграничивается от деятельности ИП, но рассматривается широко, не ограничиваясь сферой личных услуг, более того, деятельность именуется «приносящей доход», что, как известно, является самостоятельной категорией наряду с предпринимательской деятельностью.

⁷ Письмо ФНС России от 02.02.2017 № ГД-4-14/1786@ «О постановке на учет (снятии с учета) физического лица, не являющегося индивидуальным предпринимателем и оказывающего без привлечения наемных работников услуги физическому лицу для личных, домашних и (или) иных подобных нужд» // СПС КонсультантПлюс.

По мнению Минтруда и социальной защиты Российской Федерации, выраженном в Письме от 03.03.2020 № 16-1/В-87⁸, данная дефиниция позволяет определить, что понятия «предпринимательство» и «самозанятость», по сути, являются однокоренными понятиями, содержанием которых является деятельность, приносящая прибыль (доход), но различающимися по признаку формальной легализации. При этом под самозанятыми Министерство понимает лиц, наряду с индивидуальными предпринимателями самостоятельно обеспечивающих себя работой, и, в противовес Федеральной налоговой службе, не относит к самозанятым граждан, оказывающих услуги физическим лицам для личных, домашних и (или) иных подобных нужд, называя их просто «занятыми».

Такая позиция связана, по всей видимости, с развитием законодательства, регулирующего налоговый статус самозанятых, выразившимся в реформе 2018 года, в результате которой закреплён специальный налоговый режим — «налог на профессиональный доход». Понятие «профессиональный доход» и сам налоговый режим введены Федеральным законом от 27.11.2018 № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход»⁹ (далее — Закон об НПД). По п. 7 ст. 2 данного Закона «профессиональный доход — доход физических лиц от деятельности, при ведении которой они не имеют работодателя и не привлекают наемных работников по трудовым договорам, а также доход от использования имущества». При этом плательщиками налога на профессиональный доход признаются физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, перешедшие на специальный налоговый режим в порядке, установленном этим Федеральным законом (п. 1 ст. 4 Закона). Соответственно, в определении акцент делается только на отсутствие трудовых отношений, независимо от вида деятельности, при этом отдельно выделяется такой вид деятельности, как использование имущества, включаемый в содержание предпринимательской деятельности согласно статье 2 ГК РФ.

Вместе с тем выбор вида деятельности не безграничен: применять режим НПД допускается с рядом ограничений, предусмотренных п. 2 ст. 4 Закона. Ограничения, содержащиеся в восьми подпунктах, помимо дублируемого запрета на вступление в трудовые отношения, касаются возможных видов деятельности (так, нельзя заниматься перепродажей товаров и имущественных прав, за исключением продажи имущества, использовавшегося для личных, домашних и (или) иных подобных нужд; продажей подакцизных товаров, оказанием посреднических услуг — агентирования, комиссии, по-

⁸ СПС КонсультантПлюс.

⁹ Федеральный закон от 27.11.2018 № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход» // СЗ РФ. 03.12.2018. № 49 (часть I). Ст. 7494.

ручения), а также размера получаемых доходов (не более 2,4 млн. руб. в год). Таким образом, устанавливаются параметры, по которым пролегают границы возможностей применения режима НПД для лиц, очевидно осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность.

Согласно п. 6 ст. 2 рассматриваемого Закона физические лица при применении специального налогового режима вправе вести виды деятельности, доходы от которых облагаются налогом на профессиональный доход, без государственной регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей, за исключением видов деятельности, ведение которых требует обязательной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с федеральными законами, регулирующими ведение соответствующих видов деятельности.

Напрашивается гипотеза, что законодатель неспроста приравнивает статус «иных» плательщиков НПД (т.е. самозанятых лиц) к статусу предпринимателей в части установлении единого налогового режима при определенных условиях, а также распространяет на таких лиц меры государственной поддержки предпринимателей¹⁰: подразумевается явное сближение данных категорий физических лиц, чего нельзя сказать о лицах, оказывающих услуги для личных и домашних нужд, речь о которых ведется в ст. 83 НК РФ, в отношении которых ясно обозначено, что они не являются индивидуальными предпринимателями. Из этого сделаем промежуточный вывод: категория самозанятого гражданина как минимум не является единой и универсальной в рамках действующего законодательства. Вероятнее всего, предполагается, что по истечении льготного трехлетнего периода освобождения от налогообложения лица, оказывающие услуги личного и домашнего характера, начнут применять режим НПД, однако это не отменяет их особого статуса, вытекающего из характера их деятельности, позволяющего оформлять ее в рассмотренном упрощенном порядке.

Поэтому рационально рассмотреть вопрос о возможной категоризации понятия «самозанятые граждане», учитывая неодинаковый подход к сфере их деятельности для целей упрощенной постановки на учет и для целей перехода на режим НПД. Очевидно, что так называемый «выход из тени» задумывался явно не только для лиц, оказывающих услуги лично-бытового характера, и понятие «самозанятый гражданин» употребляется и в отношении других видов деятельности, с которых можно уплачивать НПД¹¹.

¹⁰ Ст. 14.1 Закона от 24.07.2007 N 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» // СЗ РФ. 30.07.2007. № 31. Ст. 4006.

¹¹ Даже имеющаяся пока в незначительном количестве судебная практика явно говорит о том, что в статусе самозанятых выступают отнюдь не только лица, оказывающие услуги для личных, домашних и тому подобных целей. В частности, данным статусом обладают лица, оказывающие юридические услуги, включая судебное представительство, о чем свидетельствует практика по вопросу о распределении судебных расходов: см. Постановление

Правовые последствия отнесения самозанятого гражданина к той или иной категории также нуждаются в уточнении. Если налоговые аспекты не вызывают вопросов в силу их определенности (на данный момент так или иначе выглядит однозначно, какие потребности в области налогового регулирования закрывает законодатель), то применительно к иным отраслям эту определенность еще только предстоит внести.

Согласно мнению Е.С. Крюковой и В.Д. Рузановой, «в отраслевом плане самозанятый гражданин — это категория налогового законодательства, и именно в нормах этой отрасли должны содержаться признаки указанных граждан. Использование же этой конструкции в других отраслях должно осуществляться в значении, установленном налоговым законодательством» [Крюкова Е.С., Рузанова В.Д., 2018: 25].

На наш взгляд, логичнее всего унифицировать терминологию для единого понимания статуса самозанятого гражданина всеми отраслями российского законодательства, а также единого понимания содержания термина «самозанятый гражданин». Справедливо доктринальное мнение, согласно которому «отсутствие законодательных дефиниций еще никогда не способствовало определенности правоприменения» [Ершова И.В., 2017: 191–200]. Законодательству известны случаи межотраслевого значения правовых понятий и прямой отсылки одного нормативного акта к другому при обращении к тому или иному термину¹². Понятие «самозанятый гражданин» также потенциально может быть открытым для заимствования в межотраслевом порядке в тех случаях, когда статус самозанятого порождает те или иные правовые последствия. Но статус немислим без единого понятия, к которому он привязан, поэтому прежде чем определять особенности правового статуса самозанятого гражданина, необходимо сформулировать общий термин, который одинаково понимался бы в различных отраслях.

2. Определение статуса самозанятого гражданина в рамках гражданского законодательства: ожидаемая «программа минимум»

Возвращаясь к спорным аспектам гражданско-правового статуса самозанятого лица, отметим, что научный и правоприменительный подход к необ-

Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.09.2020 № Ф04-4104/2018 по делу № А75-9299/2016 // СПС КонсультантПлюс; Определение Суда по интеллектуальным правам от 07.12.2020 по делу № СИП-1012/2019 // СПС КонсультантПлюс.

¹² Так, в частности, для целей квалификации незаконной предпринимательской деятельности в рамках УК РФ предписано обращаться к гражданско-правовому понятию «предпринимательская деятельность» и, соответственно, той совокупности ее признаков, которое выработано гражданским законодательством.

ходимости разграничения предпринимательской деятельности и деятельности самозанятого гражданина находится в стадии формирования. Возникает ощущение неполной готовности прямо отождествлять самозанятых лиц с предпринимателями со всеми вытекающими последствиями. Так, А.В. Габов полагает, что использование ст. 401 ГК РФ, сфера применения которой — предпринимательские отношения, «для случаев нарушения нормального хода исполнения обязательств, обязанной стороной которых выступают самозанятые и обычные граждане, вызывает большие сомнения» [Габов А.В., 2020: 166–167].

Рискнем предположить, что на текущий момент с точки зрения гражданского законодательства важен не столько статус лица, занимающегося предпринимательской деятельностью, сколько сам характер деятельности: если обязательство возникает в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, то применяются правила, актуальные для обязательств с участием предпринимателей. За неимением иных указаний об особенностях участия в обязательствах лиц, для предпринимательской деятельности которых не требуется регистрации, приходится по крайней мере презюмировать, что для целей регулирования гражданско-правовых отношений такие лица приравниваются к предпринимателям, коль скоро обязательство возникает при осуществлении предпринимательской деятельности. Следовательно, принципиальную важность имеет ответ на вопрос: справедливо ли безусловно квалифицировать деятельность самозанятого гражданина в качестве предпринимательской исходя из ее сущности для целей применения актуальных для предпринимателей правовых последствий?

Позиция о наличии принципиальной близости природы доходов индивидуального предпринимателя, осуществляющего деятельность в сфере оказания услуг без использования наемного труда, и доходов самозанятого лица, была поддержана Комиссией Совета судей России по этике, рассматривавшей вопрос о возможности судьи в отставке заниматься репетиторством¹³. В заключении Комиссии подчеркивается, что «сам по себе факт освобождения того или иного вида доходов от налогообложения не имеет самостоятельного значения для решения вопроса о допустимости заниматься судье тем или иным видом деятельности, приносящей доход», и хотя правовой статус самозанятых граждан в ГК РФ не определен, их деятельность имеет все основные признаки предпринимательской деятельности, названные в ст. 2 ГК РФ: самостоятельность осуществления, рискованная природа, направленность на систематическое получение прибыли, способ ее ведения (в данном случае — оказание услуг).

¹³ Заключение Комиссии Совета судей по этике от 17.07.2020 № 5-КЭ // СПС КонсультантПлюс.

Если отталкиваться от того, что деятельность самозанятого гражданина обладает всеми признаками предпринимательской деятельности, однако ввиду нормативного ограничения возможностей (предельный размер годового дохода, сужение круга видов деятельности, невозможность нанимать работников) подразумевает особый статус лица, которое ее осуществляет, то закономерно требуется если не разработка специальных норм, закрепляющих правоспособность самозанятого гражданина как отдельного субъекта гражданских правоотношений, то хотя бы уточнение его положения в рамках действующих норм.

Приведем несколько примеров явно неопределенной квалификации статуса самозанятого гражданина. Так, ст. 426 ГК РФ о публичном договоре теперь распространяется не только на коммерческие организации, но и на лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность или деятельность, приносящую доход, что позволяет относить к ним и самозанятых. Вместе с тем, согласно постановлению Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС) № 49 от 25.12.2018¹⁴, «к лицам, обязанным заключить публичный договор, исходя из положений п. 1 ст. 426 ГК РФ относятся коммерческая организация, некоммерческая организация при осуществлении ею приносящей доход деятельности, а равно индивидуальный предприниматель, которые по характеру своей деятельности обязаны продавать товары, выполнять работы и/или оказывать услуги в отношении каждого, кто к ним обратится (потребителя)». Следуя позиции ВС, выраженной уже после внесения изменений в ГК РФ, НК РФ и принятия Закона о НПД, получается, что самозанятые граждане, несмотря на то, что основным критерием определения публичного характера договора является сфера, характер деятельности обязанного лица, не обязаны заключать соответствующие договоры.

Неопределенность назревает также и по вопросу возможности распространения на самозанятого гражданина статуса потребителя, что порождает проблему надлежащего обращения гражданина за защитой в компетентные органы. В частности, судебная практика знает случаи, когда гражданин безрезультатно обращается в антимонопольный орган в попытке привлечь контрагента к ответственности за злоупотребление доминирующим положением по ст. 10 Закона «О защите конкуренции»¹⁵. Так, в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.09.2019 № 09АП-43210/2019¹⁶ рассматривается ситуация, в которой физическое лицо — владелец нежи-

¹⁴ Пункт 16 Постановления ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 31.07.2006. N 31 (1 ч.). Ст. 3434.

¹⁶ Постановление по делу №А40-33077/2019 // СПС КонсультантПлюс.

лого помещения — обращается в антимонопольный орган с жалобой на неосновательное завышение стоимости потребления электроэнергии и получает отказ, мотивированный отсутствием у него статуса индивидуального предпринимателя, что влечет необходимость обращения за защитой своих прав в Роспотребнадзор. Последний также отказал в рассмотрении жалобы, поскольку заявитель — владелец нежилого помещения, используемого для целей предпринимательской деятельности, следовательно, не является бытовым потребителем.

Суд пришел к выводу, что заявитель «не является субъектом предпринимательской деятельности», таким образом, его интересы как хозяйствующего субъекта не могли быть ущемлены, в то время как «законодатель прямо связывает возможность для физического лица осуществлять предпринимательскую деятельность с обязательным наличием статуса индивидуального предпринимателя у такого лица, а равно в контексте настоящего спора хозяйствующим субъектом может являться физическое лицо, имеющее статус индивидуального предпринимателя». Рассматриваемая ситуация напрямую не связана со статусом самозанятого лица, однако в данном решении смущает безапелляционность суждения суда о невозможности являться субъектом предпринимательской деятельности без статуса индивидуального предпринимателя, тогда как нормы законодательства, устанавливающие такую возможность, уже действовали на момент рассмотрения дела.

Таким образом, открытым остается вопрос, может ли самозанятый гражданин претендовать на обращение в антимонопольный орган при нарушении его прав как хозяйствующего субъекта, или отсутствие статуса индивидуального предпринимателя тому препятствует. В рассмотренной ситуации очевидно, что заявитель оказался в некоем вакууме: оба государственных органа отказались защищать его интересы, объявив вопрос вне своей компетенции. Нельзя не отметить, что таким образом создаются негативные предпосылки участия в подобных спорах самозанятых граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, но и не отождествляющихся на уровне, как минимум, ГК РФ и НК РФ с рядовыми потребителями. Риск неопределенности в отношении компетенции государственных органов по защите прав и законных интересов самозанятого лица не должен, на наш взгляд, возлагаться на последнего как следствие размытости его правового статуса в рамках действующего законодательства.

В свою очередь Федеральный закон «О защите прав потребителей»¹⁷ четко определяет изготовителя, исполнителя и продавца как организацию независимо от организационно-правовой формы или индивидуального пред-

¹⁷ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 15.01.1996. № 3. Ст. 140.

принимателя, в то время как потребитель определяется как «гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности». Таким образом, самозанятому гражданину, не имеющему законной необходимости оформлять статус индивидуального предпринимателя, в данной классификации нет места.

Разумеется, защита прав потребителя как таковая не определяется надлежащим оформлением статуса изготовителя, исполнителя или продавца в качестве индивидуального предпринимателя; ссылка на отсутствие статуса при квалификации деятельности как предпринимательской не имеет правового значения¹⁸. Однако в нашем случае речь идет не о недобросовестной ссылке на отсутствие статуса предпринимателя, а о законном осуществлении предпринимательской деятельности вне такого статуса. Полагаем, что вопрос статуса самозанятого гражданина в схеме «предприниматель — потребитель» нуждается хотя бы в минимальном регулировании во избежание противоречий в правоприменительной практике. На сегодняшний день пока в еще редких судебных решениях проскальзывает тезис о том, что если потребитель воспринимает своего контрагента как предпринимателя, то законодательство о защите прав потребителей подлежит применению. Так, из апелляционного определения Московского городского суда по делу № 33-27075/2020, 2-46/2020 следует, что ответчик по спору о взыскании санкций по договору подряда ссылаясь на то, что является самозанятым, занимается ремонтом и отделкой квартир. Суд пришел к выводу, что у истца — физического лица (заказчика по договору) — «имелись все основания полагать, что она заключила договор с индивидуальным предпринимателем»¹⁹. Таким образом, в отсутствие официальных разъяснений суд исходит из аналогичности статуса самозанятого гражданина статусу индивидуального предпринимателя на основании фактической расстановки сил между сторонами договора, т.е. фактического осуществления исполнителем предпринимательской деятельности.

Принципиально важно и достижение определенности касательно пределов гражданско-правовой ответственности самозанятого гражданина. Необходимый состав для привлечения к гражданско-правовой ответственности, как известно, различается для предпринимателей и рядовых граждан в части значимости вины, что порождает потребность официального учета самозанятого гражданина в первой или во второй категории.

¹⁸ П. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ См., напр., Апелляционное определение Московского городского суда по делу № 33-27075/2020, 2-46/2020 // СПС КонсультантПлюс.

Попробуем предположить, что потенциально статус лица, оказывающего исключительно услуги для личных, домашних и иных подобных целей, в большей степени близок к статусу физического лица, нежели предпринимателя как профессионального субъекта рынка, принимающего на себя все риски, связанные с возможными неблагоприятными обстоятельствами, возникшими не по его вине, и обремененного повышенной ответственностью по сравнению с обычным (непрофессиональным) участником гражданского оборота — физическим лицом. Аргументами в пользу такого подхода могут являться преимущественно личный характер оказания таких услуг (что неизбежно требует учитывать человеческий фактор по аналогии с работником по трудовому договору: например, такие обстоятельства как болезнь и временная утрата трудоспособности, необходимость ухода за тяжелобольными членами семьи и т.д.), специфический ресурс — персональный физический или умственный труд, потенциальная значимость личности для потребителя услуг, соответственно, ограниченные возможности по организации замены фактического исполнителя.

Хотя такое лицо не имеет официального работодателя, и его деятельность формально является оказанием услуг, близость характера и условий его деятельности к деятельности работника, нежели коммерсанта, позволяет, на наш взгляд, не относиться к данному лицу как полноценному предпринимателю с точки зрения гражданского законодательства, а не только налогового. По сути, лицо оказывает данные услуги в большей степени для обеспечения своего проживания, нежели для максимизации прибыли, при этом оно не пользуется трудовыми и социальными гарантиями, положенными работнику. В связи с этим разумно не повышать уровень требований к его деятельности до «предпринимательского» за отсутствием у данного лица всего спектра возможностей самореализации на рынке (одно только ограничение деятельности сферой лично-домашних услуг говорит в пользу этого). Вместе с тем, разумеется, ему не положены и расширенные правовые возможности предпринимателя (например, являться участником товарищества, заключать договор поставки и т.п.).

Если деятельность лица по ее содержанию ничем не отличается от «стандартной» предпринимательской деятельности, кроме альтернативного оформления статуса и применения специального налогового режима, то с точки зрения гражданского права его статус может быть по умолчанию приравнен к статусу индивидуального предпринимателя. Едва ли для контрагента, обязательства перед которым нарушены, имеет существенное значение разновидность налогового режима, тем более что применять НПД могут как индивидуальные предприниматели, так и иные физические лица. В данном случае ограниченность возможностей самозанятого лица, закрепленная в п. 2 ст. 4 Закона о НПД, компенсируется отсутствием необходимости

оформлять статус индивидуального предпринимателя, упрощением отчетности и льготной налоговой ставкой. При этом как плательщик НПД он может претендовать на меры поддержки, положенные предпринимателю. По сути, речь идет о «пробном» немасштабном бизнесе, поощрение которого логично с точки зрения публично-правового подхода, однако для контрагентов деятельность остается предпринимательской.

Вместе с тем ввиду различия целей правового регулирования не считаем возможным в «автоматическом» режиме определять гражданско-правовые последствия деятельности гражданина в зависимости только от его налогового статуса. Поэтому полагаем, что в качестве критериев разграничения следует опираться на содержательные характеристики осуществления гражданином своей деятельности, упомянутые выше.

В данном аспекте интересен также вопрос о разграничении правовых последствий признания деятельности гражданина предпринимательской и наличия или отсутствия у него статуса индивидуального предпринимателя. Ныне логично, что во всех случаях, когда закон требует именно статуса индивидуального предпринимателя (а не только предпринимательского характера деятельности), будь то публично-правовые или гражданско-правовые отношения, самозанятый гражданин не может претендовать на определенные правовые возможности чисто по формальным критериям (например, возможность организации ярмарки²⁰).

Однако и в этом вопросе преждевременно говорить об однозначности, поскольку законодательство изобилует самыми разнообразными примерами, когда для наступления тех или иных последствий необходим именно статус индивидуального предпринимателя, и не исключено, что какие-то из них объективно могут нуждаться в пересмотре в силу образования, по сути, новой легальной формы предпринимательской деятельности. Например, А.А. Горева отмечает противоречие в действующем законодательстве, не позволяющее самозанятым гражданам участвовать в договоре простого товарищества, заключаемом с целью получения прибыли, в силу императивного запрета на такое участие для физических лиц, заложенного в нормах ГК РФ. Противоречие видится в том, что договор простого товарищества, заключаемый для предпринимательской деятельности, требует статуса индивидуального предпринимателя, в то время как действующее законодательство оставляет самозанятым гражданам возможность осуществлять профессиональную деятельность без регистрации в таком качестве [Горева А.А., 2020: 38].

Полагаем, что следующим шагом в развитии правового регулирования в области расширения состава субъектов предпринимательской деятель-

²⁰ Пункт 1 статьи 11 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 04.01.2010. № 1. Ст. 2.

ности должно стать определение правовых ситуаций (или же целых блоков правоотношений), в которых имеет принципиальное значение именно статус индивидуального предпринимателя, и отграничение их от ситуаций, в которых имеет значение само по себе осуществление предпринимательской деятельности. Иначе неизбежен разрозненный подход и неопределенность в правоприменительной практике, необоснованные отказы в защите прав по формальным основаниям по причине недосказанности самих этих формальных оснований.

3. Применимость норм трудового законодательства к самозанятым гражданам: правовые основания для переквалификации отношений с их участием

Согласно рассмотренной концепции нормативного статуса самозанятого гражданина такие граждане оказывают услуги, выполняют работы на основании гражданско-правовых договоров и, следовательно, с первого взгляда, речь не может идти о выполнении ими трудовой функции и распространении на них норм трудового законодательства как на работников. Вместе с тем следует помнить, что неопределенность термина «самозанятый» и его трактовка, вытекающая из норм НК РФ, позволяет относить к ним и физических лиц, оказывающих услуги для личных, домашних и (или) иных подобных нужд. При этом по ст. 20 ТК РФ в качестве работодателя могут выступать физические лица, вступающие в трудовые отношения с работниками в целях личного обслуживания и помощи им по ведению домашнего хозяйства. Согласно Постановлению Пленума ВС 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»²¹ (далее — Постановление № 15), под таким обслуживанием и помощью понимаются приготовление пищи, уборка жилых помещений, присмотр за детьми, уход, наблюдение за состоянием здоровья и т.п. Таким образом, получается, что самозанятые лица в смысле, заложенном в НК РФ, гипотетически могут являться стороной трудового договора в качестве работника при оказании физического лицу услуг в качестве сиделки, няни или помощника по домашнему хозяйству.

Вместе с тем по ч. 8 ст. 11 ТК РФ трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, не распространяются на лиц, работающих на основании договоров гражданско-правового характера. При этом по ч. 2 ст. 15 ТК РФ заключение гражданско-правовых договоров, фактически

²¹ СПС КонсультантПлюс.

регулирующих трудовые отношения между работником и работодателем, не допускается. Часть 4 ст. 5.27 КоАП РФ устанавливает ответственность за уклонение от оформления или ненадлежащее оформление трудового договора либо заключение гражданско-правового договора, фактически регулирующего трудовые отношения между работником и работодателем. Субъектами ответственности в данном случае являются должностные лица, лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, а также юридические лица. Наличие такой ответственности не может влиять на принятие физическими лицами, не являющимся индивидуальными предпринимателями, решения об оформлении отношений, связанных с их личным обслуживанием и помощью им по домашнему хозяйству в качестве трудовых.

Часть 4 ст. 11 ТК РФ предусматривает возможность последующего признания отношений, связанных с использованием личного труда и возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями. Такое признание осуществляется в порядке, установленном ст. 19.1 ТК РФ и другими федеральными законами. Согласно данной статье, признание может осуществляться либо лицом, использующим личный труд и являющимся заказчиком по указанному договору, либо судом. На практике инициатором такого признания чаще всего выступает именно исполнитель, причиной служит невыплата или неполная выплата причитающегося ему вознаграждения или отказ заказчика квалифицировать несчастный случай как произошедший на производстве.

Переквалификация отношений, связанных с использованием личного труда и возникших на основании гражданско-правового договора, возможна и в ситуации их прекращения. В таком случае признание отношений трудовыми осуществляется судом. Физическое лицо, являвшееся исполнителем по гражданско-правовому договору, вправе обратиться в суд в порядке и в сроки, которые предусмотрены для рассмотрения индивидуальных трудовых споров²²: по общему правилу — в течение трех месяцев со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права²³.

²² Статьей 392 ТК РФ для отдельных категорий споров и требований устанавливаются иные специальные сроки для обращения в суд за защитой нарушенных прав. Например, за разрешением спора о невыплате или неполной выплате заработной платы и других выплат, причитающихся работнику, он имеет право обратиться в суд в течение одного года со дня установленного срока выплаты указанных сумм, в том числе в случае невыплаты или неполной выплаты заработной платы и других выплат, причитающихся работнику при увольнении. В случае переквалификации отношений в трудовые это может быть актуально и для самозанятых граждан, чьи результаты выполнения работ (оказания услуг) заказчик отказывается принимать и оплачивать.

²³ Согласно п. 13 Постановления Пленума ВС РФ № 15 при определении дня, с которым связывается начало срока, в течение которого работник вправе обратиться в суд за разреше-

Все вышеупомянутые нормы ТК РФ порождают вопрос: насколько пере-квалификация гражданско-правовых отношений в трудовые возможна и оправдана применительно к самозанятым гражданам? Разъяснения, содержащиеся в Постановлении № 15, а также судебная практика последних пяти лет²⁴ свидетельствуют об актуальности переквалификации как таковой, особенно с точки зрения обеспечения и защиты прав потенциального работника. Так, материально-правовым последствием такой переквалификации является возникновение у заказчика обязанностей работодателя, которые могут быть связаны с обеспечением исполнителю доступа к рабочему месту, оформлением трудовой книжки или внесением в нее записи, перечислением в бюджет и внебюджетные фонды в качестве налогового агента НДФЛ и страховых взносов за период фактического осуществления исполнителем трудовой функции, выплатой причитающейся ему заработной платы вне зависимости от результатов его труда, оформлением страхового случая как произошедшего на производстве и т.д. Для «исполнителя–работника» возможны и положительные процессуальные последствия переквалификации отношений из гражданско-правовых в трудовые²⁵.

Чтобы определить, имеются ли основания для переквалификации отношений, связанных с оказанием самозанятыми услуг (выполнением работ), проанализируем характер отношений, складывающихся при осуществлении ими своей деятельности, и сравним его с признаками трудовых отношений, определенными в п. 17 Постановления № 15. Указанные признаки свидетельствуют о трех основных характерных чертах трудовых отношений:

личном выполнении работы в интересах работодателя и под его контролем (упомянуты такие признаки как личное выполнение работником определен-

нием спора, судам следует не только исходить из даты подписания указанного гражданско-правового договора, но и с учетом конкретных обстоятельств дела устанавливать момент, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своих трудовых прав (например, работник обратился к работодателю за надлежащим оформлением трудовых отношений, а ему в этом было отказано).

²⁴ Например, Апелляционное определение Самарского областного суда от 16.05.2017 по делу N 33-6263/2017, Апелляционное определение Курганского областного суда от 25.05.2017 по делу N 33-1754/2017, Апелляционное определение Верховного суда Республики Бурятия от 21.06.2017 N 33-2393/2017, Апелляционное определение Верховного суда Республики Саха (Якутия) от 28.03.2018 по делу N 33-1150/2018, Апелляционное определение Челябинского областного суда от 05.02.2019 по делу N 11-1322/2019, Апелляционное определение Курганского областного суда от 27.06.2019 по делу N 33-1874/2019, Апелляционное определение Московского городского суда от 06.08.2019 по делу N 33-23957/2019, Апелляционное определение Верховного суда Удмуртской Республики от 28.08.2019 по делу N 33-4002/2019, Определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 22.12.2020 N 88-18746/2020, Апелляционное определение Московского городского суда от 26.01.2021 по делу N 33-2640/2021, Кассационное определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 13.05.2021 N 88а-11969/2021.

²⁵ Пп. 4-12 Постановления № 15.

ной, заранее обусловленной трудовой функции в интересах, под контролем и управлением работодателя; выполнение работником работы в соответствии с указаниями работодателя; подчиненность и зависимость труда);

интегрированности деятельности работника в деятельность работодателя и ее постоянном характере (упомянуты такие признаки как интегрированность работника в организационную структуру работодателя; подчинение работника действующим у работодателя правилам внутреннего трудового распорядка, графику работы (сменности); обеспечение работодателем условий труда; предоставление инструментов, материалов и механизмов работодателем; устойчивый и стабильный характер отношений);

признании работодателем необходимости оплаты труда работника в независимости от результатов его деятельности, а также иных прав и гарантий, обусловленных в том числе постоянным характером выполнения трудовой функции и ее выполнением в интересах работодателя (упомянуты такие признаки, как выполнение работником трудовой функции за плату, осуществление периодических выплат работнику, которые являются для него единственным и (или) основным источником доходов; оплата работодателем расходов, связанных с поездками работника в целях выполнения работы; признание работодателем таких прав работника, как еженедельные выходные дни и ежегодный отпуск).

Если сопоставить данные признаки трудовых отношений с отношениями, возникающими при осуществлении деятельности самозанятым, то их схожесть ограничится лишь личным выполнением работы, целью которого у самозанятого является именно достижение определенного результата, прием которого заказчиком и рождает его право на получение вознаграждения. В отличие от работников самозанятым приходится самостоятельно искать себе заказчиков (в том числе прибегая в поиске клиентов к услугам третьих лиц), от собственного имени заключать с ними договоры, нести ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств. Также обычно им приходится самостоятельно создавать себе надлежащую деловую репутацию, рекламировать свои работы (услуги), тратить полученный доход на необходимые материалы, оборудование и инструменты, что характерно для лиц, осуществляющих именно предпринимательскую деятельность. Работникам же надлежащие условия труда обеспечивает работодатель, использование их личного имущества в рамках трудовой функции предполагает получение ими от работодателя компенсации. Таким образом, деятельность самозанятых граждан в силу принятия ими всех рисков, связанных с ее осуществлением, по своему характеру отличается от труда и в большей степени соответствует предпринимательской.

Вместе с тем некоторые исследователи не согласны с такой квалификацией. Так, по мнению О.Ю. Павловской, самозанятые, в отличие от предпри-

нимателей, не ставят целью (исходя из своих профессиональных и деловых качеств) заниматься определенным трудом ради извлечения прибыли как таковой. Целью личного труда вне найма и в отсутствие формального статуса является удовлетворение элементарных личных, семейных потребностей самозанятых лиц. Автор считает, что в таком контексте в сущностном понимании дефиниции «прибыль» и «доход» все-таки не являются тождественными [Павловская О.Ю., 2018: 12–17].

На первый взгляд подкрепляют эту точку зрения и положения пп. 8 п. 2 ст. 4 Закона об НПД, предусматривающие, что специальный налоговый режим не вправе применять налогоплательщики, доходы которых превысили в текущем календарном году 2,4 млн. руб. Получается, что лица, встающие с помощью мобильного приложения «Мой налог» на учет в качестве плательщиков НПД, изначально соглашаются с ограничением размера получаемого годового дохода, что, в свою очередь, вступает в противоречие с целью максимизации прибыли, обычно преследуемой предпринимателями. Вместе с тем такое искусственное ограничение законодателем предельного размера доходов, позволяющее самозанятым лицам применять режим НПД, все-таки не влияет на характер самой деятельности таких лиц. Его установление не означает, что самозанятый не может превысить соответствующий лимит, всего лишь в таком случае лицо утратит право применять режим НПД. Доходы, превышающие установленный лимит, будут облагаться НДФЛ по обычным ставкам. При этом лицо будет вправе перейти на другой специальный налоговый режим (например, ЕСХН или УСН) при условии его регистрации в качестве ИП в течение 20 календарных дней с даты утраты права использования НПД²⁶.

Из вышеизложенного получается, что в большинстве случаев, с учетом характера деятельности самозанятых лиц, оснований для переквалификации гражданско-правовых отношений с участием исполнителя-самозанятого в трудовые не имеется. Однако из-за неопределенности термина «самозанятый» такая переквалификация все же гипотетически возможна в двух случаях. Во-первых, применительно к гражданам, которые уведомили налоговые органы об осуществлении деятельности по оказанию услуг физическому лицу для личных, домашних и (или) иных подобных нужд. Основанием для этого является личное, зачастую постоянное или весьма длительное оказание услуг физическим лицом, обладающим специальной квалификацией и (или) требуемым опытом, в соответствии с постоянно поступающими указаниями заказчика и под его непосредственным контролем, преимущественно в месте его постоянного проживания (нахождения), сопряженное с созданием заказчиком исполнителю надлежащих условий для оказания услуг.

²⁶ Письмо ФНС России от 20.12.2019 N СД-4-3/26392@ // СПС КонсультантПлюс.

Во-вторых, переквалификация возможна применительно к лицам, вынужденным по настоянию потенциального работодателя, по сути, выполнять на основании гражданско-правового договора трудовую функцию с использованием режима НПД в целях устранения обязанности работодателя по перечислению за работника налогов и страховых взносов, а также уменьшения размера вознаграждения исполнителя за счет снижения ставки налога. Это возможно постольку, поскольку Закон о НПД содержит лишь норму, предотвращающую перевод существующих (существовавших) трудовых отношений в плоскость гражданско-правовых, но не изначальному привлечению лиц, не состоящих, в том числе ранее, в трудовых отношениях с заказчиком к выполнению какой-либо работы (оказанию услуги) на основании гражданско-правового договора. Так, согласно пп. 8 п. 2 ст. 6 Закона об НПД, объектом налогообложения налогом на профессиональный доход не признаются доходы от оказания (выполнения) физическими лицами услуг (работ) по гражданско-правовым договорам при условии, что заказчиками услуг (работ) выступают работодатели указанных физических лиц или лица, бывшие их работодателями менее двух лет назад. В такой ситуации применение специального налогового режима со сниженными налоговыми ставками невозможно.

Возможность переквалификации отношений во втором случае подтверждает Апелляционное определение Московского городского суда от 04.02.2021 по делу N 33-0777/2021²⁷. В данном деле гражданин Г. обязался оказывать

²⁷ В практике также имела место неудачная попытка признания трудовыми отношениями отношений между гражданами, применяющими специальный налоговый режим НПД и занимающимися извозом легковым такси, и ООО «Яндекс Такси». См. Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 23.07.2020 по делу N 88-13238/2020, Апелляционное определение Московского городского суда от 22.11.2019 по делу N 33-53437/2019. Суды не усмотрели фактического возникновения между сторонами трудовых отношений поскольку, заключая Договор на доступ к сервису и сообщая о наличии у него статуса «самозанятого», гражданин подтверждает, что ведет предпринимательскую деятельность, не имея работодателя, и намерен далее вести такую деятельность, в том числе с использованием программно-аппаратных средств Яндекса. Договор на доступ к Сервису не содержит положений, согласно которым истец обязуется выполнить работы или оказать услуги для Яндекса. Наоборот, в нем указана обязанность Яндекса предоставить доступ к Сервису и обязанность истца (Службы Такси) оплатить такие услуги. Истец самостоятельно отвечает за обеспечение своих условий труда и обеспечивает себя инструментами, материалами и оборудованием, необходимыми для ведения предпринимательской деятельности. Денежные средства, перечисленные Яндексом в пользу истца по Договору на доступ к Сервису, не принадлежат Яндексу. Такие денежные средства принимаются Яндексом от Пользователей в качестве оплаты Пользователями услуг самозанятого на основании поручения истца на прием и передачу денежных средств на условиях Договора на доступ к Сервису. Помимо безналичной оплаты Пользователь может также расплатиться с Истцом наличными денежными средствами. Такой расчет осуществляется непосредственно между Пользователем и истцом без участия Яндекса.

обществу-заказчику услуги поиска, привлечения и сопровождения физических и юридических лиц (клиентов), заключивших или имеющих интерес в заключении с обществом договоров аренды специальной техники (возмездного оказания услуг с ее использованием), а заказчик обязался принимать и оплачивать оказанные услуги в порядке и на условиях, установленных Договором. Договором право на получение вознаграждения было привязано к составлению акта, при этом вознаграждение было фиксированной суммой, уплачиваемой за период действия договора, который составлял один месяц при условии его возможного продления на месяц, но не более трех раз.

Гражданин Г. утверждал, что при заключении договора общество (ответчик) запросило его трудовую книжку и иные документы, необходимые для оформления трудовых отношений, в журнале учета трудовых книжек была сделана соответствующая запись, но работодатель в течение месяца не предпринял дальнейших действий по оформлению истца на работу. В связи с этим истец зарегистрировался в качестве самозанятого лица и через приложение «Мой налог» самостоятельно оплачивал налоги. Вопрос о квалификации отношений возник после того, как гражданин обратился к обществу с заявлением о расторжении договора по причине невыплаты заработной платы. В ответ Обществом был составлен акт о хищении персональных данных, в соответствии с которым в отведенном для оказания услуг месте был обнаружен ежедневник Г. с похищенными записями контактной информации и вверенный ему мобильный телефон с удаленной контактной информацией, собранной в рамках Договора. Гражданин от подписания акта отказался. Считая себя работающим в должности менеджера по аренде специальной техники, он требовал в суде взыскания задолженности по заработной плате, возложения обязанности выдать трудовую книжку, взыскания компенсации за задержку выдачи трудовой книжки. В свою очередь ответчик настаивал на возврате неотработанного аванса. Разрешая спор и отказывая Г. в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции исходил из того, что представленные сторонами доказательства не являются основанием для признания гражданско-правового договора трудовым, поскольку: письменный трудовой договор сторонами не заключался, с заявлением о приеме на работу истец не обращался, приказ о его приеме на работу ответчиком не издавался, записи в трудовую книжку Г. о работе в ООО не вносились, с правилами внутреннего трудового распорядка истец не знакомился, табель учета рабочего времени в отношении истца не велся, зарплата ему не начислялась и не выплачивалась, трудовая книжка от истца не принималась.

Судебная коллегия не согласилась с решением суда первой инстанции. Основываясь на ч. 4 ст. 11, ст. 15, ст. 56, ч. 2 ст. 67, ст. 19.1 ТК РФ, она пришла к выводу, что суд первой инстанции отдал приоритет юридическому оформлению отношений между истцом и ответчиком, не выясняя при этом,

имелись ли в действительности между сторонами признаки трудовых отношений и трудового договора, указанные в ст. 15 и 56 ТК РФ, и не было ли со стороны ответчика злоупотребления при заключении договора подряда вопреки намерению работника как экономически более слабой стороны заключить трудовой договор.

Суд определил цель и предмет договора подряда (выполнение определенного вида работы, результат которой подрядчик обязан сдать, а заказчик принять и оплатить, а не выполнение работы как таковой), обратил внимание на то, что подрядчик сохраняет положение самостоятельного хозяйствующего субъекта, работает на свой риск, в то время как по трудовому договору работник принимает на себя обязанность выполнять работу по определенной трудовой функции (специальности, квалификации, должности), включается в состав персонала работодателя, подчиняется установленному режиму труда и работает под контролем и руководством работодателя, не несет риска, связанного с осуществлением своего труда. С учетом закрепленной в ч. 3 ст. 19.1 ТК РФ необходимости толкования неустраиваемых сомнений при рассмотрении споров о признании отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями в пользу наличия трудовых отношений, суд в итоге пришел к выводу, что правоотношения сторон, возникшие на основании гражданско-правовых договоров, связаны с использованием личного труда истца. Суд отметил, что работа носила постоянный характер, истец соблюдал установленные должностные обязанности, размер выплачиваемого вознаграждения не зависел от объема и характера выполненной работы.

Исходя из фактических обстоятельств рассмотренного дела, полагаем, что сложившиеся между сторонами отношения были верно квалифицированы судом в качестве трудовых. Оказываемые услуги ограничивались не только поиском и привлечением потенциальных клиентов, но и их сопровождением, что предполагает длительное взаимодействие исполнителя с клиентами заказчика, с его внутренними структурными подразделениями (например, бухгалтерией) и работниками (это подтверждает и перечень сведений, которые должны были содержаться в акте оказанных услуг). При этом сами акты истцом не оформлялись, вознаграждение истцу за первый месяц работы было выплачено в отсутствие акта, подтверждающего фактическое оказание им услуг, вознаграждение зависело не от результата работы исполнителя (например, от количества привлеченных клиентов), а устанавливалось на срок действия договора (на месяц). Требование о предъявлении трудовой книжки исполнителя при заключении договора и оформлении отношений свидетельствует о возможном интересе ООО к опыту работы исполнителя и его квалификации для принятия решения о соответствии предлагаемой должности. Акт о хищении персональных данных был составлен

ООО сразу после изъятия исполнителем воли на расторжение договора, это стало возможным благодаря нахождению места оказания услуг исполнителя на территории заказчика (отсюда возможность заказчика управлять деятельностью исполнителя и осуществлять над ней постоянный контроль). Для оказания услуг заказчик также предоставил Г. мобильный телефон, что свидетельствует о фактическом создании им исполнителю условий труда. Таким образом, переквалификация деятельности самозанятого гражданина в выполнение трудовой функции вполне реальна.

В зарубежных правовых порядках личное оказание услуг или выполнение работ самозанятыми вместе с цифровизацией экономики и появлением новых форм занятости (в том числе с использованием программно-аппаратных комплексов и платформ) ставит вопрос о необходимости предоставления таким лицам в силу их личной и экономической зависимости от непосредственного заказчика или платформы некоторых социальных гарантий. В странах Европы в настоящее время применяются разные способы таких гарантий, как через изменение понятия «работник», так и через использование посредников, с которыми лица вступают в псевдотрудовые отношения [Чесалина О.В., 2020: 24–27]. Осмысление данного опыта полезно с точки зрения оценки возможности квалификации самозанятых в качестве работников и совершенствования их статуса, в том числе предоставления им некоторых социальных гарантий.

Другой аспект статуса самозанятых с точки зрения распространения на них действия норм трудового законодательства связан с возможностью признания самозанятого гражданина работодателем. Стоит заметить, что создание самозанятым для себя рабочего места автоматически не превращает его с точки зрения трудового законодательства в работодателя, и не влечет, например, возникновение обязанности по проведению специальной оценки условий труда²⁸. Исходя из буквального толкования п. 7 ст. 2 Закона об НПД, самозанятые не привлекают наемных работников по трудовым договорам, но вместе с тем могут привлекать иных лиц к выполнению своих обязательств на основании гражданско-правовых договоров. Это подтверждает и позиция контролирующих органов: по мнению ФНС РФ²⁹, Закон № 422-ФЗ не содержит запрета на привлечение налогоплательщиком налога на профессиональный доход лиц, не состоящих с ним в трудовых отношениях, в том числе по договору подряда.

Учитывая отнесение к самозанятым плательщикам НПД индивидуальных предпринимателей, и то, что нормы ТК РФ допускают возможность

²⁸ Консультация эксперта Роструда Ю.В. Страховой: Должен ли самозанятый, применяющий НПД, проводить специальную оценку условий труда на своем рабочем месте? // СПС КонсультантПлюс. Номер в ИБ 198622.

²⁹ п.3 Письма ФНС России от 12.10.2020 № АБ-4-20/16632@ // СПС КонсультантПлюс.

переквалификации гражданско-правовых отношений в трудовые, гипотетически возможно признание самозанятого работодателем привлеченного по ГПД соисполнителя. К такому выводу подталкивает и судебная практика: в качестве примера рассмотрим Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 14.01.2021 № 88-215/2021. Между гражданином и ИП был заключен договором аренды транспортного средства без экипажа. Спустя год гражданин оказался на больничном, однако работодатель отказался оплатить его ввиду отсутствия трудовых отношений. Гражданин просил суд установить факт трудовых отношений между ним и ИП, обязать ИП внести в трудовую книжку запись о приеме на работу и увольнении по собственному желанию, взыскать с ИП неполученную оплату больничного листа, взыскать с ИП компенсацию морального вреда.

По договору арендодатель был вправе производить контроль технического состояния, осмотр транспортного средства (далее — ТС) и программно-аппаратного комплекса (ПАК) в любое время, в период действия Договора, инспектировать условия их эксплуатации, а также осуществлять предрейсовый медицинский осмотр Арендатора, перед осуществлением им пассажирских перевозок. Арендатор был обязан своевременно выплачивать Арендодателю арендную плату и обеспечительный платеж. В приложении к Договору была указана такая обязанность арендатора как соблюдать график смен, оговоренный с Арендодателем. В случае невыхода на смену арендодатель был в праве компенсировать простой транспортного средства, удержав с арендатора штраф. Арендатор был обязан соблюдать установленные Арендодателем нормы: не курить, не позволять курить и распивать спиртные напитки пассажирам в салоне ТС, не опаздывать на заранее оговоренную смену.

Удовлетворяя требования истца, суд исходил из того, что истец подчинялся правилам внутреннего трудового распорядка, соблюдал режим рабочего времени и времени отдыха, установленный для сотрудников ИП. Факт нахождения истца в трудовых отношениях с ответчиком объективно подтверждается имевшимися в деле письменными доказательствами: путевыми листами легкового такси с отметками ежедневного медицинского освидетельствования. Истцом доказано, что он выполнял заранее обусловленную трудовую функцию в условиях общего труда с подчинением правилам внутреннего трудового распорядка, что оговаривалось получением им денежных средств от ответчика, что он приступил к работе по поручению ответчика, работал по установленному графику. Представляется, что в этой ситуации ИП мог бы быть плательщиком НПД, так как сдача в аренду движимого имущества подпадает под деятельность, разрешенную в рамках применения данного режима. Таким образом, теоретически получается, что лица-контрагенты самозанятого по разным гражданско-правовым догово-

рам могут требовать квалификации их отношений как трудовых со всеми вытекающими отсюда последствиями. Однако тогда под угрозой оказывается применение режима НПД, что требует установления непосредственно в законодательстве ограничений по такой переквалификации.

Заключение

Отсутствие в действующем законодательстве понятия «самозанятый гражданин», комплексного регулирования их статуса, а также единообразного подхода правоприменителей способствует правовой неопределенности и не позволяет говорить о полноценности правового режима регулирования их деятельности. Правовой режим должен конструироваться с учетом целей развития данного института (ими являются создание дополнительных рабочих мест и решение проблемы безработицы, повышение предпринимательской активности населения и, как следствие, наполняемости бюджета за счет налогообложения), а также характера деятельности таких лиц (ее отличий от иных видов экономической деятельности).

От физического лица — собственника имущества, уплачивающего НДФЛ с дохода, полученного от его использования, самозанятого гражданина отличается цель систематического получения доходов от повторяющихся, однотипных сделок с имуществом одного вида по его передаче во временное пользование третьим лицам. Именно цель систематического совершения сделок и получения дохода рождает потребность и побуждает легально сократить налог по средствам использования специального налогового режима НПД с его пониженными налоговыми ставками. Также она обуславливает необходимость организации удобного порядка учета таких операций для возможности осуществления уполномоченным государственным органом контроля за ними, что и было реализовано посредством внедрения специального приложения «Мой налог».

От работника самозанятый гражданин отличается прежде всего принятием всех рисков деятельности и, соответственно, нераспространением на него гарантий, предусмотренных ТК РФ. Также готовностью оказывать услуги неопределенному кругу лиц, а не единственному работодателю; свободой от указаний работодателя и его правил, самостоятельным определением режима рабочего времени и объема выполняемой работы; выступлением в обороте от своего имени и самостоятельным несением ответственности перед его участниками.

Отличие самозанятого гражданина от большинства предпринимателей состоит в готовности осуществлять соответствующую деятельность без привлечения наемных работников, то есть создавать рабочее место только себе и нести ответственность только за себя.

Установлением в ГК РФ возможности предпринимательской деятельности при выполнении ряда условий без государственной регистрации и введением режима НПД с его льготными ставками и упрощенным порядком взаимодействия с налоговыми органами государство попыталось создать правовой режим, позволяющий гражданам попробовать свои силы в самостоятельном систематическом извлечении дохода посредством личного оказания однотипных услуг или такого же выполнения работ. Такое назначение режима НПД, на наш взгляд, следует, в том числе, из установления законом лимита доходов, налогооблагаемых в соответствии с ним. Превышение лимита влечет либо обложение излишнего дохода по ставке НДС/Л, либо подвигает лицо к регистрации в качестве индивидуального предпринимателя и применению иных специальных налоговых режимов с более выгодными по сравнению с НДС/Л налоговыми ставками. Все вышеизложенное с нашей точки зрения требует критического осмысления необходимости буквально-го толкования норм ГК РФ и однозначной квалификации деятельности любых самозанятых лиц в качестве предпринимательской.

Признание предпринимательского характера деятельности самозанятых граждан влечет вопрос не только о гражданско-правовых, но и о публично-правовых последствиях такой квалификации. Например, должны ли самозанятые граждане соблюдать обязательные требования, предъявляемые к предпринимателям, вправе ли уполномоченные государственные органы контролировать их соблюдение и при нарушении привлекать самозанятых лиц к административной ответственности? И если да, то должны ли меры ответственности этих лиц быть такими же, как и для предпринимателей? Ведь осуществление самозанятыми гражданами приносящей доход деятельности в отсутствие государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя можно в известной мере трактовать как их неготовность позиционировать себя перед государством и участниками оборота в качестве предпринимателя-профессионала, что подтверждает важность правильной квалификации их деятельности для конструирования правового режима ее регулирования.

В то же время участники оборота при нарушении их прав неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства лицами, фактически осуществляющими предпринимательскую деятельность за ширмой режима НПД, также не готовы к правовой незащищенности против таких лиц, и возлагать на них бремя данного неравенства с точки зрения гражданско-правовой ответственности, скорее всего, несправедливо. С точки зрения взаимоотношений данной категории участников рынка с государством ситуация выглядит несколько иначе. Не вполне логично со стороны государства–регулятора, с одной стороны, стимулировать активность самозанятых лиц, позволяя им не принимать на себя в обязательном порядке статус ин-

дивидуального предпринимателя, но получать поддержку наравне с ними, а с другой — ставить их на один уровень с индивидуальными предпринимателями в вопросах административной ответственности без учета их ограниченных возможностей. Требуется тщательной проработки вопрос о том, что, возможно, экспериментальный характер систематического извлечения дохода предполагает на начальном этапе установление смягченных санкций или преимущественного использования механизма предупреждения таких нарушений.

Таким образом, статус лица, имеющего основанную на законе возможность осуществлять предпринимательскую деятельность без государственной регистрации и применять специальный налоговый режим, имеет специфику по отношению к схожим правовым категориям, в связи с чем назрела объективная необходимость введения в легальный оборот термина «самозанятый гражданин» и его унификации. Вместе с тем создание единого целостного режима регулирования деятельности самозанятых лиц остается вопросом будущего. Пока можно говорить лишь о тенденции его конструирования, которая просматривается в последних изменениях законодательства о занятости населения и о развитии малого и среднего предпринимательства, в соответствии с которыми государство признает за самозанятыми лицами — плательщиками налога НПД право на получение мер финансовой поддержки. Это позволяет прийти к выводу, что правовой режим регулирования деятельности самозанятых лиц прежде всего формируется в части прав и преференций таких лиц, а не их обязанностей и ответственности, с учетом тенденции сближения с режимом регулирования деятельности предпринимателей.



Список источников

1. Габов А.В. Непреодолимая сила, коронавирус и решения органов власти, направленные на предотвращение его распространения // Закон. 2020. № 5. С. 152–171.
2. Горева А.А. Договор простого товарищества и его виды: российское право в сравнительно-правовом аспекте // Вестник гражданского права. 2020. № 6. С. 30–66.
3. Долинская В.В., Долинская Л.М. Проблемы правового статуса самозанятых // Вестник Московского государственного областного университета. Серия: Юриспруденция. 2018. № 1. С. 113–128.
4. Ершова И.В. Самозанятость — первые шаги в формировании правового режима / Сборник статей конференции «Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом». М.: Юстицинформ, 2017. С. 191–200.
5. Ершова И.В., Трофимова Е.В. Самозанятость: реперные точки формирования правового режима // Предпринимательское право. 2017. № 3. С. 3–12.
6. Кирина А. Какие трудовые споры возникают с самозанятыми и как они разрешаются на практике мирно и в судах // Трудовое право. 2021. № 6. С. 79–86.

7. Крюкова Е.С., Рузанова В.Д. Индивидуальный предприниматель и самозанятый гражданин: соотношение понятий // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 3. С. 21–26.
8. Куракин А.В., Карпунин Д.В. Самозанятость граждан: проблемы становления механизма правового регулирования административного принуждения в сфере обеспечения самозанятости // Административное и муниципальное право. 2017. № 4. С. 38–46.
9. Малинина Л.Ю. Самозанятые граждане: понятие и правовое регулирование // Юрист. 2021. № 3. С. 37–43.
10. Павловская О.Ю. К вопросу о проблемах правового регулирования самозанятости // Право и экономика. 2018. № 12. С. 12–17.
11. Попкова Ж.Г. Новая категория самозанятых лиц: проблемы правового статуса // Право и экономика. 2017. № 2. С. 5–14.
12. Савинов К.А., Лаврентьев А.Р. Налог на профессиональный доход: первые итоги двухлетнего эксперимента // Финансовое право. 2021. № 6. С. 26–30.
13. Тарасенко О.А. Я б в самозанятые пошел, пусть меня научат! // Предпринимательское право. 2020. № 2. С. 27–33.
14. Чесалина О.В. К вопросу о незыблемости правового статуса работника и правового статуса самозанятого лица // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. № 1. С. 24–27.
15. Шапсугова М.Д. О влиянии неопределенности материально-правового статуса самозанятого на неопределенность его процессуального статуса // Право и экономика. 2021. № 3. С. 5–9.



References

1. Chesalina O.V. (2020) Inviolability of legal status of an employer as a self-employed person. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*=Labor Law in Russia and abroad, no. 1, pp. 24–27. (In Russ.).
2. Dolinskaya V.V., Dolinskaya L.M. (2018) Aspects of self-employed persons legal status. *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta* = Herald of Moscow Regional University, no. 1, pp. 113–128. (In Russ.).
3. Ershova I.V. (2018) Self-employment: first steps in formation of a legal regime. Papers of conference. Moscow: Yustitsinform, 484 p. (In Russ.).
4. Ershova I.V., Trofimova E.V. (2017) Self-employment: reference points of formation of legal regime. *Predprinimatelskoe pravo* = Business Law, no. 3, pp. 3–12. (In Russ.).
5. Gabov A.V. (2020) Force major, coronavirus and decisions of public bodies aimed against its spread. *Zakon* = Law, no. 5, pp. 152–171. (In Russ.).
6. Goreva A.A. (2020) Special partnership agreement and its types: Russian law in comparative aspect. *Vestnik grazhdanskogo prava* = Herald of Civil Law, no. 6, pp. 30–66. (In Russ.).
7. Kirina A. (2021) Which labor disputes involve self-employed persons and how they are solved in practice amicably and in courts. *Trudovoe pravo* = Labor Law, no. 6, pp. 79–86. (In Russ.).
8. Krukova E.S., Ruzanova V.D. (2018) Individual entrepreneur and self-employed person: correlation of notions. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika* = Russian Law: Experience, Analysis, Practice, no. 3, pp. 21–26. (In Russ.).

9. Kurakin A.V., Karpukhin D.V. (2017) Self-employment: forming mechanism of legal regulation of administrative enforcement in the area of maintenance of self-employment. *Administrativnoe i munitsipalnoe pravo*=Administrative and Municipal Law, no. 4, pp. 38–46. (In Russ.).
 10. Malinina L.Y. (2021) Self-employed persons: notion and legal regulation. *Yurist*=Lawyer, no. 3, pp. 37–43. (In Russ.).
 11. Pavlovskaya O.Y. (2018) Legal regulation of self-employment. *Pravo i ekonomika*=Law and Economy, no. 12, pp. 12–17. (In Russ.).
 12. Popkova J.G. (2017) Self-employed persons as a new category: legal status. *Pravo i ekonomika*=Law and Economy, no. 2, pp. 5–14. (In Russ.).
 13. Savinov K.A., Lavrentiev A.R. (2021) Self-employed tax: first results of two-year experiment. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no. 6, pp. 26–30. (In Russ.).
 14. Shapsugova M.D. (2021) Influence of uncertainty of a substantive status of a self-employed person on uncertainty of his procedural status. *Pravo i ekonomika*=Law and Economy, no. 3, pp. 5–9. (In Russ.).
 15. Tarasenko O.A. (2020) I would become self-employed, let them teach me! *Predprinimatelskoe pravo* =Business Law, no. 2, pp. 27–33. (In Russ.).
-

Информация об авторах:

Ю.Д. Жукова — кандидат юридических наук, доцент;

А.С. Подмаркова — кандидат юридических наук, старший преподаватель.

Information about the authors:

Yu.D. Zhukova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor;

A.S. Podmarkova — Candidate of Sciences (Law), Senior Lecturer.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 19.05.2021; принята к публикации 26.05.2021.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 19.08.2021; accepted for publication 26.08.2021.

Научная статья

УДК: 347.65/.68

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.80.101

Наследование по праву представления в России и Франции: сравнительное исследование



Наталья Владимировна Ростовцева

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия, nrosto@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3461-5014>



Аннотация

В статье исследуется институт наследования по праву представления, который применяется при наследовании по закону. Анализ указанного института проведен на примере права России и Франции. Проанализирована история развития института наследования по праву представления в наследственном праве России и Франции с начала XIX века по настоящее время; исследована его правовая природа; рассмотрены последние изменения гражданского законодательства обоих государств, касающиеся указанного института. Выявлено, что термин «право представления», применяемый в действующем законодательстве России и Франции, носит условный характер, так как не отражает общей теории, подразумеваемой под этим названием, согласно которой образ умершего представляемого переносится на живого представляющего. Анализ норм гражданских кодексов России и Франции показывает, что правопреемства между представляемым и представляющим не возникает: наследующие по праву представления осуществляют собственные права, а не права представляемого наследника. В действительности под правом представления в законодательстве России и Франции следует понимать поколенный порядок призвания к наследованию по закону нисходящими более отдаленной степени родства по отношению к наследодателю, которые вступают на освободившееся место наследника более близкой степени родства и делят поровну ту долю, которая причиталась бы их отцу или матери. Исследование изменений, произошедших во Французском гражданском кодексе, позволяет сделать вывод, что некоторые тенденции развития института наследования по праву представления в наследственном праве Франции могут быть восприняты российским законодателем. Так, следует разрешить наследование по праву представления, если представляемый наследник является недостойным, так как личность представляемого

лица не должна влиять на права представляющего наследника; необходимо предоставить возможность наследнику осуществить направленный отказ от наследства в пользу потенциального наследника по праву представления, который не призван к наследованию по праву представления; требуется уточнение положений Гражданского кодекса Российской Федерации и Французского гражданского кодекса о коммориентах.



Ключевые слова

наследование по закону, наследование по праву представления, правопреемство, коммориенты, отказ от наследства

Благодарности: публикация подготовлена в результате проведения исследования (№ 18-01-0072) в рамках программы Научного фонда Национального исследовательского университета “Высшая школа экономики” (НИУ ВШЭ) в 2018–2019 гг. и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5–100».

Статья подготовлена с использованием справочно-правовых систем «Гарант», «Консультант Плюс».

Для цитирования: Ростовцева Н.В. Наследование по праву представления в России и во Франции: сравнительное исследование // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. Т. 13. №4. С. 80–101. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.80.101

Research article

Comparative Analysis of the Concept of Inheritance by Right of Representation in Russia and France



Natalia V. Rostovtseva

National Research University Higher School of Economics, Moscow, Russia, nrosto@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3461-5014>



Abstract

This paper examines the concept of inheritance by right of representation which applies in intestate succession. Analysis of this concept is based on civil law in Russia and France. This paper contains the analysis of the history of the development of the inheritance by right of representation in Russia and France from the beginning of the 19th century to the present time; the legal nature of the analyzed concept is explored; the latest changes in the civil legislation of both states concerning the analyzed concept are considered. It has been found that the term “inheritance by right of representation” applied in the current Russian and French legislation has conditional nature as it does not reflect the general theory which implies the transfer of the deceased represented heir’s image to the living representing heir. The analysis of the provisions of the Civil Codes both of Russia and France shows that the legal succession between the represented heir and the representing heir does not occur: the representing heirs exercise their own rights but not the rights of the represented heirs.

In fact, inheritance by right of representation in Russia and France should be understood as a generational order of intestate succession by descendants of a more distant degree of kinship towards the ancestor, who take the vacant place of the heir of a closer degree of kinship and divide equally the share that would be due to their father or mother. The study of recent changes in the French Civil Code allows to make an inference that some tendencies in the development of inheritance by right of representation in the inheritance law of France may be perceived by Russian legislators. Firstly, inheritance by law of representation should be permitted in a case when the represented heir is an unworthy heir as its personality must not affect the rights of the representing heir. Secondly, an heir should be granted the right to disclaim an inheritance in favor of potential heirs by right of representation, who was not called upon to inherit by right of representation. Thirdly, both the Russian and French Civil Codes' provisions about commorients must be amended.



Keywords

intestate succession, inheritance by law, inheritance by right of representation, commorients, renunciation of inheritance

Acknowledgements: the publication was prepared within the framework of the Academic Fund Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE) in 2018-2019 (grant № 18-01-0072) and by the Russian Academic Excellence Project “5–100”.

For citation: Rostovtseva N.V. Comparative analysis of the concept inheritance by right of representation in Russia and France. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 80–101. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.80.101

Введение

Право представления является одним из важнейших понятий наследственного права, известных законодательству России и Франции. Как отмечал русский цивилист А.А. Башмаков (1858-1943), без этого полезного понятия «немыслимо развитие системы наследственного права» [Башмаков А.А., 1911: 147]. Наследование по праву представления происходит в рамках наследования по закону и применяется, когда дети наследника, ушедшего из жизни ранее наследодателя или одновременно с ним, занимают место своего родителя. При этом они вместе (в равных долях) получают ту долю наследства, которая причиталась их родителю, если бы он был жив. Например, после смерти наследодателя остались три внуки, дети умершей ранее наследодателя дочери, и сын. Внуки будут наследовать по праву представления, заступив на место своей матери. Наследство будет поделено между внуками и сыном наследодателя. Сын получит 1/2 наследства, доля дочери (1/2) будет поделена между тремя внуками наследодателя (каждая получит по 1/6).

Законодатель через институт права представления регулирует нетипичную ситуацию, при которой нарушается естественный порядок наступления смерти, и позволяет более отдаленным нисходящим родственникам умершего наследовать вместе с родственниками, находящимися в более близкой

степени родства к нему. Таким образом, наследование по праву представления является исключением из общего принципа наследования по закону, в соответствии с которым родственник ближайшей степени родства исключает от наследования родственника более дальней степени родства.

Термин «право представления» не следует отождествлять с понятием «представительство», поскольку отношения представительства невозможны в случае смерти представляемого лица. Но поскольку понятие «право представления» как одно из оснований призвания к наследованию устоялось в наследственном праве, мы будем им оперировать и называть граждан, призываемых к наследованию по праву представления, представляющими, а тех, на чье место они заступают, — представляемыми.

Первоначально институт наследования по праву представления был установлен в римском праве. В дальнейшем он был воспринят законодательствами многих государств, в числе которых Россия и Франция, где указанный институт применяется очень давно.

В настоящей статье предпринята попытка проследить историю развития института наследования по праву представления в гражданском праве обоих государств (с начала XIX века); проанализировать последние изменения законодательства, касающиеся этого института; рассмотреть вопрос о наследственном представлении коммориента; определить правовую природу прав представляющих наследников; оценить целесообразность использования термина «право представления» в законах России и Франции; высказать предложения, направленные на совершенствование института наследования по праву представления в законодательствах России и Франции.

Первая часть статьи посвящена анализу института наследования по праву представления в России, вторая часть — исследованию указанного института во Франции.

1. Институт наследования по праву представления в России

1.1. История развития норм о наследовании по праву представления в России

В России право представления получило законодательное закрепление еще в дореволюционный период — в Своде законов Российской Империи¹, который действовал с 1835 г. В 1918 г. данный акт утратил силу в связи с изданием Декрета Всероссийского Центрального Исполнительного Комите-

¹ Свод законов Российской Империи. Available at: URL: <http://civil.consultant.ru/code> (дата обращения: 12.10.2019)

та (ВЦИК) от 27.04.1918 «Об отмене наследования»². В 1918–1922 гг. наследование как по закону, так и по завещанию было отменено. После смерти гражданина имущество переходило в государственное достояние РСФСР. Право наследования было восстановлено в связи с изданием Декрета ВЦИК от 22.05.1922 «Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР»³. Однако право представления в указанном акте закреплено не было. Оно не было предусмотрено и в Гражданском кодексе РСФСР от 11.11.1922⁴, который вступил в действие 1.01.1923. В юридической литературе справедливо указывалось на крайнюю ограниченность круга наследников по закону, предусмотренного ГК РСФСР 1922 г., и предлагалось дополнить систему наследования по закону установлением права представления, заключающегося «в призвании более отдаленных нисходящих родственников только в случае смерти их родителей и притом с выделением им той доли наследства, которая причиталась последним» [Рабинович Н.В., 1940: 78].

В 1945 г. с изданием Указа Президиума Верховного Совета СССР от 14.03.1945 «О наследниках по закону и по завещанию»⁵ право представления было, наконец, восстановлено. Термин «право представления» в Указе не фигурировал. Однако в нем содержалось положение, определяющее сущность этого понятия: «... если кто-либо из детей наследодателя умрет до открытия наследства, его наследственная доля переходит к его детям (внукам наследодателя), а в случае смерти последних — к их детям (правнукам наследодателя)». Правило о наследовании внуками (правнуками) наследодателя по закону, если один из родителей умер до открытия наследства, сохранилось в последующем в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 08.12.1961⁶, а также в Гражданском кодексе РСФСР от 11.06.1964⁷.

В 2001 г. в ст.532 ГК РСФСР было внесено важное дополнение. К наследникам по закону помимо внуков и правнуков были отнесены дети братьев и сестер наследодателя (племянники и племянницы наследодателя), а также

² Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1917-1918 гг. 1918. № 34. Ст. 456.

³ Свод узаконений РСФСР. 1922. № 36. Ст. 423.

⁴ Постановление ВЦИК от 11.11.1922 «О введении в действие Гражданского кодекса Р.С.Ф.С.Р.» (вместе с Гражданским кодексом Р.С.Ф.С.Р.) // Там же. 1922. № 71. Ст. 904.

⁵ Ведомости ВС СССР. 1945. N 15. Ст. 2.

⁶ Закон СССР от 8.12. 1961 «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик» (вместе с Основами законодательства) // Там же. 1961. N 50. Ст. 525.

⁷ Гражданский кодекс РСФСР (утвержден Верховным Советом РСФСР 11.06.1964) // Там же. 1964. № 24. Ст. 407.

дети братьев и сестер родителей наследодателя (двоюродные братья и сестры наследодателя)⁸. Они могли наследовать по закону в случае, «если ко времени открытия наследства нет в живых того из их родителей, который был бы наследником». Таким образом, круг наследников по праву представления был расширен, хотя по-прежнему законодатель избегал использования термина «наследование по праву представления». Новая редакция ст. 532 ГК РСФСР действовала с момента опубликования Федерального закона от 14.05.2001 № 51-ФЗ⁹, т.е. с 17.05. 2001. Однако ГК РСФСР в последней редакции применялся недолго. 1.03. 2002 вступила в силу третья часть Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), в которой институт наследования по праву представления получил наиболее полное развитие.

1.2. Нормы о наследовании по праву представления в Гражданском кодексе Российской Федерации

ГК РФ вернулся к термину «право представления», который долгое время не использовался в гражданском законодательстве. Круг наследующих по праву представления по сравнению с ГК РСФСР 1964 г. в редакции Федерального закона от 14.05.2001 № 51-ФЗ остался прежним. Однако ГК РФ поставил их в очередь наследования. Действующий ГК РФ содержит восемь очередей наследников по закону. Наследники последующей очереди призываются к наследованию, если нет ни одного наследника предшествующей очереди.

Право представления предусмотрено только для первых трех очередей. Наследниками первой очереди по закону являются дети, супруг и родители наследодателя (п. 1 ст. 1142 ГК РФ). Однако по праву представления в рамках первой очереди наследуют только внуки наследодателя и их потомки (п. 2 ст. 1142), которые заступают на место своего родителя, т.е. ребенка наследодателя, ушедшего из жизни ранее наследодателя. Во вторую очередь наследуют братья и сестры наследодателя, его дедушка и бабушка (п. 1 ст. 1143), а по праву представления — дети братьев и сестер наследодателя (племянники и племянницы наследодателя) (п. 2 ст. 1143), которые представляют ранее умершего (ую) брата или сестру наследодателя. Наследниками третьей очереди являются братья и сестры родителей наследодателя (дяди и тети наследодателя) (п. 1 ст. 1144), а по праву представления — двоюродные братья и сестры наследодателя (п. 2 ст. 1144), которые наследуют вместо ранее умершего (ей) дяди или тети наследодателя.

⁸ Федеральный закон от 14.05.2001 N 51-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в статью 532 Гражданского кодекса РСФСР»// Российская газета. 2001. № 93.

⁹ См.: ст. 2 Федерального закона от 14.05.2001 N 51-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в статью 532 Гражданского кодекса РСФСР».

Как видим, право представления возникает только в отношении нисходящих родственников наследника. При этом доля, причитавшаяся наследнику, переходит к его соответствующим потомкам (нисходящим родственникам, наследующим по праву представления) и делится между ними поровну (ст. 1146 ГК РФ). В данном случае реализуется принцип поколенного правопреемства: наследство делится изначально по числу колен, а в рамках колена распределяется поровну между потомками наследника. Например, после смерти наследодателя остались два внука (дети сына А) и одна внучка (ребенок сына Б). Дети наследодателя (сын А и сын Б) умерли до открытия наследства. Таким образом, имеется два колена: колено сына А и колено сына Б. Дети сына А вместе получают $\frac{1}{2}$ наследства, т.е. по $\frac{1}{4}$ каждый; а дочь сына Б получит $\frac{1}{2}$ наследства. Если бы у сына Б было 10 детей, то $\frac{1}{2}$ наследства, причитавшаяся колену сына Б, делилась бы поровну между 10 детьми.

По общему правилу призвание к наследованию по праву представления происходит тогда, когда наследник по закону соответствующей очереди (первая очередь — ребенок наследодателя, вторая очередь — его сестра или брат, третья очередь — его дядя или тетя), умирает ранее наследодателя. Вместе с тем в связи с вступлением в силу ГК РФ появилась возможность призвания к наследованию по праву представления также и в случае, когда наследодатель и наследник умирают одновременно (ст. 1146 ГК РФ)¹⁰.

1.3. Наследственное представление коммориента по Гражданскому кодексу Российской Федерации

С 01.03.2002 институт наследования по праву представления расширил сферу своего действия: стало возможным представление одного из родителей, который умер одновременно с наследодателем, т.е. наследодатель и наследник являлись по отношению друг к другу коммориентами. Другими словами, внук, например, по правилам ГК РФ может наследовать по праву представления не только тогда, когда один из его родителей умер ранее дедушки, но и тогда, когда смерть отца и дедушки наступила одновременно.

Необходимо обратить внимание на то, что, по общему правилу, коммориенты друг после друга не наследуют: к наследованию призываются наследники каждого из них (п. 2 ст. 1114). Тем не менее для наследственного представления сделано исключение: представление коммориента закон допускает. При этом в ГК РФ относительно недавно были внесены изменения, касающиеся наследования после лиц, умерших в рамках одного и того же календарного дня. Ранее действовала фикция, в соответствии с которой такие

¹⁰ Лица, являющиеся наследниками друг после друга и умершие одновременно, в теории наследственного права именуют коммориентами.

граждане считались умершими одновременно (коммориентами), поскольку ГК РФ в первоначальной редакции исходил из того, что временем открытия наследства являлся день смерти гражданина (п. 1 ст. 1114 ГК РФ в первоначальной редакции). Поясним сказанное на примере. Предположим, в результате автомобильной аварии скончались отец и сын. Отец ушел из жизни в 09:30, а сын — в 23:55 того же дня. Несмотря на то, что сын умер позднее отца, в силу юридической фикции, закрепленной в п. 2 ст. 1114 прежней редакции ГК РФ, считалось, что отец и сын умерли одновременно. Следовательно, дети сына могли быть призваны к наследованию по праву представления после своего дедушки.

Однако ситуация изменилась с принятием Федерального закона от 30.03.2016 № 79-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹¹ (вступил в силу 1.09.2016), установившего, что временем открытия наследства является «момент смерти гражданина» (а не день его смерти, как было ранее). При этом «граждане, умершие в один и тот же день, считаются в целях наследственного правопреемства умершими одновременно и не наследуют друг после друга, если момент смерти каждого из таких граждан установить невозможно» (п. 2 ст. 1114). Вернемся к ранее приведенному примеру. Момент смерти и отца, и сына известен. Поскольку сын умер позднее отца, наследование по праву представления детьми сына невозможно в соответствии с действующим ГК РФ.

Итак, для призвания к наследованию по праву представления необходимо, чтобы указанный в ГК РФ наследник по закону умер ранее наследодателя или одновременно с ним. Однако в некоторых случаях даже при выполнении этого условия наследование по праву представления произойти не может. Это обусловлено ограничениями, которые устанавливает ГК РФ.

1.4. Ограничения наследования по праву представления по Гражданскому кодексу Российской Федерации

ГК РФ закрепляет ряд ограничений, препятствующих призыванию к наследованию по праву представления. Первое ограничение связано с личностью представляемого наследника. Так, согласно п. 3 ст. 1146 ГК РФ не наследуют по праву представления потомки недостойного наследника (по п. 1 ст. 1117). Кроме того, в соответствии с п. 2 ст. 1146, «не наследуют по праву представления потомки наследника по закону, лишённого наследодателем наследства (п. 1 ст. 1119 ГК РФ)». Например, внук по праву представления наследовать не сможет, если его отец (мать) являлся (лась) недостойным наследником или если дедушка в завещании лишил сына (дочь) наследства.

¹¹ СЗ РФ. 2016. N 14. Ст. 1909.

Данные положения ст. 1146 ГК РФ вызывают обоснованную критику среди российских ученых [Шилов О.Ю., 2008: 128]; [Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В., 2011: 22 — 30]; [Рабец А.М., 2019: 16 — 19]. По сути правила п. 2 и п. 3 ст. 1146 устанавливают, что дети (нередко — несовершеннолетние) отвечают за действия своих родителей. Такой подход соответствует учению о праве представления, речь о котором пойдет далее, но вызывает сомнение в справедливости по отношению к детям, которые при таком подходе должны отвечать за поведение родителей.

Другое ограничение обусловлено личностью лица, наследующего по праву представления (представляющего наследника). Он не может призываться к наследованию, если сам является недостойным или если наследодатель лишил его наследства в завещании. Данные правила носят общий характер и применяются в отношении всех потенциальных наследников, в том числе претендующих на призвание к наследованию по праву представления.

1.5. Правовая природа прав представляющих по Гражданскому кодексу Российской Федерации

При анализе конструкции права представления, закрепленной в ГК РФ, возникает следующий вопрос: представляющие наследники наследуют потому, что к ним перешло это право от представляемого родственника или они наследуют непосредственно наследодателю по своему собственному праву? Если представляющие наследники получили право наследования от представляемого наследника, то права представляемого должны перейти к представляющему. Если представляющие наследуют по своему собственному праву, то личность представляемого не переносится на личность представляющего.

Первая ситуация полностью соответствует учению о праве представления, которое описал А.А. Башмаков: право представления есть юридическая фикция, в силу которой происходит переход прав наследника, умершего ранее наследодателя, на его живого потомка; при этом этот переход предполагает переход всей правовой личности умершего на потомка. Таким образом, учение о праве представления исходит из того, что на потомка переходят все «недостатки, поражающие правоспособность стоявшего в промежутке лица, несмотря на то, что этого лица уже не было в живых и что оно при жизни вовсе не прикасалось к наследству» [Башмаков А.А., 1911: 152].

На первый взгляд, положения п. 2 и п. 3 ст. 1146 ГК РФ, не допускающие представления недостойного наследника, а также запрещающие наследование по праву представления, если родитель был лишен наследства, свидетельствуют о переносе образа умершего родителя на его представляющего потомка. Однако противоречие с учением о праве представления заключает-

ся в том, что перехода прав представляемого на представляющего не происходит: лица, наследующие по праву представления, не несут ответственности по долгам того, кого представляют; к ним не переходит право представляемого на обязательную долю в наследстве. Кроме того, как уже отмечалось, коммориенты друг после друга не наследуют, тем не менее законом предоставлено право представления родителя, который, будучи коммориентом наследодателя, не мог бы наследовать после последнего. Эти обстоятельства приводят к выводу, что наследующие по праву представления становятся прямыми законными наследниками наследодателя, осуществляя собственные права в отношении доли наследства, причитавшейся их восходящему родственнику. Другими словами, внук наследует после деда (вследствие ухода из жизни своего отца ранее или одновременно с дедом) не потому, что к нему перешло право наследования, принадлежавшее отцу, а потому что он получил собственное право наследования после наследодателя (деда). Мера прав внука — это доля в имуществе деда, на которую мог рассчитывать отец, если бы был жив.

Мнение о том, что право представления является правом личным и непосредственным, получаемым напрямую от наследодателя, разделяется не только современными авторами [Шилов О.Ю., 2008: 85]; [Бегичев А.В., 2020: 75]. Свойство независимости прав представляющих наследников от прав представляемых отмечали многие дореволюционные ученые. Так, Л.А. Кассо отмечал: «Внуки, наследуя после деда, осуществляют самостоятельное право; хотя мы и говорим, что они вступают на место умершего родителя по праву представления, но этим мы только высказываем, что они получают все вместе то, что получил бы их отец, если бы он пережил их деда. Но подобное выражение не означает, что внуки занимают правовое положение умершего родителя...» [Кассо Л.А., 1895: 256–257]. Аналогичную позицию высказывал и В.И. Синайский — «...было бы в высшей степени ошибочно смотреть на право представления, как на право наследования не наследодателю, а представляемому. Представляющие наследуют по собственному праву наследования... так как право представления сказывается в том, что нисходящие представляемого получают при разделе ту долю наследства, которую получил бы представляемый, если бы он был жив при открытии наследства, то они наследуют, поэтому, поколенно» [Синайский В.И., 1918: 253–254].

Термин «право представления» использовался в Своде законов Российской Империи (том X, ст.1128)¹², действовавшим с 1835 по 1918 гг. Понятие и правила были заимствованы из Французского гражданского кодекса (далее — ФГК), в котором устанавливалось, что право представления является

¹² Available at: URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211/389.html> (дата обращения: 07.08.2021)

фикцией, и представляющий наследник вступает в права представляемого (ст. 739 ФГК в ред. 1804 г.). Именно поэтому дети недостойного наследника не могли наследовать по праву представления.

Однако из положений Свода законов Российской Империи (далее — Свод) не следовало, что к представляющему наследнику переходили права умершего наследника. Так, согласно ст. 1262 Свода на наследующих «по праву представления» не налагались обязанности платить долги за своих родителей (если после их смерти никакого имения в наследство не получили). Между тем если бы к представляющему переходили права умершего, к нему должны были перейти и обязанности. Таким образом, «право представления» не являлось действительным правом. Не зря А.А. Башмаков отмечал, что учение о «праве представления» является устаревшим и ошибочным. Его необходимо заменить на теорию поколенного преемства, в силу которого совершается переход наследства «непосредственно на живое лицо, не касаясь умершего, не проходя через его личность». При этом потомки призываются к наследованию «по своему собственному и непосредственному праву» [Башмаков А.А., 1911: 154, 160].

Противоречие попытались устранить составители Проекта Гражданского Уложения (далее — Проект), которые отказались от использования термина «право представления» и заменили его более точным понятием «поколенный раздел» (ст. 17 Проекта). Составители Проекта разъяснили, что «поколенное преемство», заменяющее в Проекте прежнее «право представления»: 1) это есть право «вступления в степень», ближе стоящую к наследодателю; 2) это есть мера, определяющая, сколько получают все преемники, составляющие одно колено»¹³.

В ГК РФ, так же, как и в Своде законов Российской Империи, термин «право представления» не соответствует общей теории, подразумеваемой под этим названием, а потому предложения дореволюционных ученых о замене этого понятия на «поколенный раздел» («поколенный порядок наследования») являются актуальными по сей день. Во избежание внутренних противоречий необходимо, по крайней мере, исключить это понятие из ГК РФ.

Интересно отметить, что в тексте ГК РСФСР 1964 г. «право представления» не фигурировало. Возможно, российскому законодателю следовало бы вернуться к положениям ГК РСФСР и взять за основу формулировку его ст. 532 (в ред. Федерального закона от 14.05.2001 № 51-ФЗ): «Внуки и правнуки наследодателя, дети братьев и сестер наследодателя (племянники и племянницы наследодателя), дети братьев и сестер родителей наследодателя (двоюродные братья и сестры наследодателя) являются наследниками по за-

¹³ Гражданское Уложение. Книга четвертая. Наследственное право. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения с объяснениями. СПб, 1903. С. 51.

кону, если ко времени открытия наследства нет в живых того из их родителей, который был бы наследником; они наследуют поровну в той доле, которая причиталась бы при наследовании по закону их умершему родителю».

2. Институт наследственного представления во Франции

2.1. История развития института наследственного представления во Франции

Институт наследственного представления закреплен во Французском гражданском кодексе (Кодексе Наполеона 1804 г.). В отличие от российского законодательства, ФГК оперирует понятием «представление», а не «право представления». Согласно ст. 739 ФГК (ред. 1804), «представление есть фикция закона, действие которой заключается в том, что представители вступают на место, в степень и в права представляемого». Представление действовало без ограничения в прямой нисходящей линии. В боковой линии представление допускалось в пользу детей и других нисходящих братьев и сестер умершего.

При наследовании по праву представления, так же, как и в России, действовал принцип поколенного правопреемства, т.е. когда несколько представляющих представляли одного человека, они все вместе получали ту долю, которая причиталась родоначальнику, если бы он был жив, и эта доля делилась между представляющими поровну.

Основополагающие правила наследования по праву представления, заложенные в ФГК в редакции 1804 г., действуют и по сей день. Наследственное представление рассматривается французскими цивилистами как отступление от общего правила призвания к наследованию, в соответствии с которым к наследованию призываются лица одинаковой степени родства (внутри очереди) по отношению к наследодателю [Ferré-André S., Berre S., 2019: 56]. Представление дает возможность нисходящим родственникам более дальней степени родства наследовать с родственниками более близкой по отношению к наследодателю степени родства.

В соответствии с ФГК в ред. 1804 г. представление применялось только в случае, если наследник умирал ранее наследодателя. Ст. 744 ФГК устанавливала: «Не допускается представления живых лиц, но представление возникает в отношении лишь тех, кто умер». В последующем французское законодательство отказалось от этого основополагающего принципа. Это произошло в результате реформы института наследования по праву представления, включавшей два этапа.

Первый этап реформы связан с введением в действие Закона № 2001-1135 от 03.12.2001 (вступил в силу 01.07.2002), в котором было введено первое ис-

ключение: по праву представления получили возможность наследовать дети недостойных наследников, даже в случае, если недостойный наследник был жив к моменту открытия наследства (ст. 755 ФГК в ред. Закона № 2001-1135). Таким образом, французский законодатель, по сути, ввел принцип индивидуальности наказания за недостойное поведение наследника. Данное законодательное решение заслуживает поддержки, поскольку исходит из того, что дети недостойного наследника не должны отвечать за поведение своего родителя.

Второй этап связан с принятием Закона № 2006-728 от 23.06.2006 (вступил в силу 1.01.2007), предоставившим возможность детям наследовать по праву представления в случае, если их родитель отказался от наследства (ст. 754 в ред. Закона № 2006-728). Ранее отказ наследника от наследства делал невозможным наследование по праву представления для его потомков. Так, ст. 787 ФГК в ред. 1804 г. устанавливала: «Никогда нельзя занять в силу представления место отказавшегося наследника...». Если наследник отказывался от наследства, считалось, что он никогда не был наследником (ст. 785 ФГК в ред. 1804 г.). В ст. 754 ФГК в ред. Закона № 2006-728 закреплено: «Можно представлять того, кто отказался от наследства». Данное законодательное решение призвано упростить переход имущества через поколение. Например, один из детей наследодателя вправе отказаться от наследства, чтобы его дети смогли получить это наследство по праву представления. Этот подход воспроизведен и в отношении дарения-раздела (*une donation-partage*), сделанного в пользу предполагаемых наследников по закону. Ст. 1078-4 ФГК, включенная Законом 2006-728, позволяет восходящему родственнику совершить дарение-раздел в пользу своих нисходящих потенциальных наследников, которые могут между собой находиться в разной степени родства. Так, дети, находящиеся в более близкой степени родства к дарителю, могут дать согласие на то, чтобы их место заняли их собственные дети. Например, даритель, у которого есть дочь и сын, вправе с согласия дочери совершить дарение имущества, предназначенное для нее, в пользу ее дочери (внучки дарителя), т.е. имущество, составляющее объект дарения, будет разделено между сыном и внучкой (дочерью дочери).

В отличие от российского законодательства действующее французское законодательство допускает представление обязательного наследника, который умер ранее наследодателя, а также представление недостойного наследника и отказавшегося от наследства.

2.2. Представление обязательного наследника

Право на обязательную долю (она называется во ФГК резервом — *la réserve héréditaire*) имеют дети наследодателя, а при их отсутствии — переживший супруг. Завещатель вправе распорядиться имуществом только в рамках сво-

бодной доли (*quotité disponible*), которая устанавливается в зависимости от количества детей наследодателя. Оставшаяся часть будет составлять резерв. Так, если после смерти наследодателя остался один ребенок, резерв составляет $1/2$ наследственного имущества, если осталось двое детей — $2/3$ наследства; трое и более детей — $3/4$ наследства (ст. 913 ФГК).

Если ребенок наследодателя, имеющий детей, умер ранее наследодателя, то нисходящие родственники ребенка вступают на его место (ст. 913-1 ФГК) и, следовательно, получают право наследовать его обязательную долю, которая будет делиться между ними поровну. В данном случае резерв определяется в зависимости от числа колен. Например, после смерти наследодателя остался сын и две внучки (дочери ранее умершей дочери наследодателя). Резерв будет рассчитываться, исходя из колена сына и колена дочери, т.е. общий резерв составит $2/3$ наследства. Следовательно, размер обязательной доли сына составит $1/3$, а другая $1/3$ будет разделена между внучками наследодателя, каждая из которых получит по $1/6$ наследственного имущества.

Если наследник является недостойным, он, тем не менее, принимается во внимание при расчете резерва вне зависимости от того, имеются ли у него нисходящие потомки, которые могли бы его представлять. Это решение было выработано практикой правоприменения [Beignier B., 2012: 190] еще до вступления в силу Закона № 2001-1135. Указанный Закон, как ранее отмечалось, разрешил представление недостойного наследника. Следовательно, 1.07.2002 появилась возможность для представляющих рассчитывать на обязательную долю даже в случае недостойности их представляемого родителя.

Введение в действие Закона № 2006-728 позволило представлять обязательного наследника, отказавшегося от наследства (ст. 913 ФГК). Прежде обязательная доля, предназначенная для наследника, отказавшегося от наследства и имевшего детей, прирастала к доле других обязательных наследников (в соответствии с общими правилами призвания к наследованию по закону). Представим, что в ранее приведенном примере дочь наследодателя, имевшая двух дочерей, отказалась от обязательной доли. При расчете резерва ребенок, отказавшийся от наследства, тем не менее учитывался. Таким образом, при наличии двух детей у наследодателя (сына и дочери) общий резерв по-прежнему составлял $2/3$, т.е. по $1/3$ на каждого из детей. Но отказ дочери от наследства приводил к приращению доли сына (другого обязательного наследника), т.е. его доля увеличивалась до $2/3$. С 1 января 2007 г. обязательная доля, от которой отказался ребенок наследодателя, переходит к его потомкам, наследующим по праву представления, а если таковых не имеется, то ребенок наследодателя в расчет обязательной доли не включается (абз. 2 ст. 913 ФГК). Например, если после смерти наследодателя остались сын и дочь, не имеющая потомков (которые могли бы ее представлять), при

этом дочь отказалась от принятия обязательной доли, то резерв рассчитывается, как если бы у наследодателя был один ребенок, т.е. составляет 1/2 наследства.

Для того чтобы наследовать по праву представления во Франции, нужно, так же, как и по ГК РФ, обладать правом наследования. В частности, наследующий по праву представления не должен быть недостойным. Однако, как уже было отмечено, действующий французский закон, в отличие от российского, не устанавливает зависимости прав представляющего наследника от прав представляемого наследника в случае недостойности последнего или ввиду его отказа от наследства. Если представляемый наследник будет недостойным или откажется от наследства, его место займет прямой нисходящий потомок, наследующий по праву представления.

2.3. Наследственное представление коммориента по Французскому гражданскому кодексу

Так же, как и по законодательству России, право представления по французскому закону может возникнуть не только тогда, когда нисходящий родственник умирает ранее наследодателя, но и когда смерть наследодателя и наследника наступила одновременно, т.е. наследодатель и наследник являются коммориентами. Как отмечается во французской юридической литературе, «умирающая в течение долгого времени» [Ferré-André S., Berre S. , 2019: 25] теория коммориентов, строго ограниченная практикой и подвергавшаяся критике в доктрине, была упразднена Законом от 3.12. 2001.

Ст. 725-1 действующего ФГК устанавливает: «Если два лица, один из которых мог наследовать после другого, погибают в результате одного и того же события, последовательность наступления их смертей устанавливается всеми возможными способами. Если эту последовательность определить невозможно, наследование после каждого из них происходит таким образом, что другое лицо к нему не призывается». При этом если после одного из умерших останутся нисходящие родственники, они могут представлять своего наследодателя в наследовании после другого, если право представления допускается (абз. 3 ст. 725-1 ФГК).

Как видим, гражданские кодексы России и Франции допускают наследственное представление коммориента наследодателя. Однако понятие коммориентов, закрепленное во ФГК, имеет особенности. Первая особенность заключается в том, что по французскому закону коммориентами являются граждане, смерть которых наступила в результате одного и того же события (по российскому закону это условие не является обязательным). Вторая особенность: ФГК, в отличие от ГК РФ, не устанавливает требование о наступлении смерти таких граждан в один и тот же день.

Третье своеобразие вытекает из формулировки ст. 725-1 ФГК: граждане не призываются к наследованию друг после друга, когда не удастся определить «последовательность» наступления смерти таких граждан, в то время как п. 2 ст. 1114 ГК РФ исходит из того, что «момент смерти каждого из таких граждан установить невозможно». На первый взгляд, формулировки кажутся по смыслу одинаковыми. Но применение нормы к жизненной ситуации позволяет сделать вывод, что более точным является положение ФГК.

Представим, что несколько российских граждан погибли в один и тот же день в результате несчастного случая. При этом момент смерти каждого из граждан не зафиксирован, но доказана последовательность наступления смерти: известно, кто из граждан умер ранее другого. Буквально следуя формулировке п. 2 ст. 1114 ГК РФ, приходим к выводу, что такие граждане являются коммориентами, так как невозможно установить момент смерти каждого из граждан. Вопрос решился бы иначе при применении ст. 725-1 ФГК, так как существенным моментом явилась бы доказанность *последовательности* наступления смерти, а не формальная фиксация *момента* смерти каждого из граждан.

В ФГК не решен вопрос: какие правила необходимо применять, когда граждане умирают не в результате одного и того же события, и при этом не удастся установить последовательность наступления их смерти. В качестве решения вопроса можно посоветовать французскому законодателю использовать подход, заложенный в п. 2 ст. 1114 ГК РФ: если установлено, что граждане умирают в один и тот же день, то их следует признавать коммориентами (при условии, что последовательность смерти таких граждан установить невозможно).

2.4. Правовая природа прав представляющих наследников во Франции

Право представления по ФГК (ред.1804 г.) в чистейшем виде являлось фикцией, «действие которой заключается в том, что представляющие вступают на место, в степень и в права представляемого» (ст. 739). Как отмечали исследователи, эта фикция позволяет «воскресить в лице нисходящих родственников наследника, умершего ранее наследодателя», и осуществить через них (нисходящих) права, которые принадлежали бы наследнику, если бы он был жив [Marcadé V., 1847: 93-94]. Таким образом, фикция закона означала, что представляющий наследник наделялся правами представляемого лица. Подтверждением являлись следующие положения, выводимые из ФГК в ред. 1804 г.

Дети недостойных наследников не могли наследовать по праву представления: поскольку недостойный наследник лишался права наследования, сле-

довательно, и переход несуществующего права наследования был невозможен. Статья 787 ФГК исключала возможность представления отказавшегося от наследства.

Согласно ст. 843 ФГК наследник, получивший имущество от наследодателя в порядке дарения, должен был вернуть это имущество в наследственную массу. Статья 848 ФГК устанавливала: если сын принимает наследство по праву представления, то он должен возратить то, что было подарено его отцу, даже в том случае, если он отказался от наследства отца.

Приведенные примеры наглядно демонстрируют зависимость прав представляющего наследника от прав представляемого наследника. Определение представления, закрепленного во ФГК, вызвало справедливую критику французских ученых XIX века. В частности, Ф. Лоран сформулировал замечания к ст. 739 ФГК. Во-первых, нелогично давать определение представления через слова «представляемые» и «представляющие» до тех пор, пока не определено, какие лица могут представлять, а какие могут быть представляемыми. Во-вторых, разве имеется разница между «местом» и «степенью»? Ведь степень — это как раз то место, которое только что занял представляющий. Законодатель не должен использовать бесполезные понятия [Laurent F., 1873: 64].

В 2001 и 2006 гг. определение представления было уточнено. Так, Закон № 2001-1135 установил, что «представление — это фикция закона, имеющая целью вступление представляющих в права представляемого» (ст. 751 ФГК). По ст. 751 ФГК в редакции Закона № 2006-728 «представление — это юридическая фикция, имеющая целью призвание к наследованию представляющих на основании прав представляемого.

Несмотря на модификацию формулировки, представление по-прежнему определяется как фикция. Следовательно, в отличие от российского законодательства, французское исходит из того, что в силу юридической фикции права представляемого наследника переходят к его представляющим потомкам, т.е. представляющие осуществляют права представляемых. Некоторые положения ФГК подтверждают этот вывод. Например, ст. 913-1 ФГК допускает представление обязательного наследника. В действующей ст. 848 ФГК воспроизводится правило аналогичной статьи редакции 1804 г.: сын, наследующий по праву представления, обязан возратить в наследственную массу то, что было подарено его отцу.

Вместе с тем нормы нынешнего ФГК, предусматривающие возможность представления недостойного наследника и отказавшегося от наследства, не соответствуют заложенной в действующем французском законе теории фикции, поскольку в силу фикции представление данных лиц невозможно.

Потомки недостойных наследников или отказавшихся от наследства вправе наследовать лишь тогда, когда они призываются к наследованию не

по праву представления, а по своему собственному праву, т.е. осуществляют свои права, а не права представляемых. Правильно отмечается во французской юридической литературе, что представляющий призывается к наследству умершего, вступая в степень представляемого, но под своим именем и со своей способностью к наследованию. Иными словами, речь не идет о действительном представлении [Leroyer A.-M., 2009: 55].

Значит, формулировка представления как юридической фикции во французском законе нуждается в пересмотре: необходимо исключение понятия «фикция» из определения ст. 751 ФГК для устранения имеющегося противоречия. Заслуживающим внимания также является вывод известного французского цивилиста М. Гримальди, который считает возможным отказаться от термина «представление», указав в ст. 753 ФГК, что при призвании к наследованию нисходящих наследство делится поколенно (*par souches*), а между наследниками одного колена наследство делится поголовно (*par tête*) [Grimaldi M., 2008: 25-35].

Заключение

Наследование по праву представления в России и Франции можно определить как поколенный порядок призвания к наследованию по закону нисходящими более отдаленной степени родства по отношению к наследодателю, которые вступают на освободившееся место наследника более близкой степени родства и делят поровну ту долю, которая причиталась бы их отцу или матери.

В России и Франции право представления применяется только при наследовании по закону. Основаниями призвания к наследованию по праву представления в России является смерть указанного в законе наследника ранее или одновременно с наследодателем, во Франции такими основаниями являются также недостойность наследника и его отказ от наследства.

Как в России, так и во Франции право представления возникает у потомков детей (у внуков, правнуков, праправнуков и т.д.), наследующих в первую очередь, а также у потомков детей братьев и сестер наследодателя (племянников и племянниц), относящихся ко второй очереди наследников по закону. Особенностью французского законодательства является то, что к наследованию по праву представления могут быть призваны также потомки племянников и племянниц наследодателя, что невозможно по ГК РФ. Российское законодательство предусматривает более широкую сферу применения института наследования по праву представления в боковой линии: представлять можно не только детей брата или сестры наследодателя (наследников второй очереди), но также и детей дядей и тетей наследодателя (наследников третьей очереди), что недопустимо по французскому закону.

Термин «право представления», используемый в действующем законодательстве России и Франции, носит условный характер, так как не соответствует общей теории, подразумеваемой под этим названием. Лица, которые призываются к наследованию по праву представления, наследуют по своему собственному праву, осуществляя свои собственные права, а не права представляемого наследника. Под правом представления в действительности имеется в виду поколенный порядок наследования. В связи с этим следует поддерживать предложения как российских, так и французских ученых о необходимости исключения этого термина из гражданских кодексов России и Франции с целью устранения имеющихся противоречий.

Российскому законодателю следовало бы взять за основу формулировку ст. 532 ГК РСФСР 1964 г. (в ред. Федерального закона от 14.05.2001 № 51-ФЗ), в которой не фигурирует термин «право представления». Исследование изменений, произведенных во ФГК в связи с принятием законов №2001-1135 и № 2006-728, приводит к выводу: некоторые положения французского закона могли быть восприняты российским законодателем.

Положение действующего ФГК, позволяющее представлять недостойных наследников, может быть рецепировано в ГК РФ. Ведь, как было установлено, потомки недостойных наследников призываются к наследованию по своему собственному праву, и, следовательно, личность недостойного наследника не должна переноситься на его потомка. Учитывая то, что представляющими нередко оказываются несовершеннолетние, освобождение их от санкции в виде отстранения от наследования было бы справедливым.

ФГК допускает представление отказавшегося от наследства. По ГК РФ это невозможно, поскольку если наследник отказывается от наследства, это означает, что он жив на момент открытия наследства, что исключает наследование по праву представления по российскому закону. Статья 1158 ГК РФ позволяет наследнику сделать направленный отказ от наследства. Так, наследник может отказаться в пользу других лиц из числа наследников по завещанию или наследников по закону любой очереди независимо от призвания к наследованию, не лишенных наследства, а также в пользу тех, которые призваны к наследованию по праву представления или в порядке наследственной трансмиссии. Как видим, отказ от наследства может быть произведен в пользу потенциального наследника по закону, т.е. наследника, который не призывается к наследованию. Но по отношению к потенциальному наследнику по праву представления сделано исключение: он должен быть призван к наследованию.

Другими словами, сын наследодателя — наследник первой очереди — может отказаться от наследства в пользу потенциального наследника любой очереди (например, седьмой очереди), но не вправе отказаться от наследства в пользу своего ближайшего родственника — своего сына, т.е. внука

наследодателя, так как при живом отце внук *не призывается* к наследованию по праву представления. Получается, что падчерица и пасынок, мачеха и отчим наследодателя (наследники седьмой очереди) наделяются большим объемом прав, чем внуки, поскольку в пользу пасынка (падчерицы, мачехи, отчима) отказаться от наследства можно, а в пользу своего ребенка (внука наследодателя, родственника второй степени родства) нельзя. Видится, что такой подход создает дисбаланс прав потенциальных наследников по закону. Данный подход нуждается в пересмотре: необходимо установить возможность направленного отказа от наследства в пользу потенциальных наследников по праву представления.

Анализ положений гражданских кодексов России и Франции о коммориентах приводит к выводу о необходимости уточнения положения п. 2 ст. 1114 ГК РФ с учетом восприятия российским законодателем отдельных положений ст. 725-1 ФГК.

В соответствии п. 2 ст. 1114 ГК РФ коммориентами считаются граждане, умершие в один и тот же день, если «момент смерти каждого из таких граждан установить невозможно». ФГК делает акцент на невозможности установления не момента смерти, а последовательности смерти граждан (ст. 725-1 ФГК). Формулировка французского законодателя является более продуманной. Если точный момент смерти каждого из граждан, умерших в один и тот же день, не зафиксирован, но тем не менее удастся определить последовательность наступления смерти, такие граждане не должны признаваться коммориентами. В связи с этим необходимо внести изменения в п. 2 ст. 1114 ГК РФ, изложив текст пункта в следующей редакции: «Граждане, умершие в один и тот же день, считаются в целях наследственного правопреемства умершими одновременно и не наследуют друг после друга, если последовательность наступления смерти таких граждан установить невозможно. При этом к наследованию призываются наследники каждого из них».

ФГК не регламентирует ситуации, при которой граждане умирают в рамках короткого промежутка времени, но не в результате одного и того же события и при этом не удается установить последовательность наступления их смерти. В этом случае французский законодатель мог бы воспринять подход, заложенный в ГК РФ. Если установлено, что граждане умирают в один и тот же день, то их следует признавать коммориентами (при условии, что последовательность смерти таких граждан установить невозможно).

Сравнительный анализ института наследования по праву представления по законодательству России и Франции позволил увидеть основные тенденции его развития. Сопоставление норм дало возможность выявить общие и отличительные черты этого института в праве России и Франции, обнаружить слабые места в наследственном праве обоих государств и оценить целесообразность рецепции отдельных положений в законодательство каждого из государств.

Хочется надеяться, что выводы и предложения, сделанные в проведенном исследовании, будут учтены как российским, так и французским законодателями.



Список источников

1. Башмаков А.А. Очерки права родового, наследственного и обычного. Юридические исследования. СПб.: Русско-Французская типография, 1911. 445 с.
2. Бегичев А.В. Наследственное право России. М.: Логос, 2020. 168 с.
3. Кассо Л.А. Преемство наследника в обязательствах наследодателя. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1895. 299 с.
4. Рабец А.М. Проблемы реализации права несовершеннолетнего на достойную жизнь по действующему наследственному законодательству РФ // Наследственное право. 2019. N 1. С. 16-19.
5. Рабинович Н.В. Законодательные проблемы советского наследственного права // Советское государство и право. 1940. № 5–6. С. 72–85.
6. Синайский В.И. Русское гражданское право. Выпуск II: Обязательственное, семейное и наследственное право. Киев: Типо-Литография «Прогресс», 1918. 300 с.
7. Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Основания выморочности наследства // Наследственное право. 2011. N 4. С. 22–30.
8. Шиловост О.Ю. Наследование по закону в российском гражданском праве. М.: Норма, 2008. 272 с.
9. Beignier B. *Libéralités et successions*. Paris: Lextenso éditions, 2012. 510 p.
10. Créteau É., Rostovtseva N. (2020) The Concept of *Commorientes* in French and Russian Inheritance Law // *Russian Law Journal*. 8(1): 4–24. (in English)
11. Ferré-André S., Berre S. *Successions et libéralités*. Paris: Dalloz, 2019. 770 p.
12. Grimaldi M. La représentation de l'héritier renonçant // *Defrénois*, 2008, N 1, pp. 25–35.
13. Laurent F. *Principes de Droit Civil*. Tom neuvième. Paris, Bruxelles : Bruylant-Christophe & C^{ie}, 1873, 677 p.
14. Leroyer A.-M. *Droit des successions*. Paris: Dalloz, 2009. 464 p.
15. Marcadé V. *Éléments du Droit Civil français. Explication méthodique du Code Civil*. Tom troisième. Paris: Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1847. 804 p.



References

1. Bashmakov A.A. (1911) *Essays on the law of generic, hereditary and customary. Legal research*. Saint Petersburg: Russian-French printing house, 445 p. (In Russ.).
2. Begichev A.V. (2020) *Inheritance law of Russia*. Moscow: Logos, 168 p. (In Russ.).
3. Beignier B. (2012) *Libéralités et successions*. Paris: Lextenso, 510 p.
4. Créteau É., Rostovtseva N. (2020) The Concept of *Commorientes* in French and Russian Inheritance Law. *Russian Law Journal*. 8(1): 4–24. (in English)
5. Ferré-André S., Berre S. (2019) *Successions et libéralités*. Paris: Dalloz, 770 p.

6. Grimaldi M. (2008) La représentation de l'héritier renonçant. *Defrénois*, no. 1, pp. 25–35.
7. Kasso L.A. (1895) *Succession of the heir in the obligations of the ancestor*. Yuriev: Matthissen, 299 p. (In Russ.).
8. Khaskel'berg B.L., Rovnyy V.V. (2011) Causes for Escheat. *Nasledstvennoe pravo*=Inheritance Law, no. 4, pp. 22–30 (In Russ.).
9. Laurent F. (1873) *Principes de Droit Civil*. T. 9. Paris, Bruxelles: Bruylant-Christophe & C^{ie}, 677 p.
10. Leroyer A.-M. (2009) *Droit des successions*. Paris: Dalloz, 464 p.
11. Marcadé V. (1847) *Éléments du Droit Civil français. Explication méthodique du Code Civil*. T. 3. Paris: Librairie de jurisprudence de Cotillon, 804 p.
12. Rabets A.M. (2019) Issues of exercising of the minor's right to a decent life under the applicable inheritance laws of the Russian Federation. *Nasledstvennoe pravo* = Inheritance Law, no. 1, pp. 16–19 (In Russ.).
13. Rabinovich N.V. (1940) Legislative issues of Soviet inheritance law. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* =Soviet State and Law, no. 5–6, pp. 72–85 (In Russ.).
14. Sinaisky V.I. (1918) *The Russian civil law. Issue II: Obligations, family and inheritance law*. Kiev: Progress, 300 p. (In Russ.).
15. Shilokhvost O. Yu. (2008) *Inheriting by law in Russian civil law*. Moscow: Norma, 272 p. (In Russ.).

Информация об авторе:

Н.В. Ростовцева — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

N.V. Rostovtseva — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 06.08.2021; одобрена после рецензирования 24.09.2021; принята к публикации 29.09.2021.

The article was submitted 07.08.2021; approved after reviewing 24.09.2021; accepted for publication 26.09.2021.

Научная статья

УДК: 347.22

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.102.123

Вещно-правовые ожидания как основание применения вещных исков



Тихон Петрович Подшивалов

Южно-Уральский государственный университет (национальный исследовательский университет), Челябинск, Россия, podshivalovtp@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9717-7176>



Аннотация

Предметом исследования являются нормы гражданского законодательства, регулирующие приобретение вещного права и его защиту. В статье аргументируется идея допустимости применения вещных исков для защиты правового ожидания лица наравне с субъективным правом и законным интересом. Методами исследования стали: сравнительно-правовой, анализ судебной практики и систематизация. В системе вещных исков правовые ожидания защищают иск о приобретении вещного права. Этот иск применим, когда лицо совершило все необходимые и достаточные действия для приобретения права, но в силу предписания законодательства требуется судебное установление вещного права. Поэтому допустимо выделить такую разновидность правового ожидания, как вещно-правовое ожидание. Вещно-правовые ожидания имеют следующие отличительные черты. Во-первых, вещно-правовое ожидание направлено на приобретение вещного права. Во-вторых, вещно-правовое ожидание направлено на такое приобретение, которое осуществляется только через судебное установление всей необходимой совокупности юридических фактов. В-третьих, вещно-правовое ожидание вносит правовую определенность через решение вопроса о завершенности процесса приобретения вещного права. Конструкция правового ожидания разработана на уровне судебной доктрины, поскольку применяется судами в ситуации отсутствия нормы закона о защите правового ожидания. Эта доктрина основана на принципах права — правовой определенности и добросовестности. Соотношение законного интереса и правового ожидания проявляется в том, что они направлены на создание нового субъективного права. Правовое ожидание — это более конкретное правовое явление, чем законный интерес, который более абстрактен. В рамках применения вещных исков законный интерес служит юридическим основанием предъявления иска о прекращении вещного права. На основании сравнительно-правового исследования

можно утверждать, что вещно-правовое ожидание известно праву стран континентальной Европы и стран общего права, например, немецкий *Anwartschaftsrecht*, категории общего права «future interest», «doctrine of acceleration» и «remainder».



Ключевые слова

гражданское право, вещное право, вещные иски, правовое ожидание, законный интерес, иск о приобретении вещного права, защита права, сравнительное правоведение

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Подшивалов Т.П. Вещно-правовые ожидания как основание применения вещных исков // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 102–123. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.102.123

Research article

Property Legitimate Expectation as a Basis for the Application of Real Action



Tikhon P. Podshivalov

South Ural State University (National Research University), Chelyabinsk, Russia, podshivalovtp@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9717-7176>



Abstract

The subject of the study is the norms of civil law regulating the acquisition of the right in rem and its protection. The article argues the idea of the admissibility of the application of real actions to protect the legitimate expectation of a person on a level with the right and legitimate interest. Comparative legal method, the method of case study and the method of systematization became the methods of research. In the system of real actions legitimate expectations are protected by the action for the acquisition of the property right. It is applicable when a person has committed all necessary and sufficient actions to acquire the right, but by virtue of the prescription of the legislation requires a judicial establishment of the right in rem. Therefore, it is permissible to distinguish such a type of legal expectation as a property legitimate expectation. Peculiarities of property legitimate expectation, which distinguish it from the legitimate expectation, consist in several aspects. Firstly, property legitimate expectation is aimed at the acquisition of a right in rem. Secondly, property legitimate expectation is aimed at such acquisition, which is carried out only through a judicial establishment of the existence of the entire necessary totality of legal facts. Thirdly, the property legitimate expectation introduces legal certainty, through the decision on the completeness of the process of acquisition of the right in rem. The construct of legitimate expectation is developed at the level of judicial doctrine, because it is applied by the courts in a situation where there is no specific rule of law to provide protection to the legitimate

expectation. This doctrine is based on the principles of law — legal certainty and good faith. The correlation of legitimate interest and legitimate expectation is manifested in the fact that they are aimed at creating a new right. The legitimate expectation is a more concrete legal phenomenon than the legitimate interest, which is more abstract. As part of the application of real actions, legitimate interest serves as a legal basis for an action for the termination of the property right. Having conducted a comparative legal study, it can be argued that the property legitimate expectation is known in the law of the countries of continental Europe and in common law countries; examples are, in particular, the German «Anwartschaftsrecht», common law categories of «future interest», «doctrine of acceleration» and «remainder».



Keywords

civil law, property law, real action, legitimate expectation, legitimate interests, action for the acquisition of the property right, protection of right, comparative law

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the HSE academic publications.

For citation: Podshivalov T.P. Property legitimate expectation as a basis for the application of real action. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 102–123. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.102.123

Введение

Предметом исследования является вопрос о допустимости применения вещных исков не только для защиты субъективного вещного права, но и правового ожидания. В теории гражданского права устоялось представление о том, что вещные иски защищают только право. Однако судебная практика сталкивается с разнообразными ситуациями, когда вещное право еще не возникло, но есть все предпосылки к его приобретению, и объект будущего права нуждается в охране для обеспечения сохранности, да и само право может не возникнуть, если нет судебной защиты пресечения противоправных действий.

При этом, если исходить из формально-юридической логики, права, находящиеся в стадии приобретения, не должны подлежать защите посредством вещных исков. Но это лишено рациональности, поскольку в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) закреплены такие ситуации, хотя их меньше, чем в жизни. Например, возможность давностного владельца требовать судебной защиты по виндикационному и негаторному искам в течение всего срока приобретения по ст. 234 ГК РФ.

Введение такой правовой конструкции, как правовое ожидание и его разновидности — вещно-правовое ожидание — позволит решить проблему определения объекта судебной защиты в ситуации отсутствия субъективного вещного права на предмет спора. Раскрытию характеристики правового ожидания и механизму его действия посвящено данное исследование.

Реализация идеи судебной защиты вещно-правового ожидания позволит применять такие новые вещные иски, которые известны судебной практике, но не исследованы в науке: иск о приобретении вещного права и иск о прекращении вещного права. При этом особое внимание следует уделить первому из них, поскольку именно этот иск не имеет доктринального обоснования, и введение конструкции вещно-правового ожидания позволит развить практику его применения.

Идея судебной защиты известна развитым правовым порядкам и российской судебной практике, но она не исследовалась в части применения к спорам о вещных правах, в том числе на недвижимое имущество. Поэтому в качестве одного из основных методов исследования избран анализ судебной практики. При этом значительная часть исследования проводится посредством сравнительно-правовых методов, на основе анализа того, как правовое ожидание влияет на приобретения прав на вещи в праве стран континентальной Европы и в странах общего права.

1. Правовое ожидание и иск о приобретении вещного права

Наравне с субъективным гражданским правом подлежат защите законный интерес и правовое ожидание (*legitimate expectation*). В контексте вещных исков правовое ожидание выступает основанием для применения не всех из них, а только иска о приобретении вещного права.

Правовая природа этого способа защиты может быть выведена из раскрытия сущности иска о признании вещного права. Этот иск направлен на констатацию существования у истца вещного права, которое возникло ранее, но ответчик оспаривает принадлежность этого права. В противовес этому гражданское законодательство закрепляет случаи, когда для приобретения вещного права следует заявить исковые требования в суд — признание права собственности на самовольную постройку (п. 3 ст. 222 ГК РФ), признание права муниципальной собственности на бесхозную недвижимость (п. 3 ст. 225), судебное установление сервитута (п. 3 ст. 274), признание права собственности на переработанную вещь (п. 3 ст. 220) и признание права собственности по давности владения (ст. 234) и т.д. Но в этих случаях речь идет не о подтверждении наличия вещного права, а о его приобретении, создании нового права.

De lege ferenda к таким случаям можно отнести приобретение права собственности в случае отказа в удовлетворении виндикационного иска по мотивам добросовестности приобретателя (ст. 302 и 223 ГК РФ); приобретение сервитута по давности пользования как возражение против негаторного иска.

Судебное подтверждение наличия права и его создание имеют различные правовые результаты (приводят к разным последствиям), которые не могут охватываться одним способом защиты — нельзя одним иском и признать наличие права, и создать его. Юридическая сущность требования о приобретении вещного права определяется целью создания вещного права — возникновение нового правоотношения. Тем самым такой иск — это правоустанавливающий иск вещного характера. Относительно норм ГК, перечисленных выше, можно говорить и о защите (ст. 12), и об основании возникновения гражданских прав (пп. 3 п. 1 ст. 8 — возникновение права из судебного решения, установившего гражданские права и обязанности).

О возможности влияния правового ожидания на приобретение вещного права говорится в научной литературе. Так, А.В. Ульянов приходит к следующему выводу: «Правоожиданием является абсолютная правовая возможность заинтересованного субъекта гражданского права разумно ожидать приобретения права, освобождения от обязанности или обременения либо иных выгодных правовых последствий добросовестно предпринятых им и (или) в его интересах мер (приготовлений)» [Ульянов А.В., 2018: 6].

Именно так правовое ожидание является основанием для применения иска о приобретении вещного права. Его заявление направлено на создание вещного права, когда лицо совершило все необходимые действия для приобретения субъективного вещного права. Тем самым можно говорить о вещно-правовых ожиданиях как основании для защиты через установление субъективного права.

Немецкий ученый П. Эртманн в работе 1925 года анализировал эффект приобретения права через правовое ожидание: «Подобное ожидание само по себе является скорее лишь стадией возникновения права. Но, разумеется, в некоторых случаях, когда элементы права уже имеются в наличии, ничего не препятствует признать само ожидание правом некоего особого «младшего» типа. Вместе с тем применительно к возникновению этого права правопорядок будет безразличен к факту незавершенности фактического состава или несоблюдению установленных законом требований» [Эртманн П., 2007: 239–240].

Право безразлично относится к ситуации, когда лицо еще не приобрело вещного права, но находится на стадии накопления необходимой совокупности юридических фактов, которые повлекут за собой возникновение субъективного права. Так, в §124 постановления Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) от 30.04. 2004 (жалоба № 48939/99) говорится: «Понятие «имущества» не сводится к «существующему имуществу» и охватывает также активы, в том числе права требования, в отношении которых заявитель может утверждать, что у него имеется обоснованное и «законное ожидание», что он получит возможность эффективного осуществления имущественного права». Эта правовая позиция ЕСПЧ основана на

ст. 1 Протокола № 1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), где сказано: «Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права». Аналогичное толкование сделано ЕСПЧ и в других актах: постановления от 19.10.2005 (жалоба № 32555/96), от 06.07.2006 (жалоба № 54891/00), от 18.01.2007 (жалоба № 69524/01) и решение по вопросу приемлемости по делу от 01.04.2004 (жалоба № 74694/01).

Для понимания особенностей вещно-правового ожидания необходимо раскрыть характеристику категории правового ожидания.

2. Характеристика правового ожидания

Рассматриваемый термин имеет корни в английском праве. Естественно, превратности перевода и описания термина создают трудности с единообразием его именования. Терминологически правовое ожидание описывается разными словами, и можно встретить такие наименования — «законные ожидания», «правомерные ожидания», «разумные ожидания», «права ожидания», «защита доверия».

Правовое ожидание обладает следующими характеристиками.

Во-первых, все обозначенные термины подчеркивают главную черту этого явления — направленность на обеспечение предсказуемости правовых последствий действиям лиц. Это происходит из-за того, что предоставление защиты правовому ожиданию создает запрет на переменчивое поведение государства и участников гражданского оборота и повышает доверие между ними.

Во-вторых, правовое ожидание связано с судебной защитой, а не с нормотворчеством или конкретной нормой закона. Оно необходимо для защиты лица в ситуации, когда право находится в стадии создания, т.е. в конкретной жизненной ситуации.

В-третьих, правовое ожидание подлежит судебной защите, поскольку является предметом защиты наравне с субъективным правом и законным интересом. Сравнительно с остальными оно менее изучено, но при этом применяется судами для обоснования использования судебных доктрин и обоснования правовых позиций по ситуациям, которые не имеют достаточного законодательного регулирования. Для правоприменительной практики конструкция правовых ожиданий является тонким инструментом, сложным в использовании.

В-четвертых, правовое ожидание направлено на приобретение субъективного права, точнее — существует в ситуации, когда действия, влекущие приобретение права, начали совершаться, но не завершились. Например, началось владение для приобретательной давности, либо поданы документы на регистрацию права на недвижимость.

Ч. Санфилиппо характеризует правовое ожидание как ситуацию, которая «возникает тогда, когда предпосылки для приобретения права уже имеются, однако для его осуществления необходимо, чтобы наступило событие, которое может произойти когда-то в будущем... Как правило, правопорядок защищает «правовое ожидание», запрещая действия, которые могли бы помешать наступлению ожидаемого события или же сделать такое наступление лишенным смысла» [Санфилиппо Ч., 2007: 72].

В-пятых, правовое ожидание необходимо отличать от личных надежд и житейских чаяний участников общественных отношений, поскольку первое подлежат судебной защите, а вторые — нет. Правовым ожиданием будет считаться только такое ожидание, которое с неизбежностью влечет возникновение субъективного права. Степень неизбежности можно описать как ситуацию, в которой третьи лица не могут негативно повлиять на процесс приобретения права, прекратив его.

В-шестых, правовое ожидание, подлежащее судебной защите может иметь только лицо, которое действовало не только законно, но и добросовестно, не нарушало закона или запрета на злоупотребление правом или запрета обхода закона.

Наиболее явно это проявляется в тех основаниях приобретения вещного права, для которых добросовестность является одним из условий. Но и для других оснований приобретения добросовестность имеет значение в качестве объективной характеристики как принципа права. Здесь проявляется взаимосвязь со свойством неизбежности, поскольку неотвратимость приобретения возможна, только если лицо действует и законно, и добросовестно. Признание лица недобросовестным влечет отказ в судебной защите в силу ст. 10 ГК РФ.

В-седьмых, правовое ожидание вносит определенность в принадлежность права через решение вопроса о степени вероятности завершения процесса приобретения права. Это происходит через определение принадлежности правового ожидания лицу и возможность последующей трансформации его в субъективное право. И участникам гражданского оборота становится ясно, кому принадлежит правовое ожидание, что вносит определенность в вопрос принадлежности вещей, в том числе недвижимых.

В-восьмых, судебная защита правового ожидания обеспечивает поддержание правопорядка через повышение доверия со стороны участников общественных отношений, и в конечном счете способствует поддержанию стабильности гражданского оборота. Ясность и прозрачность в вопросе длительного приобретения права снижают вероятность сюрпризов и, как следствие, количество судебных разбирательств.

Следовательно, признаками правового ожидания являются: направленность на обеспечение предсказуемости правовых последствий; равенство в

защите с субъективным правом и законным интересом; направленность на приобретение субъективного права; внесение правовой определенности в принадлежность права в длительном процессе его приобретения; подлежит судебной защите; обеспечение поддержания правопорядка и стабильности гражданского оборота; неизбежность приобретения ожидаемого права; принадлежит лицу, которое действует не только законно, но и добросовестно.

Указанные свойства правового ожидания в равной степени касаются всех институтов гражданского права, как и всех отраслей права. Это объясняется тем, что правовое ожидание — универсальная конструкция, применимая во всех сферах права. В качестве разновидности правового ожидания допустимо выделение вещно-правового ожидания, которое характерно для вещного права и обладает дополнительными аспектами в применении. Особенности вещно-правового ожидания, отличающие его от правового ожидания, состоят в нескольких аспектах.

Во-первых, вещно-правовое ожидание — это разновидность правового ожидания, которое направлено на приобретение вещного права — права собственности и ограниченных вещных прав.

Во-вторых, вещно-правовое ожидание реализуется и защищается в судебном порядке, и оно направлено на такое приобретение, которое в силу предписания закона осуществляется только через судебное установление наличия всей необходимой совокупности юридических фактов. Например, признание права собственности на самовольную постройку, которое возможно через судебное установление права; иск о приобретении права собственности на объект незавершенного строительства.

В-третьих, вещно-правовое ожидание служит юридическим основанием для предъявления иска о приобретении вещного права как разновидности вещного иска. Кроме приведенных ранее примеров можно назвать еще требование о приобретении права муниципальной либо государственной собственности на земельные участки, выделенные из не востребованных земельных долей (п. 8 ст. 12.1 Федерального закона от 24.07.2002 № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»); требование о признании права собственника недвижимости на приобретение в собственность земельного участка, на котором находится эта недвижимость, когда собственником недвижимости утрачено право пользования земельным участком (абз. 3 п. 2 ст. 272 ГК РФ).

В-четвертых, правовое ожидание вносит правовую определенность в принадлежность вещного права через решение вопроса о завершенности процесса приобретения вещного права.

При характеристике правового ожидания и вещно-правового ожидания необходимо отдельно остановиться на рассмотрении правового основания применимости конструкции правового ожидания.

3. Основание защиты правового ожидания и судебная доктрина правовых ожиданий

Конструкция правовых ожиданий — это часть принципа правовой определенности. Рассматриваемый принцип не закреплен на законодательном уровне, однако сформулирован на уровне доктрины и судебной практики. Г.А. Гаджиев разграничивает правовое ожидание и правовую определенность как конституционно-правовые ценности-принципы. Так, в особом мнении судьи по постановлению Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС) от 2.12.2013 № 26-П сказано: «Кроме того, существуют такие конституционно-правовые ценности-принципы, как правовая определенность, равенство перед законом, принцип законного ожидания и др., которые не могут принадлежать исключительно к одному уровню конституционного контроля, ибо они являются общеправовыми ценностями, имманентными всякому достаточно развитому правопорядку». В пункте 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 №17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга» говорится: «В целях соблюдения принципа правовой определенности и во избежание нарушения разумных ожиданий участников гражданского оборота ...».

Подробнее взаимосвязь правового ожидания и принципа правовой определенности описана в п. 16 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей (утверждено Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.12.2018): «В случае осложнения таких отношений публичным элементом, обеспечение баланса — функция законодателя и одновременно его обязанность устанавливать правовую определенность в диспозитивных правоотношениях, обусловленную разумными ожиданиями участников таких отношений, основанными на их диспозитивной природе, допускающей возможность совершать все, что не запрещено».

Взаимосвязь правового ожидания и принципа правовой определенности описана в науке через раскрытие содержания правового ожидания. С.В. Ибрагимова называет следующие компоненты правового ожидания: «К правовым ожиданиям субъектов права можно отнести: стабильность, определенность и системность права; соответствие норм права фактическим отношениям, существующим в обществе; отсутствие необоснованного вмешательства права в частную сферу» [Ибрагимова С.В., 2018: 230].

Принцип правовой определенности более широк в своем воздействии, чем правовое ожидание, поскольку связан и с нормотворчеством, и с правоприменением. Правовое ожидание связано с судебной защитой, но не с нормотворчеством.

В отсутствие законодательного закрепления правовые ожидания формулируются на уровне правовых позиций судов, что делает их судебной доктри-

ной. При этом может быть и логичным, что возможность защиты правового ожидания не закреплена в ГК РФ как общее универсальное правило. Это обусловлено высокой степенью абстрактности данной конструкции, и именно суды могут применять такие сложные категории, наполняя их содержанием.

КС в постановлениях не раз упоминал термин «законные ожидания» для обоснования правовых позиций. В частности, он приходит к выводу, что изменения законодателем ранее установленных условий приобретения какого-либо субъективного права должны проводиться так, чтобы соблюдался принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, который предполагает недопустимость произвольных изменений законодательства. Из этого следуют законные ожидания граждан, что права, приобретенные ими в строгом соответствии с требованиями законов, будут уважаться властями и сохраняют действительность¹.

В постановлении от 29.01.2004 № 2-П КС раскрывает правовое ожидание через стремление «чтобы участники соответствующих правоотношений могли в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав, действительности их государственной защиты». В правовых позициях отражается и то, что защита правовых ожиданий основана на принципе правовой определенности. Сочетание законного ожидания и правовой определенности часто встречается в судебных актах².

Следовательно, по своей правовой природе правовое ожидание является проявлением принципа правовой определенности и имеет связь с принципом добросовестности. Вещно-правовое ожидание вносит определенность в вопрос о том, кому принадлежит вещное право, и можно ли считать истца приобретшим субъективное вещное право.

Исходя из этого, правовое ожидание является судебной доктриной, поскольку применяется судами, но при этом отсутствует норма закона, которая закрепляет возможность судебной защиты не только субъективного права и законного интереса, но и правового ожидания.

4. Правовое ожидание и законный интерес

В доктрине ведется обширная дискуссия об определении законного интереса; наиболее часто оно формулируется через категории «блага», «благопо-

¹ См.: постановления КС РФ от 24.05.2001 № 8-П; от 20.04.2010 № 9-П; от 25.06.2015 № 17-П.

² См.: постановления Президиума ВАС РФ от 21.02.2012 № 13104/11, Суда по интеллектуальным правам от 15.05.2015 № С01-354/2015 по делу № А48-2170/2014; определения ВАС РФ от 15.06.2009 № ВАС-10750/07 по делу № А40-51446/06-43-383, от 09.07.2008 № 8715/08 по делу № А45-19211/06-37/531; постановление ФАС Северо-Западного округа от 05.03.2014 № Ф07-304/2012 по делу № А56-3683/2011.

лучие», «стремление», «дозволенность», «возможность» и другие [Крашенинников Е.А., 2010: 72–79]; [Малинова А.Г., 2021: 29–39]. В.В. Субочев, проделавший наиболее обширное исследование по этому вопросу, предложил следующее определение: «Законный интерес — это стремление субъекта пользоваться определенным социальным благом и в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения не противоречащих нормам права интересов, которое в определенной степени гарантируется государством в виде юридической дозволенности, отраженной в объективном праве либо вытекающей из его общего смысла» [Субочев В.В., 2009: 12].

Соотношение законного интереса и субъективного права раскрыл Н.В. Витрук: «Законные интересы личности неразрывно связаны с ее субъективными правами и обязанностями, служат их продолжением либо этапом в процессе формирования новых субъективных прав и обязанностей» [Витрук Н.В., 2008: 241–242].

Раскрытие характеристики правового ожидания позволяет решить вопрос о его соотношении с законным интересом, ведь именно они подлежат судебной защите наравне с субъективным вещным правом. Данный вопрос практически не исследуется в научной литературе. Однако, проанализировав литературу, можно обозначить несколько подходов к вопросу о соотношении законного интереса и правового ожидания.

В рамках первого подхода сложилось мнение, что правовое ожидание является составной частью законного интереса. Так, А.В. Ульянов аргументирует следующую идею: «Разработана правовая конструкция правоожидания — базового элемента в юридическом интересе, а также опосредствующих таковой субъективных правах и иных правовых возможностях» [Ульянов А.В., 2018: 6].

В рамках второго подхода законный интерес и правовое ожидание соотносятся как иерархически равные друг другу, равнозначные объекты защиты. Так, С.В. Сарбаш пишет: «Такое вторжение может допускаться правом порядком при условии, что права кредитора, его интересы и ожидания не нарушаются существенным образом» [Сарбаш С.В., 2016: 60]. Аналогично в научной литературе выстраиваются объекты защиты из субъективного права, законного интереса и правового ожидания [Николаев А.В., 2014: 11]; [Роор К.А., 2017: 55–56].

Наиболее часто можно встретить указание, что законный интерес и правовое ожидание равнозначны для целей защиты. Так, в судебной практике сформулирована правовая позиция: «Правовая определенность достигается предоставлением защиты законным интересам и ожиданиям частных лиц»³. Также судебная практика исходит из необходимости баланса между за-

³ См.: решение Суда ЕАЭС от 21.02.2017 № СЕ-1-1/1-16-БК особое мнение судьи Т.Н. Нешатаевой на решение Суда ЕврАзЭС от 10.07.2013 по делу № 1-6/1-2013.

конным интересом и правовым ожиданием. Так, в постановлении КС от 14.05.2012 № 11-П сказано: «Правовая определенность при наложении ареста на имущество и соблюдение режима данного вида обременения способствуют установлению баланса интересов и законных ожиданий субъектов экономической деятельности и/или физических лиц, не осуществляющих предпринимательскую деятельность, обеспечению имущественных притязаний заинтересованных лиц и формированию их имущества». О важности баланса законного интереса и правового ожидания сторон договора при его исполнении говорится в практике арбитражных судов⁴.

Второй подход выглядит более логичным. Ведь правовое ожидание — это более конкретное правовое явление, чем законный интерес, который более абстрактен по своему содержанию. Соответственно, и сфера применения у правового ожидания уже, чем у законного интереса.

Рассматривая вопрос о применении вещных исков, необходимо сказать, что законный интерес служит юридическим основанием предъявления иска о прекращении вещного права. В рамках этого способа защиты истец требует прекратить вещное право ответчика, например, на недвижимую вещь, которая погибла из-за износа, но при этом запись в реестре прав сохраняется. Законный интерес истца в этом случае будет состоять в том, чтобы в будущем иметь возможность обратиться за приобретением из публичной собственности земельного участка, на котором погибшая вещь находилась.

Иск о прекращении вещного права направлен на защиту законного интереса истца в последующем приобретении права, связанного с предметом спора. В этом проявляется его отличие от иска о приобретении вещного права, ведь последний защищает правовое ожидание истца. При этом иск о признании вещного права защищает субъективное вещное право истца, которое уже существует в момент судебного разбирательства, но не очевидно для участников гражданского оборота, например, в силу несохранности правоустанавливающих документов.

Следовательно, и законный интерес, и правовое ожидание как предмет судебной защиты направлены на создание нового субъективного права. В рамках применения вещных исков законный интерес служит юридическим основанием предъявления иска о прекращении вещного права.

Для раскрытия правовой природы и характеристики правового ожидания и его разновидности — вещно-правового ожидания — логично рассмотреть, как правовое ожидание описывается в праве зарубежных стран.

⁴ См.: постановления Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.03.2019 № Ф08-1603/2019 по делу № А53-23119/2018, от 24.03.2017 № Ф08-1213/2017 по делу № А32-43631/2015, Арбитражного суда Уральского округа от 04.05.2018 № Ф09-684/18 по делу № А60-21625/2017, Арбитражного суда Центрального округа от 02.10.2018 № Ф10-4181/2018 по делу № А23-822/2017, от 27.02.2018 № Ф10-246/2018 по делу № А36-5062/2017.

5. Правовое ожидание и приобретение права в зарубежных правовых системах

Термин «legitimate expectation» впервые употребил лорд Деннинг в деле *Schmidt vs. Secretary of State* в 1968 г. В судебном акте он указал, что помимо субъективного права и законного интереса защите подлежат и правовые ожидания лица: «Орган государственной власти при некоторых условиях может быть обязан дать лицу, чьи интересы будут затронуты решением такого органа, возможность выступить с заявлением. Наличие такой обязанности зависит от того, имеет ли такое лицо какое-либо право, законный интерес или правомерное ожидание, в силу которого было бы несправедливо отказать ему в выражении своей позиции»⁵.

Истоки конструкции правового ожидания можно найти в немецком праве. Так, Р. Томас приходит к выводу, что истоки конструкции правового ожидания находятся в немецком административном праве, где есть понятие «Vertrauensschutz», которое означает защиту доверия к государственным институтам и публичным процессам, и именно оттуда оно пришло в практику ЕСПЧ [Thomas R., 2000: 15, 41–42]. Vertrauensschutz исследуется учеными, которые специализируются на публичном праве [Weber-Dürler B., 1983]. Это понятие проистекает из принципа верховенства права (Rechtsstaatsprinzip) или конституционного запрета на произвол власти (Willkürverbot).

Правовые ожидания имеют отражение и в немецком гражданском праве. Ему известна категория *Anwartschaftsrecht*, название которой трудно перевести буквально, но которую можно интерпретировать как «вещное право, которое ожидается», «ожидаемое право собственности», «приобретаемое право». Данная правовая конструкция не имеет прямого закрепления в законе, но признается в теории и в судебной практике [Емелькина И.А., 2010: 35–57]. Она направлена на получение права в будущем. Как отмечает Х. Вебер, право возникает в результате последовательного накопления фактов, когда возможность приобретения права отчуждатель не в состоянии прекратить своим односторонним волеизъявлением [Вебер Х., 2009: 255].

Как указывает Е.А. Суханов со ссылкой на немецких ученых: «В современной германской судебной практике и доктрине в большинстве случаев признается вещный характер «ожидаемого права» (*Anwartschaftsrecht*), которым, например, нередко называют положение приобретателя недвижимости, возникающее у него в период от заключения договора ее продажи до внесения записи в поземельную книгу: это «больше, чем только надежда на

⁵ The common law and Europe / The Hamlyn lectures, 2013. Available at: <http://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/specialevents/laws-lj-speech-hamlyn-lecture-2013.pdf> (дата обращения: 17.08.2021)

приобретение, но меньше, чем полноценное право», поскольку часть предпосылок, необходимых для получения права собственности на вещь, имеется, а часть отсутствует. Однако закон прямо не регулирует эту ситуацию, оставляя открытым вопрос, с какого момента такое «право» может начать «собственную юридическую жизнь», став предметом отчуждения, залога, наследования и т.д.» [Суханов Е.А., 2017: 63].

Anwartschaftsrecht чаще всего характеризуется как ограниченное вещное право, с оговорками, но тем не менее способное к передаче [Baur F., 1996: 550–551]; [Kieninger E.-M., 2004: 249]; [Schwab K., Prutting H., 2006: 152–165]; [Baur F., Baur J., Sturmer R., 2009: 784–787, 826–830]. При этом есть и иные подходы о квалификации этой конструкции. И если исходить из классической конструкции правового ожидания, Anwartschaftsrecht не следует определять с позиции субъективного права, оно только направлено на приобретение права, но безразлично правопорядку, в связи с чем подлежит судебной защите. Хотя именно в этом немецкие ученые и видят различия между простым ожиданием (Anwartschaft) и правом ожидания (Anwartschaftsrecht), последнее из которых является именно правом.

Признание Anwartschaftsrecht в качестве права, и права вещного, означает, что с позиции немецкого права оно защищается вещными исками в случае нарушения или оспаривания, в том числе со стороны собственника вещи.

Отличие ожидания (Anwartschaft) от права ожидания (Anwartschaftsrecht) состоит в том, что первое — это что-то вроде надежды на определенный исход, а второе связано с более высокой степенью уверенности в приобретении права, практически с неизбежностью этого. Как указывается в литературе, именно высокая степень уверенности является различием между Anwartschaft и Anwartschaftsrecht [Larenz K., Wolf M., 2004: 275–276]. Л.Ю. Василевская, подчеркивая фактор неизбежности в Anwartschaftsrecht, отмечает: «Так вот, когда процесс приобретения еще не завершен, однако находится на стадии, на которой он уже не может быть приостановлен против воли приобретателя, речь идет о притязании последнего на получение права в будущем — при наступлении определенных условий ...» [Василевская Л.Ю., 2004: 436].

Ситуации применения этой правовой категории в немецком правопорядке разнообразны. К Anwartschaftsrecht относится и к ситуации, когда наследство открыто, но еще не принято [Weirich H.-A., 2004: 272]. У потенциального наследника есть ожидание права, и оно подлежит судебной защите при необходимости. Аналогично оно существует в ситуации, когда покупатель еще не внес цену за приобретаемую вещь по договору — в этом случае используется конструкция абстрактного вещного договора. В отношении недвижимости это создает гарантию повторной продажи, поскольку до

внесения записи в реестр у покупателя возникает право ожидания, которое подлежит судебной защите, и стороны договора не могут отказаться от исполнения этого вещного договора. Поэтому Anwartschaftsrecht применимо к вопросам защиты добросовестного приобретателя [Medicus D., Petersen J., 2017: 475].

Anwartschaftsrecht применимо и в сфере интеллектуальных прав, например, в промежутке между подачей документов на получение патента и предоставлением охраны по нему. Поэтому право на патент относят к Anwartschaftsrecht, и заявителю предоставляется требование компенсации за возможные нарушения патента [Hofmann F., 2009: 85].

Наиболее исследованный российскими учеными аспект Anwartschaftsrecht связан с применением этой конструкции при совершении договора купли-продажи с оговоркой о сохранении за продавцом права собственности — § 158 и § 929 ГГУ [Громов С.А., 2008: 255–297]; [Слыщенков В.А., 2011].

Отсутствие законодательного закрепления Anwartschaftsrecht обусловлено именно тем, что в доктрине нет единства мнения о необходимости данной правовой конструкции. Основной камень преткновения: право ожидания принято относить к ограниченным вещным правам, но в ГГУ господствует идея numerous clausus вещных прав, то есть их закрытого перечня, определенного в законе.

В российском праве можно встретить нормы, которые аналогичны Anwartschaftsrecht. Например, п. 3 ст. 564 ГК РФ гласит: «В случаях, когда договором предусмотрено сохранение за продавцом права собственности на предприятии, переданное покупателю, до оплаты предприятия или до наступления иных обстоятельств, покупатель вправе до перехода к нему права собственности распоряжаться имуществом и правами, входящими в состав переданного предприятия, в той мере, в какой это необходимо для целей, для которых предприятие было приобретено».

В странах общего права считается, что доктрина правового ожидания (legitimate expectation) основана на принципах естественного права и справедливости и направлена на предотвращение злоупотребления властью⁶. В литературе указывается еще и на взаимосвязь правового ожидания с принципом равноправия [Colla A.-F., 2017: 283–305]. Первоначально доктрина правовых ожиданий применялась в спорах с государством и из административного права [Watson J., 2010: 633–652]; [Ahmed F., Perry A., 2014: 61–85]; [Brown A., 2017: 435–460]. В последующем она получила развитие в других институтах права, в том числе в сфере прав на вещи [Moore M., 2017: 229–255]; [Vicente M., 2020: 51–96].

⁶ Schmidt vs. Secretary of State for Home Affairs [1968] EWCA Civ 1, [1969] 2 Ch. 149 at 170–171, Court of Appeal (England and Wales).

В странах общего права в системе титулов на недвижимость выделяется такое «слабое» право, как future interest, при этом оно разработано в праве справедливости (law of equity). Future interest переводится как «будущее право на недвижимость», «право, которое станет реальным в будущем». Это право не дает возможности владеть и пользоваться недвижимостью в настоящем времени, но дает возможность в будущем, при определенных событиях или обстоятельствах стать обладателем такого титула, который сделает реальным фактическое владение и пользование недвижимостью.

Исходя из того, что future interest существует в праве справедливости, то оно реализуется по правилам о доверительной собственности (trust). Л. Каннингем исследовала future interest в наследственных отношениях, связанных с трастом, и пришла к выводу, что если бенефициар не доживет до момента, когда его доля перейдет ему во владение, остаток (remainder) переходит по условиям завещания умершего бенефициара (или к его наследникам, если он умрет без завещания) [Cunningham L., 1997: 668–702].

В американской литературе указывается, что future interest обладает свойством исключительности, описывая это разными терминами [Duncan M., 2002: 773, 775]; [Johnson S., 2006: 141]; [Merrill T., Smith H., 2016: 518]. Так, Дж. Стерн пишет: «Future interest обусловлен взаимной исключительностью и тем, что будущий интерес одного человека исключает противоречащий ему интерес другого, а не право не допускать других к ресурсу» [Stern J., 2017: 1186]. В континентальной традиции права исключительность является одним из признаков вещного права, когда право одного лица исключает право другого лица, в том же объеме и на ту же вещь.

Е.А. Суханов соотносит Anwartschaftsrecht и future interest и подчеркивает большую неизбежность первого из них, и «слабость» второго: «Future interest не только всегда уступает любому титулу по «общему праву», но и автоматически прекращается при добросовестном приобретении такого «титула» новым владельцем (что легко возможно в отсутствие государственной регистрации любых подобных правомочий по «праву справедливости»)» [Суханов Е.А., 2012: 311–312]. Самый простой вариант такого future interest — аренда недвижимости, когда арендодатель обладает вещью, но не имеет права доступа к ней, пока действует договор аренды, хотя в будущем его владение будет восстановлено.

Более сложный пример — это возвратное право первоначального обладателя титула на недвижимую вещь. В США первоначальный собственник наделен возвратными правопритязаниями, гарантирующими возможность вновь вступить в права, на которых недвижимость принадлежала ему до передачи. Выгодоприобретатель по воле первоначального собственника имеет правопритязания на приобретение правового титула собственника — выжидательную собственность (remainders) [Тягай Е., 2014: 126–132].

Remainders описывает ситуацию, когда последующие имущественные права возникают по прекращении имущественного права другого лица. Данная правовая конструкция не ограничивается сферой прав на недвижимость, а имеет распространение и в других институтах общего права. В частности, существует доктрина ускорения (*doctrine of acceleration*), которая означает сокращение времени до того, как произойдет какой-то юридический факт, с которым связаны определенные правовые последствия. И в этом случае используется конструкция *remainder*.

Как указывается в научной литературе, *doctrine of acceleration* наиболее часто встречается в контексте завещаний. Так, А. Причард пишет, что доктрина ускорения может быть описана как правило, в соответствии с которым интерес в конструкции *remainder* толкуется таким образом, чтобы позволить этому интересу вступить в силу немедленно после преждевременного отпадения предыдущего интереса [Prichard A., 1973: 246–255].

Подводя итог рассмотрению сравнительно-правовой характеристики правового ожидания, логично сделать вывод, что в праве стран континентальной Европы и в странах общего права имеют место институты, которые основаны на том или ином проявлении вещно-правового ожидания. Конструкция этой разновидности правового ожидания известна зарубежным правовым порядкам, например, через немецкий *Anwartschaftsrecht*, или категории общего права «*future interest*», «*doctrine of acceleration*» и «*remainder*».

Заключение

Правовое ожидание является основанием применения иска о приобретении вещного права. Этот вещный иск направлен на создание вещного права, когда лицо совершило все необходимые действия для приобретения субъективного вещного права и требуется, чтобы суд подтвердил своим решением наступление необходимых юридических фактов, тем самым создав вещное право. Таким образом, можно говорить о вещно-правовых ожиданиях как основании для защиты через установление субъективного вещного права.

Признаками правового ожидания являются: направленность на обеспечение предсказуемости правовых последствий; равенство в защите с субъективным правом и законным интересом; направленность на приобретение субъективного права; вносит правовую определенность в принадлежность права в длительном процессе его приобретения; подлежит судебной защите; обеспечивает поддержание правового порядка и стабильности гражданского оборота; неизбежность приобретения ожидаемого права; принадлежит лицу, которое действует не только законно, но и добросовестно.

Особенности вещно-правового ожидания, отличающие его от правового ожидания, состоят в нескольких аспектах. Во-первых, вещно-правовое

ожидание — разновидность правового ожидания, которое направлено на приобретение вещного права. Во-вторых, вещно-правовое ожидание реализуется и защищается в судебном порядке, и оно направлено на такое приобретение, которое, в силу предписания закона, осуществляется только через судебное установление наличия всей необходимой совокупности юридических фактов. В-третьих, вещно-правовое ожидание служит юридическим основанием предъявления вещного иска о приобретении вещного права. В-четвертых, правовое ожидание вносит правовую определенность в принадлежность вещного права, через решение вопроса о завершенности процесса приобретения вещного права.

По своей юридической природе правовое ожидание частично является проявлением принципа правовой определенности и имеет связь с принципом добросовестности. Судебная защита вещно-правового ожидания вносит определенность как в вопрос, кому принадлежит вещное право, так и в вопрос, можно ли считать истца приобретшим субъективное вещное право.

Правовое ожидание является судебной доктриной, поскольку применяется судами, однако отсутствует норма закона, которая закрепляет возможность судебной защиты не только субъективного права и законного интереса, но и правового ожидания.

И законный интерес, и правовое ожидание как предмет судебной защиты направлены на создание нового субъективного права. При этом правовое ожидание — это более конкретное правовое явление, чем законный интерес, который более абстрактен по своему содержанию. Соответственно, и сфера применения у правового ожидания уже, чем у законного интереса. В рамках применения вещных исков законный интерес служит юридическим основанием предъявления иска о прекращении вещного права. В праве стран континентальной Европы и в странах общего права имеются институты, основанные на том или ином проявлении вещно-правового ожидания.



Список источников

1. Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. М.: Статут, 2004. 538 с.
2. Вебер Х. Обеспечение обязательств. М.: Волтерс Клувер, 2009. 480 с.
3. Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М.: Норма, 2008. 448 с.
4. Громов С.А. Спорные аспекты учения об условных сделках / Сделки: проблемы теории и практики: сборник статей. М.: Статут, 2008. С. 255–297.
5. Емелькина И.А. Вещные «ожидаемые права» в гражданском праве России и зарубежных стран // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 35–57.
6. Ибрагимова С.В. Социальная эффективность права // Пермский юридический альманах. 2018. № 1. С. 227–232.

7. Крашенинников Е.А. Правовая природа охраняемого законом интереса // Вестник ВАС РФ. 2010. № 5. С. 72–80.
8. Малинова А.Г. «Интерес» как понятие правоведения: проблемы доктринального определения // Российский юридический журнал. 2021. № 2. С. 29–42.
9. Николаев А.В. Эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы практического применения // Международное публичное и частное право. 2014. № 4. С. 11–15.
10. Роор К.А. Соотношение эстоппеля и доктрины законных ожиданий // Вестник арбитражной практики. 2017. № 3. С. 55–62.
11. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М.: Норма, 2007. 464 с.
12. Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М.: Статут, 2016. 336 с.
13. Слыщенков В.А. Договор купли-продажи и переход права собственности: сравнительно-правовое исследование. М.: Статут, 2011. 240 с.
14. Субочев В.В. Теория законных интересов: автореф. дис. ... д.ю.н. Тамбов, 2009. 57 с.
15. Суханов Е.А. Сравнительное исследование владения и собственности в английском и в германском праве // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 302–316.
16. Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. 560 с.
17. Тягай Е.Д. Право собственности на недвижимость в США: сложноструктурные модели. М.: Проспект, 2014. 200 с.
18. Ульянов А.В. Охраняемые законом интересы в гражданском праве: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2018. 31 с.
19. Эртманн П. О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 217–241.
20. Ahmed F., Perry A. The coherence of doctrine of legitimate expectations. Cambridge Law Journal. 2014, vol. 73, no. 1, pp. 61–85.
21. Baur F. Lehrbuch des Sachenrechts. Munchen: Beck, 1996, 772 S.
22. Baur F., Baur J., Sturmer R. Sachenrecht. Munchen: Beck, 2009, 1086 S.
23. Brown A. Theory of Legitimate Expectations. Journal of Political Philosophy, 2017, vol. 25, no. 4, pp. 435–460. DOI 10.1111/jopp.12135
24. Colla A.-F. Elements for a General Theory of Legitimate Expectations. Moral Philosophy and Politics, 2017, vol. 4, no. 2, pp. 283–305.
25. Cunningham L. The Hazards of Tinkering with the Common Law of Future Interests: California Experience. Hastings Law Journal, 1997, vol. 48, no. 4, pp. 667–702.
26. Duncan M. Reconceiving the Bundle of Sticks: Land as a Community-Based Resource. Environmental Law, 2002, vol. 32, no. 4, pp. 773–808.
27. Hofmann F. Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. 313 S.
28. Johnson S. Property Law: Cases, Materials and Problems. Minneapolis: Thomson/West, 2006. 1041 p.
29. Kieninger E.-M. (ed.) Security rights in movable property in European private law. Cambridge: University Press, 2004. 777 p.
30. Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Munchen: Beck, 2004. 985 S.

31. Medicus D., Petersen J. Bürgerliches Recht. München: Vahlen, 2017. 511 S.
32. Merrill T., Smith H. Property: Principles and Policies. Saint Paul: Foundation Press, 2016. 1410 p.
33. Moore M. Legitimate Expectations and Land. *Moral Philosophy and Politics*, 2017, vol. 4, no 2, pp. 229–255 DOI 10.1515/mopp-2017-0002
34. Prichard A. Acceleration and Contingent Remainders. *Cambridge Law Journal*, 1973, vol. 32, no 2, pp. 246–255.
35. Schwab K., Prutting H. Sachenrecht. München: Beck, 2006, 417 S.
36. Stern J. The essential structure of property law. *Michigan Law Review*, 2017, vol. 115, no 7, pp. 1167–1212.
37. Thomas R. Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law. Oxford: Hart, 2000, 129 p.
38. Vicente M. Property rights and legitimate expectations under united states constitutional law and the European convention on human rights: some comparative remarks. *Comparative Law Review*, 2020, vol. 26. pp. 51–96.
39. Watson J. Clarity and ambiguity: A new approach to the test of legitimacy in the law of legitimate expectations. *Legal Studies*, 2010, vol. 30, no. 4, pp. 633–652.
40. Weber-Dürler B. Vertrauensschutz im öffentlichen Recht. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1983, 300 S.
41. Weirich H.-A. Erben und Vererben: Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen. *Neue Wirtschafts-Briefe*, 2004. 635 S.



References

1. Ahmed F., Perry A. (2014) The coherence of doctrine of legitimate expectations. *Cambridge Law Journal*, vol. 73, no.1, pp. 61–85.
2. Baur F. (1996) *Lehrbuch des Sachenrechts*. München: Beck, 772 S.
3. Baur F., Baur J., Stürner R. (2009) *Sachenrecht*. München: Beck, 1086 S.
4. Brown A. (2017) A Theory of Legitimate Expectations. *Journal of Political Philosophy*, vol. 25, no. 4, pp. 435–460. DOI 10.1111/jopp.12135
5. Colla A.-F. (2017) Elements for a General Theory of Legitimate Expectations. *Moral Philosophy and Politics*, vol. 4, no. 2, pp. 283–305. DOI 10.1515/mopp-2017-0040
6. Cunningham L. (1997) The Hazards of Tinkering with the Common Law of Future Interests: The California Experience. *Hastings Law Journal*, vol. 48, no. 4, pp. 667–702.
7. Duncan M. (2002) Reconceiving the Bundle of Sticks: Land as a Community-Based Resource. *Environmental Law*, vol. 32, no. 4, pp. 773–808.
8. Emelkina I.A. (2010) Proprietary «expected rights» in civil law of Russia and foreign countries. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Herald of Civil Law, no. 6, pp. 35–57. (In Russ.).
9. Ertmann P. (2007) On the structure of subjective private rights. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Herald of Civil Law, no. 3, pp. 217–241. (In Russ.).
10. Gromov S.A. (2008) Disputable aspects of doctrine about conditional transactions. In: *Transactions: issues of theory and practice*. Moscow: Statut, pp. 255–297. (In Russ.).
11. Hofmann F. (2009) *Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 313 S.
12. Ibragimova S.V. (2018) Social efficiency of law. *Perm Law al'manakh* = Permskiy Yuridicheskiy Almanah, no. 1, pp. 227–232. (In Russ.).

13. Johnson S. et al. (2006) *Property Law: Cases, Materials and Problems*. Minneapolis: Thomson/West, 1041 p.
14. Krashennnikov E.A. (2010) The legal nature of a legally protected interest. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii*=Herald of Higher Arbitrage Court, no. 5, pp. 72–80. (In Russ.).
15. Larenz K., Wolf M. (2004) *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 985 S.
16. Malinova A.G. (2021) «Interest» as a concept of jurisprudence: problems of doctrinal definition. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*=Russian Legal Journal, no. 2, pp. 29–42. (In Russ.).
17. Medicus D., Petersen J. (2017) *Bürgerliches Recht*. München: Vahlen, 511 S.
18. Merrill T., Smith H. (2016) *Property: Principles and Policies*. Saint Paul: Foundation Press, 1410 p.
19. Moore M. (2017) Legitimate Expectations and Land. *Moral Philosophy and Politics*, vol. 4, no 2, pp. 229–255 DOI 10.1515/mopp-2017-0002
20. Nikolaev A.V. (2014) Estoppel in the Russian law: problems and prospects of practical application. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*=International Public and Private Law, no. 4, pp. 11–15. (In Russ.).
21. Prichard A. (1973) Acceleration and Contingent Remainders. *Cambridge Law Journal*, vol. 32, no. 2, p. 246–255. <https://doi.org/10.1017/S0008197300090735>
22. Rohr K. (2017) Correlation of estoppel and doctrine of legitimate expectations. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki*=Herald of Arbitration Practice, no. 3, pp. 55–62. (In Russ.).
23. Sanfilippo C. (2007) *A Course in Roman Private Law*. Moscow: Norma, 464 p. (In Russ.).
24. Sarbash S.V. (2016) *Elementary dogmatics of obligations*. Moscow: Statut, 336 p. (In Russ.).
25. Schwab K., Prutting H. (2006) *Sachenrecht*. München: Beck, 417 S.
26. *Security rights in movable property in European private law* (2004) E.-M. Kieninger (ed.) Cambridge: University Press, 777 p. doi.org/10.1017/CBO9780511494987
27. Slyshchankov V.A. (2011) *Contract of sale and transfer of ownership: a comparative legal study*. Moscow: Statute, 240 p. (In Russ.).
28. Stern J. (2017) The essential structure of property law. *Michigan Law Review*, vol. 115, no 7, pp. 1167–1212.
29. Subochev V.V. (2009) The theory of legitimate interests. Doctor of Juridical Sciences Summary. Tambov, 57 p. (In Russ.).
30. Sukhanov E.A. (2012) Comparative study of possession and property in English and German law. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Herald of Civil Law, no. 6, pp. 302–316. (In Russ.).
31. Sukhanov E.A. (2017) *Proprietary law*. Moscow: Statut, 560 p. (In Russ.).
32. Tyagay E.D. (2014) *The right of property ownership in the United States: complex-structural models*. Moscow: Prospect, 200 p. (In Russ.).
33. Thomas R. (2000) *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart, 129 p.
34. Ulyanov A.V. (2018) Protected by law interests in civil law: Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 31 p. (In Russ.).

35. Vasilevskaya L.Y. (2004) *The doctrine of real transactions under German law*. Moscow: Statut, 538 p. (In Russ.).
36. Vicente M.N. (2020) Property rights and legitimate expectations under united states constitutional law and the European convention on human rights: Some comparative remarks. *Comparative Law Review*, vol. 26. pp. 51–96. DOI 10.12775/CLR.2020.002
37. Vitruk N.V. (2008) *General theory of legal status of the person*. Moscow: Norma, 448 p. (In Russ.).
38. Watson J. (2010) Clarity and ambiguity: A new approach to the test of legitimacy in the law of legitimate expectations. *Legal Studies*, vol. 30, no. 4, pp. 633–652. DOI 10.1111/j.1748-121X.2010.00177.x
39. Weber-Dürler B. (1983) *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 300 S.
40. Weber H. (2009) *Security of obligations*. Moscow: Wolters Kluwer, 480 p. (In Russ.).
41. Weirich H.-A. (2004) *Erben und Vererben: Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen*. Neue Wirtschafts-Briefe, 635 S.

Информация об авторе:

Т.П. Подшивалов — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

T.P. Podshivalov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 17.10.2021; одобрена после рецензирования 01.11.2021; принята к публикации 05.11.2021.

The article was submitted 17.10.2021; approved after reviewing 01.11.2021; accepted for publication 05.11.2021.

Научная статья

УДК: 347.922

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.124.151

Досудебное урегулирование споров в арбитражном процессе: эволюция и противоречия подходов судебной практики



Евгений Анатольевич Фокин

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия, evgeniy.hse2018@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1121-6830>



Аннотация

После реформы арбитражного процессуального законодательства в 2016 году досудебный претензионный порядок стал процедурой, объективно необходимой по большинству споров, рассматриваемых арбитражными судами. За пять лет в судебной практике накопилось значительное количество правоприменительных подходов, но вместе с тем и противоречий, проблем, спорных правовых позиций. Из-за того, что предъявление досудебной претензии является первым шагом к получению судебной защиты, практические проблемы прохождения претензионного порядка требуют самого тщательного внимания. Верховный Суд Российской Федерации проводит большую аналитическую работу в данной сфере и уже дважды проводил масштабные обобщения проблем досудебного урегулирования споров. Однако многие вопросы не только остаются нерешенными, но и создают ситуацию правовой неопределенности для потенциальных истцов и ответчиков. Любопытно, что вопросы, кажущиеся с первого взгляда сугубо практическими, испытывают на прочность и теоретические основы арбитражного процесса. Не получили должного освещения проблемы соотношения досудебного претензионного порядка и порядка предъявления встречного иска; досудебного претензионного порядка и приказного производства; целей и общего смысла досудебной претензии; разграничения обязательных и необязательных случаев направления досудебной претензии. Наконец, внимания требует и вопрос о месте досудебного претензионного порядка в системе российского права. Настоящее исследование анализирует практику применения положений арбитражного процессуального законодательства о претензионном порядке за последние пять лет (после реформы 2016 г.). Статья открывается общетеоретическим осмыслением института досудебной претензии, после чего переходит к практическим вопросам. Предметом анализа

стали как правовые позиции судебных органов по конкретным делам, так и материалы совещаний, научно-консультативных советов и других форм обсуждений процессуальных вопросов на базе арбитражных судов. Общее заключение автора сводится к пониманию досудебного порядка урегулирования споров как комплексного материально-правового и процессуального института, находящего импульсы к развитию преимущественно благодаря судебной практике.



Ключевые слова

досудебная претензия, претензионный порядок, судебная практика, оставление без рассмотрения, возвращение искового заявления, встречный иск.

Для цитирования: Фокин Е.А. Досудебное урегулирование споров в арбитражном процессе: эволюция и противоречия подходов судебной практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. Т. 14. № 4. С. 124–151. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.124.151

Research article

Pre-Trial Claim in Commercial Procedure: Evolution and Contradictions of Case-Law



Evgeniy Fokin

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, evgeniy.hse2018@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1121-6830



Abstract

After the reform of the commercial procedural legislation in 2016 pre-trial claim procedure became a procedure that is objectively necessary for most disputes considered by commercial courts. For five years a significant number of law enforcement approaches have accumulated in judicial case-law and at the same time contradictions, problems and controversial legal positions. Taking into account the fact that the presentation of a pre-trial claim is the first step towards obtaining legal protection, the practical problems of passing claim procedure require the most careful attention. The attempts of the Supreme Court of the Russian Federation to ensure the uniformity of judicial practice in matters of claim procedure can hardly be considered successful. Indeed, the Supreme Court conducts a lot of analytical work in this area, however many issues not only remain unresolved, but also create a situation of legal uncertainty for potential plaintiffs and defendants. It is curious that the questions that at first glance seem to be purely practical, at the same time test the strength and theoretical foundations of the commercial process. We did not receive proper coverage of the problem of the relationship between a pre-trial claim procedure and procedure for a counterclaim, the goals and general meaning of a pre-trial claim, the distinction between mandatory and optional cases of a pre-trial claim. Finally, the issue of the place of pre-trial claims procedure in the system of Russian law also requires attention. This study analyzes the practice of applying the provisions of the commercial procedural legislation on claim procedure over the past five

years. The author begins with a general theoretical understanding of the institution of pre-trial claims, after which he moves on to specific practical issues. The subject of detailed analysis was both the legal positions of the judiciary on specific cases, as well as the materials of meetings, scientific advisory councils and other discussions of procedural issues on the basis of arbitration courts. The general conclusion of the study comes down to understanding pre-trial claim procedure for resolving disputes as a complex substantive and procedural institution.



Keywords

pre-trial claim, claim procedure, judicial practice, abandonment, return of the statement of claim, counterclaim.

For citation: Fokin E.A. Pre-trial Claim in Commercial Procedure: Evolution and Contradictions of Case-Law. *Law. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*. 2021, no. 4, pp. 124–151. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.124.151

Введение

В 2016 году в рамках масштабной реформы процессуального законодательства в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации¹ (далее — АПК РФ) были обновлены положения об обязательном досудебном порядке урегулирования экономических споров, возникающих из гражданских правоотношений (ч. 5 ст. 4). Поправки трудно признать революционными и даже просто новыми: в целом аналогичные положения предусматривались еще в первом АПК РФ 1992 года, в ст. 2 которого шла речь о необходимости «принятия сторонами мер по самостоятельному урегулированию спора» до обращения в арбитражный суд. Кроме того, в 1992 году был принят документ, впоследствии так и не получивший аналогов — Положение о претензионном порядке урегулирования споров, утвержденное Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 24.06.1992 № 3116-1 (утратило силу в 1995 году в связи с принятием второго АПК РФ)².

Аналогичное требование было известно в коммерческих спорах как дореволюционному, так и советскому праву (применительно к разбирательству в государственном арбитраже) [Яковлев В.Ф., 2013: 724]. Примечательно, что в современной научной литературе практически нет дискуссий о целесообразности или нецелесообразности «нововведений». Предметом внимания ученых становятся, в основном, отдельные аспекты досудебного претензионного порядка: его правовая природа [Каллистратова Р.Ф., Поскребнев М.Е., Холопова Д.А., 2016: 3–10], специфика в конкретных категориях дел [Демя-

¹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

² Постановление ВС РФ от 24.06.1992 № 3116-1 «Об утверждении Положения о претензионном порядке урегулирования споров» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1791.

шова А.Н., 2017: 37–40]; [Рузакова О.А., Рузаков А.Б., 2017: 6–10], влияние на отдельные материально-правовые институты [Шнигер Д.О., 2017: 46–57], иные вопросы. Вместе с тем не вызывает сомнений, что реформа 2016 г. актуализировала проблематику претензионного порядка урегулирования спора, заставив и теорию, и практику еще раз задуматься о целях, смысле и внутреннем содержании досудебной претензии. Прошедших четырех лет вполне достаточно, чтобы сделать первые выводы относительно того, сформировалась ли в российском праве целостная модель досудебного претензионного порядка, и имеется ли в правоприменительной практике четкое представление, как именно должно выглядеть его соблюдение.

Досудебное урегулирование предвещает судебную процедуру, в связи с чем в практике не могло не накопиться значительного количества спорных вопросов. Это создало объективную необходимость в аналитических обобщениях Верховного суда Российской Федерации (далее — ВС РФ). Так, в июле 2020 г. высшая судебная инстанция провела анализ судебной практики применения ч. 5 ст. 4 АПК РФ и по его итогам выпустила тематический обзор (далее — Обзор ВС РФ 2020 г.)³. Данный документ производит двойственное впечатление. С одной стороны, не вызывает сомнений объективная потребность правоприменительной практики в подобном обобщении. С другой же стороны, значимость Обзора не стоит переоценивать. Обзор ВС РФ 2020 г. идет по пути казуистического толкования претензионного порядка, в основном реферативно перечисляя случаи, когда он является обязательным, а когда нет (п. 1–3, 6–7, 10). Лишь отдельные положения рассматриваемого документа являются действительно новыми и востребованными с точки зрения судебной практики (например, об отсутствии необходимости повторного прохождения претензионного порядка при привлечении соответчика, замене ответчика). Некоторые положения, напротив, дублируют подходы, уже сформулированные высшей судебной инстанцией ранее. В частности, п. 14 Обзора ВС РФ 2020 года, разъясняющий, что претензионный порядок приостанавливает течение срока исковой давности, в целом воспроизводит п. 16 Постановления Пленума ВС РФ по вопросам исковой давности⁴.

Наконец, отдельные разъяснения рассматриваемого Обзора и вовсе кажутся самоочевидными, в связи с чем вряд ли имеют большое значение для дальней-

³ Обзор практики применения арбитражными судами положений процессуального законодательства об обязательном досудебном порядке урегулирования спора (утвержден Президиумом Верховного суда Российской Федерации 22.07.2020). Available at: URL: <http://www.suprcourt.ru/documents/all/29136/> (дата обращения: 03.08.2020)

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.09.2015 № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности» // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 12; см. также: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.10.2018 № 305-ЭС18-8026 по делу № А40-43937/2017. Available at: URL: <http://www.kad.arbitr.ru> (дата обращения: 03.08.2020)

шего развития судебной практики. К таким разъяснениям относится, например, п. 13, согласно которому непредставление с исковым заявлением документов, подтверждающих соблюдение истцом досудебного порядка урегулирования спора, при наличии в искомом заявлении сведений о таких документах является основанием для оставления искового заявления без движения.

ВС РФ принял Постановление Пленума № 18 от 22.06.2021, посвященное досудебному урегулированию споров⁵ (далее — Постановление Пленума № 18). Значение данного документа состоит как в решении отдельных насущных проблем судебной практики, так и в том, что виды досудебного урегулирования споров были систематизированы. В частности, было указано, что кроме претензионного порядка до обращения в суд, спор может быть урегулирован посредством медиации, переговоров, в отдельных случаях — посредством обращения в государственные органы или к Уполномоченному по защите прав потребителей финансовых услуг (что, впрочем, не имеет актуальности для арбитражного процесса).

Было бы, правда, наивным утверждать, что Обзор 2020 г. и Постановление Пленума № 18 сняли все проблемные вопросы судебной практики. Тем более, что и Постановление Пленума вряд ли претендует на абсолютную полноту. Указывая, что к досудебному урегулированию относится и обращение в вышестоящий государственный орган (если спор связан с административными правоотношениями), документ не содержит раздела о досудебном урегулировании в административном порядке. Это видится в некотором роде упущением: подобное урегулирование имеет особую актуальность, например, в налоговых спорах (как минимум, в силу своей обязательности). Кроме того, в апреле 2021 г. Правительство Российской Федерации утвердило перечень видов государственного контроля (надзора), для которых досудебное обжалование принимаемых надзорными органами решений с июля 2021 г. является обязательным⁶.

В практике арбитражных судов (преимущественно в судебных постановлениях Арбитражного суда Уральского округа) можно заметить тенденцию к осмыслению целей досудебного порядка урегулирования спора: побуждение сторон самостоятельно урегулировать конфликт, ликвидировать об-

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.06.2021 № 18 «О некоторых вопросах досудебного урегулирования споров, рассматриваемых в порядке гражданского и арбитражного судопроизводства» // Российская газета. 2021. № 144.

⁶ Постановление Правительства Российской Федерации от 28.04.2021 г. № 663 «Об утверждении перечня видов федерального государственного контроля (надзора), в отношении которых обязательный досудебный порядок рассмотрения жалоб применяется с 1 июля 2021 г.». Официальный интернет-портал правовой информации. Available at: URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202105040017?index=1&rangeSize=1> (дата обращения: 08.07.2021)

наружившуюся неопределенность в их отношениях⁷; экономия средств и времени сторон, снижение судебной нагрузки⁸. Остается сожалеть, что эти тезисы не получили закрепления и развития в обобщении высшей судебной инстанции. Цели обязательного досудебного порядка урегулирования спора в Обзоре ВС РФ 2020 г. упоминаются единожды, в п. 8 («целью... является урегулирование спора без вмешательства суда»), что вряд ли можно признать достаточным.

Так или иначе, проблемы судебной практики по вопросам досудебного урегулирования вряд ли решены. Но именно это обстоятельство побуждает к углубленному анализу судебной практики, систематизации сформировавшихся подходов и выявлению противоречий.

1. Теоретический «фундамент» практических проблем досудебного претензионного порядка урегулирования споров

С первого взгляда вопрос о правовых основаниях необходимости соблюдения претензионного порядка кажется очевидным. Обязанность соблюдения данного порядка в силу общего законодательного подхода может быть предусмотрена либо федеральным законом, либо договором. При этом с 2016 года особенностью досудебного претензионного порядка в арбитражном процессе является то, что обязанность его соблюдения может быть прямо предусмотрена не только нормами материального права или договора, но и положениями арбитражного процессуального законодательства. Соответствующий перечень категорий дел, по которым предварительное направление досудебной претензии необходимо, приведен в ч. 5 ст. 4 АПК РФ.

Вместе с тем вопрос о месте претензионного порядка в российской системе права несколько более сложен и приводит не только к теоретическим дискуссиям, но и к затруднениям на практике. Выделим несколько возможных вариантов ответа на этот вопрос.

Досудебная претензия — предмет регулирования процессуального права. В пользу этого тезиса говорит то, что досудебный претензионный порядок урегулирования спора может быть рассмотрен как предпосылка права на иск. Так, несоблюдение обязательного досудебного претензионного порядка

⁷ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 13.03.2020 № Ф09-1010/20 по делу № А07-10645/2019. Available at: URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202105040017?index=1&rangeSize=1> (дата обращения: 08.07.2021)

⁸ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 01.08.2019 № Ф09-4267/19 по делу № А07-24361/2018.; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 28.04.2018 № Ф09-1460/18 по делу № А76-26000/2017. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

урегулирования спора влечет для истца неблагоприятные последствия: возвращение иска (п. 5 ч. 1 ст. 129 АПК РФ), оставление без рассмотрения (п. 2 ч. 1 ст. 148). Отметим, что и сам претензионный порядок внешне выглядит как процедура, предусматривающая алгоритм, определенные этапы и совершение разного рода действий, имеющих юридическое значение.

Вместе с тем процессуально-правовое регулирование досудебной претензии ограничивается указанием на данные неблагоприятные последствия неисполнения претензионного порядка в тех случаях, когда он является обязательным. Специальных правил соблюдения рассматриваемого порядка процессуальное законодательство не содержит. Иными словами, если претензионный порядок и входит в предмет регулирования процессуального права, то не полностью, а лишь в своей финальной части.

Претензионный порядок является составной частью материального права. Этот довод можно обосновать тем, что в материальном законодательстве нередко встречаются указания на необходимость соблюдения претензионного порядка. Яркий пример — иски в сфере перевозок (ст. 797 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)⁹). Проще говоря, если процессуальное законодательство определяет, где у претензионного порядка финиш, то материальное право указывает, где у него может быть старт.

Для оценки соблюдения рассматриваемого порядка большую актуальность имеют и общие положения гражданского законодательства. Так, в одном из дел должник систематически уклонялся от получения претензии, меняя адреса и отказываясь от корреспонденции. Суды, руководствуясь положениями ст. 165.1 ГК РФ о юридически значимых сообщениях¹⁰, заключили, что объективных препятствий для получения претензии не имелось, кредитор сделал все от него зависящее для вручения документа, поэтому требование об обязательном досудебном претензионном порядке следует признать исполненным¹¹.

При этом досудебная претензия вряд ли является «продуктом» исключительно гражданского права. Отчасти претензионный порядок можно рассматривать в системе коммерческого права¹², под которым обычно понимается совокупность общих и специальных правовых норм, регулирующих отношения по осуществлению коммерческой деятельности [Егорова М.А.,

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

¹⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 21.11.2017 № 305-ЭС17-11073 по делу № А40-228538/2016. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

¹² Оставим за рамками настоящей статьи дискуссию о соотношении гражданского и коммерческого права.

2013: 24]. Так, например, направление претензии является следствием «сбоев» в цепочке правоотношений по оплате и передаче товара.

Примечательно, что на материально-правовой специфике досудебного претензионного порядка делает акцент и судебная практика. Так, в одном из Определений Верховный Суд РФ указал, что «досудебный порядок урегулирования экономических споров представляет собой взаимные действия сторон материального правоотношения, направленные на самостоятельное разрешение возникших разногласий»¹³. Из данного тезиса косвенно следует, что основное предназначение претензионного порядка — сохранение и разрешение правового конфликта в рамках материальных правоотношений, без их возможного перехода в процессуальную плоскость. На это указывает и п. 8 упомянутого выше Обзора ВС РФ 2020 г.

Вместе с тем остается очевидным, что нормы материального права содержат лишь обязанность соблюдения претензионного порядка (применительно к отдельным правоотношениям), но алгоритма исполнения этой обязанности не предусматривают. Тем самым невозможно утверждать, что в материальном праве сложилось целостное и системное регулирование претензионного порядка.

Претензионный порядок урегулирования спора — комплексный институт материального и процессуального права. Указанный подход видится наиболее корректным. При рассмотрении претензионного порядка в динамике (и при объединении двух вышеуказанных подходов), можно легко заметить, что отправной точкой данного порядка является некий конфликт в сфере материально-правового регулирования, например, неоплата покупателем полученного товара. Кредитор направляет должнику претензию и затем (в отсутствие добровольного удовлетворения) обращается в суд, который уже рассматривает претензию в системе предпосылок права на иск. В целом же сочетание в претензионном порядке материально-правовых и процессуальных начал было обосновано еще в советской науке [Каллистратова Р.Ф., 1963: 109 с.], что, однако, не снимает практических вопросов соотношения этих начал в правоприменительной деятельности.

Так, и при комплексном подходе к претензионному порядку правовое регулирование алгоритма его соблюдения имеет «слепые пятна». Например, ни материально-правовое, ни процессуальное законодательство не говорят — что именно должно быть указано и обозначено в претензии. Этот вопрос вставал и в судебной практике. Например, в одном из дел ответчик указывал на несоблюдение истцом обязательного досудебного претензион-

¹³ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20.02.2017 № 306-ЭС16-16518 по делу № А49-7569/2016. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

ного порядка: претензия была подписана неизвестным должнику лицом, доверенность на это лицо приложена не была, печать организации-кредитора на ней отсутствовала. Ответчик исходил из того, что документ подобного вида не может быть признан полноценной досудебной претензией. Данные доводы были признаны судами несостоятельными. Суды всех инстанций сошлись во мнении, что действующее законодательство не содержит требований к форме и содержанию досудебной претензии, в связи с чем ссылки на ее пороки не могут быть приняты во внимание¹⁴.

В другом деле арбитражные суды, рассматривая аналогичную ситуацию, указали, что если у должника возникают сомнения в подлинности досудебной претензии, полномочиях направившего ее лица, то необходимо принять меры по взаимодействию с истцом и уточнению неясных вопросов относительно полученного документа. Непринятие подобных мер и последующее указание на пороки претензии свидетельствуют, по мнению судов, о недобросовестном поведении должника-ответчика¹⁵.

Между тем Постановление Пленума ВС РФ №18 несколько скорректировало данный подход. Так, согласно п. 6 данного документа «требование, претензия, заявление, жалоба или иной документ должны быть подписаны лицом, уполномоченным на их подписание. Полномочие лица может следовать, в частности, из доверенности, закона либо акта уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления». В пункте 17 Постановление дополнительно уточняет, что если согласно действующему законодательству к требованию, направляемому в порядке досудебного урегулирования, должны быть приложены определенные документы, то такой порядок считается соблюденным только если досудебная претензия была направлена вместе с ними.

При этом п. 17 содержит оговорки, согласно которыми представление приложений к досудебной претензии в более сокращенном, чем предусмотрено федеральным законом, виде является допустимым, если: 1) пакет документов с очевидностью свидетельствует о существовании и размере заявленных требований; 2) часть документов, которые согласно федеральному закону необходимо приложить к досудебной претензии, находится у ответчика; 3) часть документов, которые согласно федеральному закону необходимо приложить к досудебной претензии, находится в государственных учреждениях.

¹⁴ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 28.11.2019 по делу № А83-20189/2018. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

¹⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.02.2020 № Ф05-23211/2019 по делу № А40-108499/2019. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

Данные уточнения можно только поддержать как избавляющие правоприменительную практику от формализма и создания ненужных бюрократических препятствий. Правда, перечень случаев, при которых допускается направление вместе с претензией сокращенного пакета прилагаемых документов, можно было оставить открытым.

Так или иначе не вызывает сомнений практическая целесообразность закрепления алгоритма досудебного претензионного порядка в соответствующем договоре, указания в нем требований к форме и содержанию претензии, обозначению адреса, по которому она должна отправляться, включения иных значимых, по мнению сторон, вопросов. Например, при разрешении спора между Департаментом по имущественным и земельным отношениям Севастополя и обществом «Ликс-лайн» суд руководствовался положением заключенного между сторонами договора, который предусматривал подробные положения о порядке обмена корреспонденцией¹⁶. Вместе с тем в текущей правоприменительной практике положения договоров о соблюдении претензионного порядка отличаются излишней лаконичностью, что создает риски разного рода трудностей в последующей судебной защите.

Как было отмечено выше, являясь комплексным материально-правовым и процессуальным институтом, обязательный досудебный претензионный порядок урегулирования спора направлен на разрешение правового конфликта именно в материально-правовой плоскости, без возникновения необходимости в судебной защите. Тем самым в общетеоретическом понимании рассматриваемый порядок является классическим правовым стимулом. Так, в теории права правовой стимул рассматривается как правовое побуждение к законопослушному поведению, создающее для удовлетворения собственных интересов субъекта режим благоприятствования [Малько А.В., 1997: 72]. Нетрудно заметить, что смысл обязательного досудебного претензионного порядка вполне вписывается в данное понимание: законодатель побуждает кредитора самостоятельно добиться (или по крайней мере попытаться добиться) разрешения правового конфликта, что, возможно, приведет к выполнению требований и предотвратит необходимость обращения в суд.

Более того, общая теория права исходит из того, что правовые стимулы неразрывно связаны с правовыми ограничениями, общий смысл которых состоит в установлении границ, рамок, пределов дозволенного поведения. Как отмечается в теоретико-правовой доктрине, если правовые стимулы служат удовлетворению собственных интересов субъекта, то правовые ограничения служат удовлетворению интересов «контрсубъекта» [Малько А.В.,

¹⁶ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 25.10.2018 № Ф10-5012/2018 по делу № А84-1434/2018. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

2018: 239]. Данный тезис также вполне применим к обязательному досудебному претензионному порядку урегулирования спора. Рассматриваемый порядок стимулирует кредитора и должника к самостоятельному разрешению спора, что, насколько возможно судить, полностью отвечает их интересам. Если же кредитор игнорирует обязанность соблюдения данного порядка, то актуализируются корреспондирующие интересы «контрсубъекта» — судебной системы, заинтересованной в рассмотрении и разрешении только тех дел, в которых стороны не смогли прийти к соглашению самостоятельно¹⁷. Кредитор, как следствие, сталкивается с ограничением возможности получения судебной защиты. В качестве контрсубъекта в правовых ограничениях вполне может быть рассмотрен и должник, готовый добросовестно исполнить предъявленные к нему требования, однако при этом вынужденный по причине поспешности кредитора сталкиваться с судебной процедурой.

Еще один общетеоретический подход к обязательному досудебному претензионному порядку урегулирования спора может быть сформулирован в совокупности с учением о патернализме, точнее — в свете необходимости преодоления патерналистских настроений в вопросах получения судебной защиты. Теория права определяет патернализм как «социально-психологический и социокультурный феномен, в основе которого — стремление человека жить за счет государственной поддержки и одновременно доверять государству устройство собственной жизни, поступаясь при этом частью своих прав» [Вовк В.Н., 2010: 8]. Вместе с тем не только в доктрине, но и в заявлениях первых лиц государства отмечается, что патерналистские настроения заметно тормозят движение вперед [Медведев Д.А., 2020].

С точки зрения теорий, формирующихся непосредственно в процессуальном праве (и в частности в арбитражном процессе), обязательный досудебный претензионный порядок отчасти может быть рассмотрен как средство реализации концепции совместной ответственности суда и сторон за результат рассмотрения дела. Смысл этой концепции состоит в том, что стороны разделяют с судом ответственность за «обеспечение справедливого, эффективного и разумно быстрого завершения производства по делу»¹⁸. В зарубежной процессуальной науке совместная ответственность суда и сторон рассматривается как качественно новая парадигма судебного разбирательства, обеспечивающая его общую эффективность [Uzelac A., 2017: 7]. В российской доктрине данная концепция пока только начинает находить осмысление и обоснование, однако уже рассматривается в контексте прин-

¹⁷ Отметим, что вопрос о том, есть ли у судебной системы (судебной власти, органов правосудия и т.п.) собственные интересы, является неоднозначным и требует отдельного научного осмысления и рассмотрения.

¹⁸ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Available at: URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> (дата обращения: 19.06.2020)

ципов процесса, доступности правосудия и других фундаментальных начал судебной защиты.

Традиционно совместная ответственность суда и сторон за результат рассмотрения дела рассматривается в контексте уже начатого судебного разбирательства. Вместе с тем, данная концепция в перспективе может быть экстраполирована и на досудебный этап правового конфликта как минимум того, что добросовестные, профессиональные субъекты права все же, прежде чем обращаться в суд принимают самостоятельные меры к защите своих прав и законных интересов.

Итак, в общетеоретическом плане закрепленный в современном АПК РФ обязательный досудебный претензионный порядок урегулирования спора не является чем-то экстравагантным. Обратим при этом внимание, что практической целью данного порядка зачастую декларируется снижение нагрузки на суды [Абознова О.В., 2019: 117]. Насколько эта цель достигнута и достигается, судить трудно: удовлетворенные должником досудебные претензии, в итоге не ставшие приложением к исковому заявлению, официальному учету не поддаются.

2. Обязательность и необязательность досудебного претензионного порядка урегулирования экономического спора

При введении претензионного порядка в АПК РФ перед законодателем стояла задача разграничить случаи, когда данный порядок является обязательным, и случаи, когда он не требуется. Первая попытка решения этого вопроса была в целом неудачной. Так, соблюдение рассматриваемого порядка признавалось арбитражным процессуальным законодательством, обязательным для «споров, возникающих из гражданских правоотношений». Подобная формулировка оказалась чрезмерно широкой и провоцировала практические проблемы. Например, сначала в правоприменительной деятельности¹⁹, а затем и в доктрине [Андреева Т.К., 2017: 4–8] встал вопрос — должен ли прокурор соблюдать претензионный порядок при обращении в суд с требованием, имеющим гражданско-правовую природу.

Кроме того, в практике вставали вопросы о том, применяется ли требование соблюдения обязательного досудебного претензионного порядка к исковым заявлениям об установлении границ земельного участка и о признании права отсутствующим, а также о признании договоров недействи-

¹⁹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20.02.2017 № 306-ЭС16-16518 по делу № А49-7569/2016. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

тельными, незаключенными²⁰. Фактически положение ч. 5 ст. 4 о «спорах, возникающих из гражданских правоотношений», ничего кроме бюрократического формализма не создавало. По перечисленным выше категориям дел удовлетворение заявленных требований возможно лишь в судебном порядке, поэтому что именно мог просить кредитор у должника в претензии и что именно мог сделать должник в ответ на претензию, оставалось неясным.

Следует признать, что на указанные проблемы законодатель отреагировал оперативно. Уже в июле 2017 г. в ч. 5 ст. 4 АПК РФ были внесены изменения, уточнившие, что обязательный досудебный претензионный порядок распространяется на «гражданско-правовые споры о взыскании денежных средств по требованиям, возникшим из договоров, других сделок, вследствие неосновательного обогащения». Параллельно был расширен перечень категорий дел, на которые требования об обязательном досудебном претензионном порядке не распространяется: в «льготные» категории попали и дела по заявлениям прокурора, обращающегося в защиту публичных интересов, прав и законных интересов организаций и граждан в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности²¹.

Отдельно остановимся на вопросе соотношения приказного производства и досудебного претензионного порядка урегулирования спора. Поправки 2017 г. закрепили, что по делам приказного производства предварительное направление досудебной претензии не требуется. Ранее аналогичный подход был закреплён и в судебной практике на уровне Постановления Пленума Верховного Суда РФ²². В доктрине такой подход был поддержан. В частности, констатировалось, что «обращение в суд в порядке приказного производства приравнивается по своему значению к соблюдению досудебного порядка урегулирования, т.е. само приказное производство является аналогом претензионного порядка» [Крымский Д.И., 2017: 37].

Согласимся с этим тезисом лишь частично. Для судебной практики, напротив, полезнее, если бы претензионный порядок был обязательным и для дел приказного производства. Так, при поступлении в арбитражный суд заявления о выдаче судебного приказа (и соответствующих приложений), первая задача, возникающая перед судьей, состоит в установлении наличия

²⁰ Протокол № 12 заседания Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Московского округа от 25.11.2016. Available at: URL: <https://fasmo.arbitr.ru/node/15649> (дата обращения: 07.07.2020)

²¹ Федеральный закон от 01.07.2017 № 147-ФЗ «О внесении изменений в статьи 1252 и 1486 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 4 и 99 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2017. № 27. Ст. 3944.

²² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2016 № 62 «О некоторых вопросах применения судами положений Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации о приказном производстве» // Бюллетень ВС РФ. 2017. № 2.

или отсутствия спора о праве. Решается эта задача исключительно посредством анализа поступивших документов. Думается, что позицию должника относительно требований взыскателя (кредитора) можно было бы вполне понять по его реакции на досудебную претензию. Например, в своем ответе должник мог бы признать наличие задолженности, но сослаться на отсутствие денежных средств — такое поведение было бы достаточным основанием выдачи судебного приказа. Если должник оставляет претензию без ответа, то подобную пассивную реакцию в силу общего подхода арбитражного процессуального законодательства²³ также следует рассматривать как фактическое признание долга.

В судебной практике встречались также вопросы, связанные с применением ч. 5 ст. 4 АПК РФ во времени. Так, в рамках дела № А41-30231/2017 Арбитражным судом Московской области рассматривались исковые требования о признании недействительными сделок. Исковое заявление было подано в апреле 2017 года, когда претензионный порядок был обязательным для «споров, возникающих из гражданских правоотношений». Вместе с тем досудебная претензия истцом ответчикам не направлялась. Суд первой инстанции, вынося судебный акт в июле 2017 года, сделал вывод о неисполнении истцом обязанности, предусмотренной ч. 5 ст. 4 АПК РФ и оставил исковое заявление без рассмотрения.

Суды апелляционной и кассационной инстанций такой подход признали чересчур формальным. К моменту вынесения судом первой инстанции определения в указанную норму АПК РФ были внесены изменения, и досудебный претензионный порядок стал обязательным лишь в отдельных категориях споров о взыскании денежных средств. Требования истца к данным категориям больше не относились, и обязанности по направлению досудебной претензии ответчикам в силу нового законодательного подхода уже не было. В связи с этим в оставлении без рассмотрения никакой практической целесообразности не имело²⁴. Повторятся ли такие ситуации на практике или нет, зависит исключительно от стабильности процессуального законо-

²³ В силу ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существа заявленных требований. Аналогичный подход закреплен в упомянутом Постановлении Пленума по вопросам приказного производства, согласно которому «требование взыскателя следует рассматривать как признаваемое должником, если несогласие с заявленным требованием и обосновывающими его доказательствами не вытекает из представленных в суд документов» (п. 4).

²⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.01.2018 № Ф05-20728/2017 по делу № А41-30231/2017. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

дательства. Если положения ч. 5 ст. 4 АПК РФ будут оставаться неизменными, то вряд ли можно ожидать в будущем рецидива подобных проблем.

Таким образом, вопрос о соотношении случаев обязательной и необязательной реализации досудебного претензионного порядка вряд ли можно признать окончательно решенным. Вероятно, как доктрина, так и правоприменительная практика вернутся к этому вопросу еще не раз.

3. Досудебная претензия и схожие юридические документы. Форма и содержание досудебной претензии

В большом числе материальных правоотношений используются документы, в которых одна сторона правоотношений пытается побудить другую сторону совершить те или иные юридически значимые действия. Тем самым возникает необходимость уяснить, можно ли рассматривать подобные документы как досудебную претензию по смыслу ч. 5 ст. 4 АПК РФ или они относятся к деловой переписке сторон.

Например, подобное разграничение актуально для алгоритма прекращения правовой охраны неиспользуемого товарного знака. Так, в силу ч. 1 ст. 1486 ГК РФ заинтересованное лицо (потенциальный истец) обязано направить правообладателю (потенциальному ответчику) предложение обратиться в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности с заявлением об отказе от права на товарный знак либо заключить с заинтересованным лицом договор об отчуждении исключительного права на товарный знак.

Суд по интеллектуальным правам нередко рассматривает указанное предложение в контексте необходимости соблюдения обязательного досудебного порядка урегулирования спора. Так, в деле общества «Центр современной косметологии» предложение правообладателю предварительно направлено не было²⁵, а в деле общества «Группа компаний ПТИ» данный документ был направлен лишь накануне обращения истца в суд с исковым заявлением²⁶. В обеих ситуациях суды сделали вывод о несоблюдении требований ч. 5 ст. 4 АПК РФ, что явилось препятствием для рассмотрения соответствующих исковых заявлений по существу.

²⁵ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 17.03.2020 № C01-121/2020 по делу № СИП-572/. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

²⁶ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 13.03.2020 № C01-74/2020 по делу № СИП-30/2020. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

В споре о товарном знаке «PRESTO» Суд по интеллектуальным правам, рассмотрев сроки направления предложения и прилагаемые к нему документы, напротив, признал обязательный досудебный претензионный порядок соблюденным. Более того, в решении по данному спору вновь было отмечено, что ни гражданское, ни процессуальное законодательство не содержат развернутых требований к форме и содержанию досудебной претензии (в данном случае — предложения), в связи с чем ссылки ответчика на недостатки направленного истцом документа не могут быть приняты во внимание²⁷. Аналогичную позицию Суд по интеллектуальным правам обозначил ранее в споре вокруг исключительных прав на изображения мультипликационных персонажей «Аленки», «Вари», «Маши» и «Снежка»²⁸.

Сходные с досудебной претензией документы встречаются и в других правоотношениях. Например, требование бенефициара об уплате денежной суммы по независимой гарантии (ст. 374 ГК РФ) также рассматривается судами в качестве досудебной претензии. Суды, в частности, исходят из того, что направление указанного требования по смыслу ч. 5 ст. 4 АПК РФ является достаточным для признания досудебного порядка урегулирования спора соблюденным и дополнительного направления каких-либо документов не требуется²⁹.

В качестве документов, свидетельствующих о реализации обязательного досудебного порядка урегулирования спора, судами признавались уведомление об уступке прав требования³⁰, требование о возврате завышенной стоимости работ³¹, заявление о недостатках в связи с ненадлежащим качеством работ³² и т.д. Многообразие «содержательно претензионных» документов в материальных правоотношениях и в то же время отсутствие в процессуальном праве четких требований к форме и содержанию претензии поставили

²⁷ Решение Суда по интеллектуальным правам от 29.05.2020 по делу № СИП-1086/2019. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

²⁸ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 14.02.2020 № С01-1477/2019 по делу № А40-50819/2019. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

²⁹ Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утвержден Президиумом Верховного суда РФ 05.06.2019) // Бюллетень ВС РФ. 2019. № 11.

³⁰ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 28.12.2018 № Ф10-6016/2018 по делу № А08-9003/2018; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 26.12.2018 № Ф10-6017/2018 по делу № А08-9004/2018. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

³¹ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 18.06.2018 № Ф10-1951/2018 по делу № А64-1420/2017. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

³² Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 05.08.2019 № Ф09-3574/19 по делу № А07-21172/2018. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

перед судебной практикой новую задачу: выработку своего рода минимального стандарта, требованиям которого должен отвечать документ, чтобы быть квалифицированным в качестве досудебной претензии.

Периодически в практике встречается формальный подход, согласно которому досудебная претензия должна иметь в наименовании слово «ПРЕТЕНЗИЯ». Этот подход, к счастью, не получил распространения, а наименование претензии если и принимается судом во внимание, то в совокупности с иными аспектами документа³³. Постановление Пленума № 18 окончательно закрепило, что не является соблюдением досудебного порядка урегулирования спора направление сообщения, носящего информационный характер (п. 4).

Ключевыми признаками досудебной претензии, выделяемыми в судебной практике, являются, во-первых, обозначение требований кредитора, адресованных должнику; во-вторых, акцент на намерении обратиться в суд в случае неудовлетворения заявляемых требований. Именно по этим признакам в правоприменительной деятельности разграничиваются претензии, которые могут быть признаны реализацией ч. 5 ст. 4 АПК РФ, и иные документы, в которых кредитор высказывает неудовлетворение действиями должника.

Так, например, в споре между Банком «Открытие» и предпринимателем С.И. Котолупенко суд кассационной инстанции квалифицировал как досудебную претензию документ, поименованный как «требование о погашении задолженности». В указанном документе содержалось как конкретное требование банка, так и обращалось внимание на намерение обратиться в суд. Поскольку данный документ был направлен по надлежащим адресам, предписания ч. 5 ст. 4 АПК РФ кассационная инстанция признала исполненными³⁴.

В другом деле судебные инстанции, напротив, критически оценили документ (письмо), направленный кредитором должнику, и указали, что в нем отсутствуют ссылки на намерение впоследствии обратиться в суд. Это дало основания сделать вывод о несоблюдении обязательного досудебного претензионного порядка³⁵.

Любопытный маневр наблюдался в деле Арбитражного суда Приморского края по спору между обществом «Приморские коммунальные системы» и Почтой России. Кредитор направил должнику документ, поименованный

³³ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.02.2019 № Ф05-639/2019 по делу № А40-172721/2018. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

³⁴ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24.11.2017 № Ф04-5364/2017 по делу № А81-4438/2017. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

³⁵ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 16.12.2016 по делу № А41-40287/16. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

как исковое заявление, по форме и содержанию полностью тождественный исковому заявлению. При этом данный документ имел сноску-примечание: «Настоящее исковое заявление является одновременно претензией, адресованной ответчику в порядке части 5 статьи 4 АПК РФ». Вместе с тем суды всех инстанций такой подход оценили критически, и досудебный претензионный порядок признали неисполненным. Основной ошибкой истца было, в частности, то, что указанный комбинированный документ был одновременно направлен и должнику, и в арбитражный суд³⁶. Вместе с тем, если бы он был отправлен заблаговременно (как минимум за 30 дней, как предписывает АПК РФ), то вряд ли бы суды были столь категоричны в своих выводах. Не является открытием и то, что нередко кредиторы для оказания психологического воздействия на должника прилагают к претензии проект искового заявления.

Наконец, говоря о форме досудебной претензии, не вызывает сомнений, что она не может быть устной. Можно было бы, конечно, рассуждать о перспективах досудебной претензии, переданной телефонограммой, но в настоящее время такой вид связи уже не актуален.

Вместе с тем стоит обратить внимание на п. 5 Обзора ВС РФ 2020 г., допускающий возможность направления досудебной претензии на электронную почту, если «такой порядок явно и недвусмысленно установлен в договоре». Такое разъяснение заслуживает поддержки. С одной стороны, оно обеспечивает диспозитивность сторон в вопросах выбора порядка реализации претензионного порядка. С другой стороны, страхует должника (будущего ответчика) от разного рода сюрпризов в виде недобросовестных действий кредитора. Обратим внимание, что ранее аналогичный подход утвердился в судебной практике арбитражных судов Уральского округа³⁷.

Однако взаимодействие сторон может осуществляться не только через электронную почту, но и через другие средства коммуникации — WhatsApp, Viber, социальные сети. Остается неясным, может ли к этим средствам связи быть применен по аналогии п. 5 Обзора ВС РФ 2020 г. или нет? Наконец, и насчет электронной почты разъяснения ВС РФ оставили некоторую недосказанность. Предполагает ли правовая позиция высшей судебной инстанции, что претензия должна быть прикреплена отдельным документом к письму? Или достаточно направить электронное письмо без приложений, но с кратким текстом о том, что должнику пора платить, и если он не заплатит, то кредитор обратится в суд? На этот вопрос в судебной практике пока нет недвусмысленного ответа.

³⁶ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 11.07.2017 № Ф03-2627/2017 по делу № А51-1553/2017. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

³⁷ Рекомендации № 1/2019 Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Уральского округа (Применение Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации). Available at: URL: <https://fasuo.arbitr.ru/about/nks/rekom> (дата обращения: 17.08.2020)

Еще одна недосказанность разъяснения п. 5 Обзора ВС РФ 2020 г. связана с тем, что, казалось бы, конкретные указания о необходимости «явного и недвусмысленного» закрепления возможности направления досудебной претензии на электронную почту, на деле конкретными не являются. Примечательным, например, является спор общества «Тезко» (истец) и общества «ОТИ-Логистика» (ответчик). Кредитор направил должнику досудебную претензию по электронной почте, однако суд первой инстанции признал досудебный претензионный порядок не соблюденным. Суд, в частности, не нашел в договоре между сторонами указаний на то, что досудебная претензия может быть направлена на электронную почту. Вместе с тем суд апелляционной инстанции определение первой инстанции отменил, указав на то, что договором предусмотрена возможность направления юридически значимых сообщений на электронную почту (и были указаны соответствующие адреса). Суд округа поддержал выводы апелляционного постановления, отметив, что обмен документами через электронную почту «прочно вошел в практику сторон», а условие о направлении юридически значимых сообщений посредством электронной почты может быть распространено и на досудебную претензию³⁸.

Этот подход впоследствии был воспринят Постановлением Пленума № 18, в п. 13 указавшего, что направление досудебной претензии посредством электронной почты, через социальные сети или мессенджеры допускается если данный способ переписки является обычной сложившейся деловой практикой сторон, и ранее обмен корреспонденцией осуществлялся в том числе таким образом.

Тем не менее актуальность сохраняет вопрос: должна ли быть в договоре оговорена возможность направления по электронной почте именно досудебной претензии или достаточно в целом упоминания о том, что юридически значимые документы могут направляться таким образом? Ответа на этот вопрос в разъяснениях также не дается, что может повлечь противоречия в дальнейшем развитии судебной практики.

4. Соотношение содержания претензии и иска. «Срок годности» досудебной претензии

Часто в судебной практике встает вопрос: можно ли признать претензионный порядок соблюденным, если общее содержание досудебной претензии и общее содержание искового заявления различаются.

³⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.11.2019 № Ф05-19839/2019 по делу № А40-144943/2019. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

Для ответа следует обратить внимание, что в досудебной претензии по аналогии с иском можно выделить основание и предмет³⁹. Под основанием претензии, как и под основанием иска, можно понимать фактические обстоятельства, которыми истец (пока еще потенциальный) обосновывает свои требования. При этом правовая квалификация данных обстоятельств хоть и не бывает лишней, но временами все-таки бывает нецелесообразной. Так, если в договоре между сторонами указано, что покупатель обязуется оплатить товар до 31 марта, то при направлении претензии в мае вряд ли есть большая необходимость дополнительно с помощью норм права обосновывать пропуск срока оплаты.

Судебная практика обоснованно исходит из того, что основание досудебной претензии⁴⁰ и основание иска должны совпадать. Подача иска с иными фактическими обстоятельствами, чем были в претензии, вводит должника (ответчика) в откровенное заблуждение о сути конфликта, а иногда и свидетельствует о недобросовестных действиях кредитора (истца).

Так, например, в рамках дела № А40-233324/2019 апелляционная инстанция согласилась с выводом суда первой инстанции о несоблюдении истцом досудебного претензионного порядка в силу того, в претензии истец обосновывал иск невыполнением одной части работ, а в иске — другой⁴¹. В деле № А55-2177/2019 суды, напротив, установили, что товарно-транспортные накладные, на которые истец ссылаясь в претензии, и товарно-транспортно-накладные, которыми обосновывались исковые требования, совпадают, что дает основания признать досудебный претензионный порядок соблюденным⁴².

Несколько более трудным выглядит вопрос о соотношении предмета иска и требований претензии. Подобная ситуация с точки зрения подходов арбитражных судов — явление не только допустимое, но и объективно обусловленное. Например, понятно, что после направления претензии с течением времени могут увеличиваться суммы неустоек, процентов за пользование чужими денежными средствами и т.п. Практика однозначно исходит из того, что размер исковых требований и размер «претензионных» требований вполне могут различаться⁴³.

³⁹ Оставим за рамками настоящего исследования хроническую дискуссию процессуального права о том, является ли содержание отдельным и самостоятельным элементом иска.

⁴⁰ Обратим внимание, что судебная практика не оперирует термином «основание досудебной претензии», а оперирует формулировками «указание на материально-правовой спор», «существо требования» и т.п.

⁴¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.03.2020 № 09АП-9408/2020 по делу № А40-233324/. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

⁴² Определение Верховного Суда РФ от 20.07.2020 № 306-ЭС20-10001 по делу № А55-2177/. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

⁴³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.01.2019 № 09АП-67637/2018, 09АП-67909/2018 по делу № А40-174587/18; Постановление Арбитражного

Обзор ВС РФ 2020 г. о допустимости подобной ситуации говорит трижды: в п. 10 применительно к требованиям о компенсации за нарушение исключительных прав (причем обращается внимание, что сумму требований в претензии приводить необязательно, а достаточно лишь предложения урегулировать спор); в п. 11 речь идет в целом о возможности несовпадения сумм требования в претензии и в иске; в п. 15 говорится, что ответчик может частично погасить образовавшуюся задолженность, связи с чем изменение исковых требований (в сторону уменьшения) понятно и очевидно.

Постановление Пленума № 18, закрепляя данные подходы, сформулировало разъяснение более общего характера: п. 14 указывает, что «если в обращении содержится указание на конкретный материально-правовой спор, связанный с нарушением прав истца, и предложение ответчику его урегулировать, несовпадение сумм основного долга, неустойки, процентов, указанных в обращении и в исковом заявлении, само по себе не свидетельствует о несоблюдении обязательного досудебного порядка урегулирования спора». При этом еще в 2017 году Арбитражный суд Уральского округа, обобщая судебную практику, также заключил, что увеличение размера исковых требований ввиду дополнительного начисления периодических платежей не влечет обязанности повторного соблюдения досудебного претензионного порядка урегулирования споров⁴⁴.

Рассмотренный подход сам по себе выглядит вполне обоснованным, разумным и объективно обусловленным. Вместе с тем постепенное развитие судебной практики по вопросам досудебного претензионного порядка показало, что допущение несовпадения требований иска и требований претензии предполагает подводные камни.

Так, в течение какого срока после истечения срока, указанного в претензии, кредитор должен обратиться в суд? С первого взгляда, серьезной проблемы здесь нет: как только истек период, обозначенный в претензии, истец получает право в любое удобное ему (как правило, до истечения срока исковой давности) время предъявить иск в суд. Но возможно и иное прочтение: не самый добросовестный кредитор, видя, что должник платить не намерен, специально оттягивает момент подачи искового заявления в суд, понимая, что тем самым увеличится, например, сумма подлежащей взысканию неустойки.

суда Уральского округа от 25.06.2020 № Ф09-1903/20 по делу № А76-32228/2019; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.08.2019 № Ф05-10322/2019 по делу № А41-25057/2018; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.04.2019 № Ф07-3762/2019 по делу № А42-3892/2018. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

⁴⁴ Рекомендации № 2/2017 Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Уральского округа. Available at: URL: <https://fasuo.arbitr.ru/about/nks/rekom> (дата обращения: 17.08.2020)

Вероятно, в подобной ситуации первоочередной задачей суда является оценка поведения кредитора и должника после истечения срока, указанного в досудебной претензии. Очевидно, что и по завершении данного срока стороны не лишены возможностей урегулирования спора иными внесудебными путями (например, продолжением и интенсификацией переговоров). Если суд установит, что кредитор продолжал активные действия по побуждению должника к исполнению требований, то вряд ли запоздалое обращение в суд можно признать недобросовестным.

В другой же ситуации, если указанный в претензии период истек, а кредитор в течение длительного времени не обращается в суд и не взаимодействует с должником, то причины подобного поведения могут быть предметом обсуждения в судебном заседании, в том числе и поводом к снижению размера взыскиваемой неустойки в порядке ст. 333 ГК РФ.

Так или иначе, описанная ситуация относится к тем проблемам досудебного претензионного порядка, которые в практике пока не проявились, но имеют все шансы на последующую актуализацию.

5. Последствия несоблюдения досудебного претензионного порядка и проблема их целесообразности

Арбитражное процессуальное законодательство содержит следующие последствия несоблюдения обязательного досудебного претензионного порядка урегулирования спора: возвращение искового заявления (п. 5 ч.1 ст. 129 АПК РФ); оставление искового заявления без рассмотрения (п. 2 ч.1 ст. 148 АПК РФ).

Между тем после внесения в 2016 году изменений в ч. 5 ст. 4 АПК РФ у судов постепенно стали вставать вопросы — всегда ли необходимы столь жесткие последствия для истца при несоблюдении им досудебного претензионного порядка. Фактически в правоприменительной деятельности суды нередко оказывались перед выбором: либо руководствоваться формально императивными требованиями о том, что спор в определенных законом случаях может быть передан на рассмотрение суда только после прохождения процедуры досудебного урегулирования. Либо же исходить из общих целей данной процедуры, которые также начали находить осмысление в судебной практике: наиболее быстрое, без вмешательства суда, разрешение спора, обеспечение процессуальной экономии и т.п. Данный вариант предполагал к тому же оценку степени конфликта между сторонами и вместе с ним — возможности внесудебного урегулирования.

Например, рассматриваемая проблематика оказалась особенно актуальной в практике Арбитражного суда Московской области. Нередко возника-

ла ситуация, при которой вопрос о несоблюдении досудебного претензионного порядка вставал, когда судебное разбирательство было в самом разгаре и уже проделало определенный путь. В конечном счете в качестве основного был сформулирован подход, согласно которому несоблюдение досудебного претензионного порядка «не является безусловным основанием для оставления искового заявления без рассмотрения». Судьям было рекомендовано исходить из первоочередного значения права на судебную защиту, а также из целесообразности достижения процессуальной экономии⁴⁵. Иными словами, указанный подход направлен на предотвращение откровенного формализма при рассмотрении арбитражными судами экономических споров, при котором соблюдение претензионного порядка не способствует снятию конфликта между сторонами, но при этом внезапно становится самоцелью. Думается, что идея о том, что само по себе несоблюдение досудебного претензионного порядка не является безусловным основанием для оставления без рассмотрения, могла бы быть распространена на судебную практику в целом.

Острой в судебной практике была проблема соотношения института встречного иска и досудебного урегулирования. Вопрос состоял в том, нужно ли ответчику перед предъявлением встречного иска направлять претензию. Ответ на этот вопрос сам по себе очевиден: претензия направляется в рамках досудебного урегулирования. На момент предъявления встречного иска все досудебные процедуры уже пройдены, поэтому необходимость направлять претензию прежде чем предъявлять встречный иск выглядит странной. Тем более, что и посвященная встречному иску ст. 132 АПК РФ ни слова не говорит о предварительном направлении претензии

Между тем, п. 17 Обзора ВС РФ 2020 г. сформулировал иной подход: «Если встречное исковое требование основано на тех же правоотношениях, что и первоначальный иск, и из содержания ответа на претензию по первоначальному иску усматривается существо предъявленного встречного требования, то возможно принятие судом встречного иска без соблюдения заявителем досудебного порядка урегулирования спора, предусмотренного ч. 5 ст. 4 АПК РФ».

В судебной практике имели место другие подходы. Трезвой видится позиция Арбитражного суда Уральского округа, изложенная в постановлении по делу № А47-13153/2015. Суд кассационной инстанции, во-первых, отказался давать расширительное толкование условиям принятия встречного иска к рассмотрению, предусмотренным ч. 3 ст. 132 АПК РФ. Во-вторых, суд округа исходил из того, что досудебный претензионный порядок нужен в

⁴⁵ Рекомендации, выработанные на заседании Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Московской области 25.05. 2018. Available at: URL: <https://asmo.arbitr.ru/node/15875> (дата обращения: 17.08.2020)

тех случаях, когда есть объективные возможности урегулировать конфликт вне судебных процедур, а когда дело уже находится на рассмотрении суда, то очевидно, что подобная возможность уже утрачена⁴⁶. Более того, в комментариях к этому делу в литературе, в частности, отмечалось, что ответная реакция истца на претензию ответчика (предваряющую встречное исковое заявление) сама по себе слишком предсказуема, в связи с чем возложение на ответчика обязанности проходить претензионный порядок в подобной ситуации выглядит странным [Абознова О.В., 2019: 147]. Действительно, очень трудно вообразить, чтобы истец вдруг согласился исполнить требования по претензии ответчика. С учетом того, что встречные иски направлены к зачету первоначальных, в подобной ситуации явно встал бы вопрос о судьбе изначального иска.

Указанная проблема была решена Постановлением Пленума № 18, которое в п. 24 воспроизвело наиболее рациональные подходы судебной практики: «Соблюдение досудебного порядка урегулирования спора при подаче встречного иска не требуется, поскольку встречный иск предъявляется после возбуждения производства по делу и соблюдение такого порядка не будет способствовать достижению целей досудебного урегулирования». Подобное разъяснение можно только поддержать.

Колебания подходов судебной практики наблюдались и в вопросе о том, нужно ли повторно соблюдать претензионный порядок, если из процесса выбывает ненадлежащий ответчик и вместо него вступает надлежащий. Пункт 16 Обзора ВС РФ 2020 г. содержит разумное разъяснение: в данных случаях соблюдения претензионного порядка не требуется.

Далее высшая судебная инстанция пытается сконструировать исключения из этого разъяснения, указывая, что если истец вел себя недобросовестно, намеренно предъявил иск к ненадлежащему ответчику (и направил досудебную претензию ненадлежащему ответчику), то новый ответчик вправе ставить вопрос о том, что претензионный порядок все же должен был быть соблюден и по отношению к нему. Последствием несоблюдения претензионного порядка в данном случае было указано возложение судебных расходов на недобросовестного истца.

В Постановлении Пленума №18 ВС РФ пересмотрел подход, предполагающий необходимость установления добросовестности истца при предъявлении иска к ненадлежащему ответчику. Пункт 25 содержит лаконичное и вполне рациональное указание: «несоблюдение истцом досудебного порядка урегулирования спора в отношении вступающего в дело надлежащего ответчика, по общему правилу, не является основанием для оставления исково-

⁴⁶ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 04.08.2017 № Ф09-5063/17 по делу № А47-13153/. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Kad/PdfDocument/> (дата обращения: 08.07.2021)

го заявления без рассмотрения». При этом в данное разъяснение включены гарантии и для вступающего в процесс надлежащего ответчика: если он докажет, что был готов удовлетворить требования без судебной процедуры, но по вине истца был лишен такой возможности, то истец теряет право на взыскание судебных издержек вне зависимости от исхода дела. Таким образом, в отличие от Обзора 2020 г. в Постановлении Пленума № 18 было конкретизировано, что вопрос о возможной недобросовестности истца должен поднимать надлежащий ответчик (и, надо полагать, на нем лежит бремя доказывания злоупотребления истцом правами).

Пожалуй, в данных разъяснениях ВС РФ в некотором смысле «изобретает велосипед». Пункт 16 Обзора ВС РФ 2020 г. выглядел бы вполне логичным и завершенным и без попыток найти исключения из общего правила об отсутствии необходимости соблюдать претензионный порядок по отношению к новым ответчикам. Ситуации, при которых истец умышленно, демонстрируя недобросовестное поведение, подает иск к ненадлежащему ответчику, представить трудно, и в практике они не распространены.

Так или иначе Обзор ВС РФ 2020 г. и Постановление Пленума № 18 изменили наметившиеся в судебной практике тенденции. В частности, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.12.2017 №58 «О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» содержало разъяснение — если к участию в деле в качестве соответчика привлекался причинитель вреда, то досудебный претензионный порядок должен быть соблюден по отношению и к нему. В противном случае исковое заявление следует оставлять без рассмотрения⁴⁷. Пункт 16 Обзора ВС РФ 2020 г. предотвратил распространение этой практики на другие виды правоотношений. Правда, теперь судам в страховых спорах придется решать вопрос о том, что же имеет приоритетное значение: Обзор ВС РФ 2020 г. и Постановление Пленума № 18 по досудебному порядку урегулирования споров или неотмененные разъяснения Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.12.2017 № 58 о претензионном порядке в страховых спорах.

Заключение

Досудебный претензионный порядок урегулирования споров находится на стыке материального и процессуального права. При этом ни то, ни другое не содержат внятного регламента реализации института досудебной претензии. В этих условиях возникает объективная потребность в выработке системы подходов судебной практики, которые бы служили ориентиром как для судов, так и для лиц, обращающихся за судебной защитой.

⁴⁷ Бюллетень ВС РФ. 2018. № 4.

Вместе с тем утверждать, что ныне наметился заметный вектор развития судебной практики по рассматриваемым вопросам, ошибочно. Можно приветствовать общее внимание Верховного суда Российской Федерации к проблематике досудебного претензионного порядка.

При этом значительное количество правовых позиций по вопросам претензионного порядка выработано, что называется, «на земле» — в арбитражных округах. Это и понятно: претензионный порядок по значительной категории дел является первым и обязательным шагом к получению судебной защиты, поэтому правоприменительная практика объективно не могла не выработать правовые позиции. Накопившийся опыт нижестоящих инстанций Верховный Суд России воспринял пока что лишь частично.

Таким образом, судебная практика в настоящее время является объективным (но не избавленным от противоречий) регулятором досудебного претензионного порядка урегулирования споров. Практические представления арбитражных судов о досудебной претензии идут далеко впереди как теоретических разработок, так и официальных разъяснений высшей судебной инстанции.



Список источников

1. Абознова О.В. Оставление заявления без рассмотрения. Прекращение производства по делу / Особенности арбитражного производства. М.: Юстиция, 2019. С. 110–121.
2. Андреева Т.К. Обязывает ли прокурора в арбитражном процессе требование об обязательном досудебном (претензионном) порядке урегулирования споров? Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 20.02.2017 N 306-ЭС16-16518 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 4–8.
3. Вовк В.Н. Патернализм в российском правовом менталитете. Дис. ... к.ю.н. Краснодар, 2010. 183 с.
4. Демяшова А.Н. Необходимость соблюдения претензионного порядка на примере урегулирования споров, возникающих в связи с предоставлением жилищно-коммунальных услуг // Семейное и жилищное право. 2017. N 5. С. 37–40.
5. Егорова М.А. Коммерческое право. М.: Статут. 2013. 640 с.
6. Каллистратова Р.Ф. Претензионный порядок разрешения споров между социалистическими организациями. М.: Госюриздат, 1963. 109 с.
7. Каллистратова Р.Ф., Поскребнев М.Е., Холопова Д.А. Правовая природа обязательного претензионного порядка и его влияние на развитие спора в суде // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. N 4. С. 3–10.
8. Крымский Д.И. Приказное производство в свете Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2016 N 62 // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2017. N 1. С. 37–43.
9. Малько А.В. Ограничения в праве: проблемы теории, практики, политики // Юридическая техника. Ежегодник. 2018. N 12. С. 238–248.

10. Малько А.В. Правовые стимулы и ограничения: двоичность информации как метод анализа // *Общественные науки и современность*. 1994. N 5. С. 67–76.
11. Медведев Д.А. Россия, вперед! Available at: URL: <http://kremlin.ru/events/president/news15413> (дата обращения: 19.06.2020)
12. Рузакова О.А., Рузаков А.Б. Претензионный порядок по делам о защите интеллектуальных прав // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2017. N 6. С. 6–10.
13. Шнигер Д.О. Влияние договорного претензионного срока на исковую давность // *Вестник Арбитражного суда Московского округа*. 2017. N 2. С. 48–57.
14. Яковлев В.Ф. Избранные труды. Т. 3: Арбитражные суды: Становление и развитие. М.: Статут, 2013. 749 с.
15. Uzelac A. Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations. *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 58, no. 1, pp. 3–18.



References

1. Aboznova O.V. (2019) Leaving the application without making a decision. Termination of proceedings on a case. In: *Features of Arbitration Proceedings: A Study Guide*. I.V. Reshetnikova (ed.). Moscow: Justicia, 324 p. (In Russ.).
2. Andreeva T.K. (2018) Is the prosecutor obliged in the arbitration process by the requirement for a mandatory pre-trial (claim) dispute settlement procedure? *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*=Herald of Economic Justice, no. 4, pp. 4–8. (In Russ.).
3. Demyashova A.N. (2017) The necessity to comply with the complaint procedure on the example of the settlement of disputes arising in connection with providing housing and communal services. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo*=Family and Housing Law, no. 5, pp. 37–40. (In Russ.).
4. Egorova M.A. (2013) *Commercial law*: Moscow: Statute, 640 p. (In Russ.).
5. Kallistratova R.F. (1963) Claims procedure for resolving disputes between socialist organizations. Moscow: Gosyurizdat, 109 p. (In Russ.).
6. Kallistratova R.F., Poskrebnev M.E., Kholopova D.A. (2016) The legal nature of a mandatory claim procedure and its impact on the development of a dispute in court. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy process* = Arbitration and Civil Process, no. 4, pp. 3–10. (In Russ.).
7. Krymsky D.I. (2017) Order proceedings in the light of Resolution of Plenum of the Russian Supreme Court of December 27, 2016 N 62. *Vestnik Arbitrazhnogo suda Moskovskogo okruga*=Herald of Moscow Regional Arbitration Court, no. 1, pp. 32–46. (In Russ.).
8. Malko A.V. (1994) Legal incentives and limitations: binary information as a method of analysis. *Obshchestvennye nauki i sovremennost'*=Social Sciences and Present Times, no. 5, pp. 67–76. (In Russ.).
9. Malko A.V. (2018) Restrictions in law: theory, practice, politics. *Yuridicheskaya tekhnika*=Legal Technique, no. 12, pp. 238–248. (In Russ.).
10. Medvedev D.A. (2020) Russia, Forward! Available at: URL: <http://kremlin.ru/events/president/news15413> (accessed: 19.06.2020)
11. Ruzakova O.A., Ruzakov A.B. (2017) Complaint procedure in cases of protection of intellectual rights. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy process* = Arbitration and Civil Process, no. 6, pp. 6–10. (In Russ.).

12. Shniger D.O. (2017) Impact of the contractual claim period on the limitation period. *Vestnik Arbitrazhnogo suda Moskovskogo okruga*=Herald of Moscow Regional Arbitration Court, no. 2, pp. 48–57. (In Russ.).
 13. Uzelac A. (2017) Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations. *Hungarian Journal of Legal Studies*, vol. 58. no. 1, pp. 3–18.
 14. Vovk V.N. (2010) Paternalism in the Russian legal mentality. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Krasnodar, 183 p. (In Russ.).
 15. Yakovlev V.F. (2013) *Selected Works*. Vol.3. Moscow: Statut, 749 p. (In Russ.).
-

Информация об авторе:

Е.А. Фокин — кандидат юридических наук, научный сотрудник.

Information about the author:

E.A. Fokin — Candidate of Sciences (Law), Researcher.

Статья поступила в редакцию 13.11.2020; одобрена после рецензирования 23.12.2020 ; принята к публикации 18.01.2021.

The article was submitted 13.11.2020; approved after reviewing 23.12.2020; accepted for publication 18.01.2021.

Научная статья

УДК: 343.3/7

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.152.176

Преступления в сфере компьютерной информации: критический взгляд



Юлия Викторовна Грачева¹,



Сергей Владимирович Маликов²,



Александр Иванович Чучаев³

^{1,2} Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Россия

³ Институт государства и права РАН, Москва, Россия

¹ uvgracheva@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3341-7422>

² s.v.malikov@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0892-2328>

³ moksha1@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5144-052X>



Аннотация

Использование в правовых документах ссылок на частные технологические решения, реализующие тот или иной процесс, имеет риски оставить без оценки широкий спектр противоправных деяний в цифровой среде. Такой подход рискует описывать только существующие на определенный момент технологии и последствия их неправомерного применения, что, наблюдая динамику современного технологического развития, не выглядит предусмотрительным. Все это требует пересмотра терминологии Уголовного кодекса с целью адекватного парирования угроз в сфере компьютерной информации. В статье дается критический анализ необходимости специальных средств защиты и необходимости полномочий при квалификации действий, посягающих на компьютерную информацию. Факт наличия или отсутствия специальных средств защиты не всегда является существенным при определении преступности деяния. Возможно предоставление доступа к информации в результате технологических особенностей средств передачи информации или по ошибке. В статье анализируются также способы совершения компьютерных преступлений. Указывается, что вредоносное воздействие на информацию не всегда является следствием именно несанкционированного доступа. В частности, охарактеризованы случаи таких видов вредоносного воздействия

на информацию как отказ в обслуживании; передача ложной информации; атака посредника; веб-инъект; физическое воздействие. Наибольшая критика анализируемых преступлений связана с формулированием законодателем таких последствий, как уничтожение, блокирование, модификация либо копирование информации. В результате предложено авторское толкование ключевых понятий признаков составов преступлений, предусмотренных гл. 28 УК РФ. В качестве вывода констатируется, что преступления в отношении информации должны квалифицироваться как компьютерные вне зависимости от способа воздействия. Рассматривать последствия следует с точки зрения влияния на информационную систему в целом. При квалификации компьютерных преступлений не следует использовать в качестве конstitutивных признаки, имеющие узко технологическую специфику. Перечень последствий может быть открытым, а их перечисление должно иметь лишь ориентирующий характер.



Ключевые слова

информационная безопасность, компьютерные преступления, компьютерная информация, неправомерный доступ, цифровизация, цифровые риски, последствия преступлений

Благодарности: публикация подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16158.

Для цитирования: Грачева Ю.В., Маликов С.В., Чучаев А.И. Преступления в сфере компьютерной информации: критический взгляд // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 152-176. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.152.176

Research article

Crimes in the Sphere of Computer Information: Critical Look



Yulia V. Gracheva¹,



Sergey V. Malikov²,



Alexander I. Chuchaev³

^{1,2} Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russia

³ Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow, Russia

¹ uvgracheva@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3341-7422>

² s.v.malikov@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0892-2328>

³ moksha1@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-5144-052X>



Abstract

The use of references in legal documents to private technological solutions that implement a particular process has the risks of leaving a wide range of illegal acts in the digital

environment unappreciated. Such an approach risks describing only the technologies that exist at a certain moment and the consequences of their illegal use, which, observing the dynamics of modern technological development, does not look prudent. All this requires a revision of terminology of the Criminal Code of the Russian Federation in order to adequately parry existing threats in the field of computer information. A critical analysis of the need to indicate special means of protection and the need for authority in the qualification of actions that infringe on computer information is given. The fact of the presence or absence of special means of protection is not always essential in determining the criminality of an act. It is possible to provide access to information as a result of technological features of the means of information transmission or by mistake. The article analyzes the following methods of committing computer crimes. The paper points out that the malicious impact on information is not always the result of unauthorized access. In particular, the cases of such types of malicious influence on information as: denial of service; transmission of false information; intermediary attack; web injection; physical impact. The greatest criticism of the analyzed crimes is related to the formulation by the legislator of such consequences as the destruction, blocking, modification or copying of information. As a result, the author's interpretation of the key concepts of signs of the elements of crimes provided for in Chapter 28 of the Criminal Code of the Russian Federation is proposed. As a conclusion, it is stated that information crimes should be classified as computer crimes, regardless of the method of influence. The consequences should be considered from the point of view of the impact on the information system as a whole. When qualifying computer crimes, you should not use as constitutive features that have a narrow technological specificity. The list of consequences can be open, and their enumeration should only be of an orienting nature.



Keywords

information security, computer crimes, computer information, illegal access, digitalization, digital risks, consequences of crimes

Acknowledgements: the publication was prepared with the financial support of the RFBR as part of the project No. 18-29-16158.

For citation: Gracheva Yu.V., Malikov S.V., Chuchayev A.I. Crimes in the sphere of computer information: critical look. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 152–176. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.152.176

Введение

Развитие цифровых технологий сформировало новую среду взаимодействия личности, общества и организаций. На заре технологического развития цифровые объекты и процессы использовались для учета, отражения и моделирования процессов жизни. Со временем развитие технологий привело к тому, что цифровые процессы стали использоваться для управления объектами реального мира, в том числе без непосредственного участия человека. Стало возможным изменять жизненные процессы, корректируя цифровые процессы.

Технологический скачок привел к появлению новых цифровых сущностей, понятий и процессов, не имеющих прямых аналогов в жизни человека,

общества и государства. Некоторые из этих сущностей имели ценность только для решения задач их владельца, но со временем все большее их количество стали приобретать объективную ценность и как следствие стали объектом аренды, купли-продажи с рыночной стоимостью в национальной валюте.

Другим фактором, изменившим взаимодействие личностей, стало изменение видов и способов коммуникаций. Цифровые технологии расширили возможности передачи информации, консолидации различных ее видов, а также влияние на человека. Увеличение количества цифровых активов, непосредственное влияние цифровых процессов на объекты реального мира, широкие возможности коммуникаций привели к миграции деловой, государственной и социальной активности в цифровую среду. К настоящему времени сформировалась среда, в которой ведется деловая, социальная активность; обмениваются и продают информационные активы, стоимость которых достигает миллиардов рублей; идут процессы, управляющие заводами и торговыми предприятиями; обеспечивается коммуникация и взаимное влияние, не имеющие исторических аналогов.

Рост стоимости активов и количества значимых для жизнедеятельности процессов также привел к появлению и непрерывному росту активности, направленной на присвоение чужой собственности, цифровому вандализму и иной деятельности криминального характера [Eun Y.-S., Aßmann J.S., 2016]; [Buchanan R., 2019]; [Stoddart K., 2016]. Естественным способом противодействия преступности в цифровой среде стало применение и непрерывное совершенствование мер информационной безопасности. Анализ рисков, совершенствование технических средств защиты информации, выявление и устранение уязвимостей программного обеспечения (далее — ПО) и информационных систем, оперативная реакция на изменение угроз безопасности легли в основу практики информационной безопасности.

Информационная безопасность как практика противодействия киберугрозам не снимает полностью проблемы компьютерных преступлений, в первую очередь потому, что ее задача — защита информационных активов их владельца, а решение социальных или государственных задач не является ее целью. Последние должны решаться путем правового регулирования. Юридическая защита информационных активов рассматривается как одна из важнейших мер обеспечения безопасности данных.

Наращение криминальных рисков в цифровой среде предопределило появление отдельной группы норм в уголовном кодексе, направленных на охрану компьютерной информации — гл. 28 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ). Скрупулезный анализ норм данной главы позволяет констатировать, что используемые понятия отстают от современных реалий, что вызывает сомнения в их применимости. Цель работы — дать оценку отдельным положениям норм гл. 28 УК РФ, выявить их недостатки и сформулировать предложения по изменению.

1. Постановка проблемы

На мировом уровне наиболее «унифицированным» преступным деянием в сфере компьютерной информации является неправомерный доступ к компьютерной информации. Согласно исследованию Управления ООН по наркотикам и преступности, неправомерный доступ (illegal access) является преступлением в 93% стран мира¹. Характерно, что помимо частично унифицированного подхода к определению компьютерных преступлений, базирующегося на международных актах, страны по-разному подходят к криминализации отдельных компьютерных преступлений в зависимости от тех угроз, которые актуальны в каждом государстве. Так, в США первым актом об уголовной ответственности за совершение преступлений в сфере компьютерной информации был Закон о защите федеральных компьютерных систем (1977), позже вступил в силу закон об уголовной ответственности за компьютерные преступления — Закон о мошенничестве и злоупотреблении с использованием компьютеров (1984). В Великобритании составы новых компьютерных преступлений введены Законом о терроризме (2000). Германия закрепляет уголовную ответственность за преступления в сфере компьютерной информации впервые в рамках законодательства о борьбе с экономической преступностью (1987) [Громов Е.В., 2006: 30].

Это свидетельствует о единстве восприятия механизма компьютерного преступления, в котором вычислительная техника может быть орудием или средством совершения преступления, либо предметом посягательства. Однако даже в отечественном праве нет консенсуса в описании потенциальных рисков цифровизации общества, что прежде всего проявляется в терминологическом хаосе.

Значительное количество проблем возникает при трактовке деяния, предусмотренного ст. 272 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) «неправомерный доступ к информации». Более общее понятие (доступ к информации) введено Федеральным законом от 27.07.2006 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»² и определяется как возможность получения информации и ее использование. В отличие от понятия «доступ к информации», определения «неправомерный доступ к информации» в нормативном акте не дается.

Под данным деянием понимается тот или иной способ проникновения в информацию с использованием интеллектуальных средств или технических ресурсов компьютера, что позволяет совершать действия с компьютерной

¹ См.: Comprehensive Study on Cybercrime. Available at: http://www.unodc.org/documents/organized-crime/cybercrime/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf (дата обращения: 23.04.2021)

² С изм. и доп., вступ. в силу с 20.03.2021 // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

информацией [Рарог А.И., 2018: 426]. Если у лица отсутствует право на доступ к компьютерной информации или лицо, обладающее таким правом, нарушает правила защиты информации и порядок воздействия на информацию, то такое воздействие на компьютерную информацию будет считаться неправомерным. Неправомерный доступ к компьютерной информации — незаконное либо не разрешенное собственником или иным ее законным владельцем использование возможности получения компьютерной информации³. Иногда выделяется дополнительный признак неправомерного доступа — защищенность информации, т.е. доступ к незащищенной и открытой информации не будет являться уголовно наказуемым [Тропина Т.Л., 2005: 186].

По мнению Генеральной прокуратуры России, неправомерный доступ — это «доступ к конфиденциальной информации или информации, составляющей государственную тайну, лица, не обладающего необходимыми полномочиями (без согласия собственника или его законного представителя), при условии обеспечения специальных средств ее защиты». Исходя из этого следует, что для квалификации деяния как преступного необходимо установление факта наличия специальных средств ее защиты и получение доступа без «необходимых полномочий».

В данном определении используется понятие «специальное средство защиты». В профессиональной среде к ним относят программные, аппаратные и физические средства защиты информации: интегрированный в прикладное приложение функционал авторизации; сервисы авторизации и аутентификации операционной системы; накладные специализированные средство разграничений прав доступа; внешние относительно информационной системы сервисы (например, сервисы google или apple); вспомогательные сервисы, позволяющие в одной информационной системе использовать одну службу авторизации; усиленные средства аппаратной аутентификации и др.

Таким образом, основные проблемы связаны с пониманием неправомерности доступа в части необходимости установления специальных средств защиты и наличия специальных прав.

2. Наличие специальных средств защиты информации как условие неправомерности доступа

Буквальное понимание неправомерного доступа приводит к тому, что для квалификации деяния как преступного требуется установление факта нали-

³ Методические рекомендации по осуществлению прокурорского надзора за исполнением законов при расследовании преступлений в сфере компьютерной информации. Available at: URL: [https://genproc.gov.ru/documents/nauka/execution /document-104550](https://genproc.gov.ru/documents/nauka/execution/document-104550) (дата обращения: 23.04.2021)

чия специальных средств ее защиты и получение доступа без необходимых полномочий. Если обладатель информации самостоятельно предоставляет к ней доступ (в терминологии Генеральной прокуратуры — «наделяет полномочиями на доступ»), действия по ее компрометации осуществляются без преодоления технических средств защиты, поскольку нарушителю не приходится их преодолевать.

Факт наличия или отсутствия специальных средств защиты не всегда является существенным при определении преступности деяния. Возможно предоставление доступа к информации в результате технологических особенностей средств передачи информации или по ошибке.

2.1. Предоставление доступа к информации владельцем с целью ее обработки

В настоящее время многие задачи с применением информационных технологий решаются посредством передачи информации провайдером ИТ-сервисов в силу того, что они требуют большой производительной мощности аппаратных ресурсов, например, обработка потоков данных, анализ больших объемов данных, обработка данных с помощью систем искусственного интеллекта и др. В связи с этим получили распространение системы, проводящие обработку потоков информации с использованием не только оборудования пользователя системы, но и так называемых облачных вычислительных и программных ресурсов.

К таким системам относятся, в частности, системы распознавания речи и перевода. Одна компонента программного обеспечения для таких решений устанавливается непосредственно на мобильный телефон, персональный компьютер или интегрируется в бытовую технику и т.п. и является фактически интерфейсной частью, взаимодействующей непосредственно с пользователем. Сами вычисления проводятся на серверных мощностях поставщика услуги.

Такая архитектура системы обусловлена намерением поставщиков сервисов обойти ограничения в вычислительных мощностях каждого конкретного пользователя сервиса. Такими ограничениями конечным устройствам являются, в частности: малая вычислительная мощность; малый объем оперативной памяти; отсутствие возможности хранить огромные объемы «моделей данных», с помощью которых осуществляется целевое действие. Применение сервисного подхода позволяет получать результат сложных вычислений для каждого отдельного пользователя, недостижимый с помощью его собственного оборудования. Для получения результата пользователь сервиса должен сначала отправить информацию на обработку.

Таким образом, вводя информацию в приложение стороннего поставщика, пользователь фактически передает эту информацию в приложение тре-

твей стороны, откуда она в преобразованном или исходном виде по каналам сетей общего доступа передается на центры обработки данных поставщика сервиса, обрабатывается и результат обработки возвращается на окончательное устройство.

Другим примером таких сервисов является голосовой помощник — специальное программное обеспечение, устанавливаемое на мобильные телефоны, персональные компьютеры и другие устройства. Для распознавания команд голосового помощника необходимо анализировать весь поток аудиоинформации, преобразованный с помощью микрофона в электронные сигналы, а затем — в цифровую информацию. Если пользователь, например, диктует конфиденциальную информацию, она может попасть на сервер поставщика сервиса, где к ней могут получить доступ и использовать владельцы сервиса, не преодолевая технических ограничений доступа со стороны владельца информации.

Скрытое использование сервиса, выходящее за рамки декларированного основного функционала (определения голосовых команд), — весьма распространенное явление. Например, владельцы сервисов используют функции голосового ввода для распознавания предполагаемых потребностей покупателя и формирования рекламных кампаний. Формально лицензионное соглашение на использование сервиса позволяет это делать, но таким образом может происходить и сбор конфиденциальной информации, на что не может быть получено разрешения в условиях лицензионного соглашения как нарушающее законодательство.

Третий пример сервиса — программное обеспечение, предоставляющее возможность автоматического переключения шрифта между различными языками. Программа считывает все нажатия клавиш пользователя, фактически собирая всю информацию, вводимую пользователем, включая пароли. Эта информация может обрабатываться в локальном приложении (установленном непосредственно на окончательном устройстве) или пересылается на сервера владельца сервиса. Состав информации на наличие информации ограниченного доступа не может быть установлен автоматически, вследствие чего происходит распространение конфиденциальной информации.

Четвертый пример — программа, которая ведет сбор информации о нажатии клавиш клавиатуры с целью составления журнала. Принцип действия состоит в том, что пользователь вводит информацию, используя различные программы, а она аккумулируется в одном файле. Эти журналы могут быть переданы разработчику программного обеспечения, т.е. разработчики получают доступ, также не преодолевая средств защиты информации.

Таким образом, весь класс программного обеспечения и сервисов, использующих поступающие для обработки потоки информации в необработанном виде, содержит возможности несанкционированного использова-

ния информации охраняемой законом. Нарушения посредством такого рода получения доступа к информации, содержащую какого-либо вида тайну, по УК РФ не могут быть квалифицированы в качестве преступных.

2.2. Получение информации за счет изменения маршрута передачи информации (man-in-the-middle)

Следующая группа ситуаций касается действий криминального характера, в которых несанкционированный доступ может быть получен без преодоления средств защиты, поскольку используются технологические особенности передачи данных.

Первый пример — перехват данных, передаваемых по беспроводным сетям. Для получения доступа к информации преступник с помощью технических средств создает точку доступа Wi-Fi, в том числе она может быть представлена как бесплатная общественная точка доступа. В этой ситуации, подключаясь к Интернету, пользователь фактически сам настраивает передачу информации через оборудование преступника, исходя из предположения о добросовестности владельцев бесплатного сервиса. Такой информацией могут являться пароли и иные данные, не защищенные посредством шифрования.

В случае посягательств на данные, составляющие коммерческую тайну, злоумышленник не только делает возможным подключение к Интернету и передачу информации через свою точку доступа, но также имитирует корпоративное оборудование атакуемой стороны. В процессе посягательства используется принудительный сброс всех штатно работающих подключений и создается ситуация, в которой пользователя побуждают подключиться через оборудование нарушителя. В первом и втором случаях невозможна квалификация действий как получение доступа с преодолением ограничений средств защиты, поскольку формально пользователи самостоятельно пересылают данные злоумышленнику, предоставляя доступ к информации без получения каких-либо обязательств принимающей стороны.

Такого рода атаки могут проводиться не только в отношении информации, передаваемой по беспроводным сетям Wi-Fi, но также при передаче данных по локальной сети (для этого преступник должен иметь физический доступ к сетевому оборудованию или кабельной системе) и сетям общего доступа.

Противоправные действия с применением беспроводных устройств совершить проще, поскольку: не требуется физического доступа к какому-либо оборудованию жертвы; преступник может находиться в десятках метров от компрометируемого устройства жертвы; частные лица зачастую не могут проанализировать отклонение своей работы от штатной; для обеспечения безопасности в корпоративных локальных сетях и глобальных сетях общего

пользования выделяются эксперты и специальные средства защиты информации, что затрудняет атаки типа man-in-the-middle.

Это позволяет утверждать, что частные лица (по сравнению с корпоративными пользователями информационных систем) не только обрабатывают информацию в более уязвимых для атак системах, но и юридически не защищены.

2.3. Ошибочная пересылка данных

Ситуация неосознанной передачи доступа к информации возникает также при ошибочной пересылке конфиденциальной информации по электронной почте. В этом случае информация передается без формального преодоления мер защиты. Ошибочная пересылка может быть инициирована злоумышленником, который присылает запрос на предоставление данных, вызывающий у потерпевшего доверие. Эффект доверия достигается путем подделки информации в заголовке, об отправителе запроса и др.

2.4. Предоставление доступа с целью передачи данных

Трудно квалифицировать деяния, связанные с технологическими особенностями Интернета, в котором любая информация передается по условно бесплатным каналам связи. В процесс передачи вовлечено неопределенное количество государственных и коммерческих организаций, используется заведомо неопределенное количество сетевого оборудования. Каждое сообщение разбивается на так называемые пакеты, и каждая часть сообщения может иметь свой маршрут доставки. Таким образом, передавая данные в незашифрованном виде по Интернету, владелец *de facto* делает их доступными неопределенному кругу лиц. Иными словами, любая информация, когда-либо переданная в Интернет в незащищенном виде, не может быть признана охраняемой законом как информация, доступ к которой не ограничен.

Такие технологические особенности не позволяют однозначно квалифицировать деяния по перехвату электронной почты как преступные, равно как и доступ к архиву электронной переписки, если она осуществлялась в незащищенном виде, вне зависимости от содержания и наличия информации, имеющей вид охраняемой законом тайны.

2.5. Сканирование

В организациях используемые средства защиты информации, их настройки, режим работы, матрицы и временные рамки доступа относят к коммерческой тайне, наделяя эту информацию статусом охраняемой зако-

ном. Разнообразные методы сканирования состояния средств защиты информации, интерфейс которых доступен в сетях общего доступа, позволяет получать информацию о характеристиках используемых средств защиты и прикладных решений (например, веб-сайты и другие веб-сервисы). Такого рода сканирование является фактически получением конфиденциальной информации, а в случае выявления уязвимостей — первой фазой атаки с целью получения несанкционированного доступа или блокирования доступа к информационным ресурсам владельца. Квалификация сканирования как преступного деяния, несмотря на его опасный характер, является весьма трудной задачей.

2.6. Методы социальной инженерии

Методы социальной инженерии направлены на получение преступником доступа с целью последующего обхода технических средств защиты информации, либо непосредственно к интересующей их информации.

Таким образом, наличие средств защиты — неоднозначный критерий для определения правомерности доступа. Получение доступа к информации без преодоления средств защиты нельзя однозначно квалифицировать как неправомерное.

3. Отсутствие необходимых полномочий как условие неправомерности доступа

Как отмечалось, по определению Генпрокуратуры России неправомерный доступ — получение доступа без «необходимых полномочий». В области информационной безопасности терминологическая база, предназначенная для описания мер защиты информации от несанкционированного доступа, существенно шире. Основные термины, используемые в этой области информационной безопасности: а) права доступа — совокупность возможностей и ограничений на использование информации; б) управление доступом — предотвращение несанкционированного использования ресурса, включая предотвращение пользования ресурса неполномочным образом.

Права доступа определяют порядок и условия доступа субъекта к объектам информационной системы (информации, ее носителям, процессам и другим ресурсам), установленные нормативными документами или собственником, владельцем информации. Права доступа определяют набор действий (чтение, запись, выполнение и др.), разрешенных для выполнения субъектам (например, пользователям системы) над объектами данных.

Так, для использования информации, составляющей коммерческую тайну, некоторые сотрудники компании имеют возможность чтения инфор-

мации, другие могут информацию редактировать и изменять, третья группа обладает полномочиями информацию удалять. Полномочия могут быть ограничены по видам доступа, по времени доступа, по территориальным зонам, в которых должен находиться субъект, получающий доступ и другими существенными для владельца информации факторами.

Виды доступа. Виды доступа определяют действия, которые получивший доступ может осуществлять с информацией:

чтение (права доступа такого вида ограничивают пользователя возможностью читать информацию, без прав на копирование, изменение и прочие действия);

изменение (корректировки информации, зачастую изменения вносятся в журнал с целью возможного восстановления действий пользователя при анализе их корректности);

удаление (в некоторых системах это право дается отдельно от прав на изменение; например, удаление журналов изменений не позволит отследить несанкционированные коррекции);

дополнение (права, позволяющие создавать новые документы в учетных системах; например, только сотрудники склада могут создавать документы на списание товаров со склада или вносить новую информацию в базу данных другим способом);

выполнение (информация в системах может представлять собой исполняемый код или исполняемые файлы. Исполняемый код и файлы, с одной стороны, являются информацией, хранимой и обрабатываемой в системе, как и другие виды информации; с другой стороны, после запуска их выполнения они определяют вычислительный процесс, который управляется и обусловлен исполняемым кодом и переменными окружения. Факт выполнения того или иного файла является влиянием на информационную систему, поскольку автономные программные процессы чаще всего наследуют полномочия запустившего их пользователя).

Временные зоны. Во избежание несанкционированных действий в системе в политике безопасности могут задаваться временные зоны, в которых права на доступ имеют силу. Например, чтение и изменение информации в рабочее время являются санкционированными, а в нерабочее время и выходные рассматриваются как нарушение прав доступа.

Геозоны. Аналогичный подход к понятию санкционированного доступа применяется с ограничением по месту физического доступа к информационной системе. Доступ с полными правами может быть разрешен только с территории предприятия из определенных помещений.

Способ доступа. Ограничения могут применяться для операционных систем, которые предоставляют доступ, только когда пользователь с полными правами находится в физической близости к серверу. Для линейных сотруд-

ников или руководителей может быть разрешен или запрещен доступ к Интернету в зависимости от их должностных обязанностей, режима работы и чувствительности информации.

Таким образом, с точки зрения специалиста информационной безопасности нарушением будет являться не факт доступа к информации, а ее использование, выходящее за рамки полномочий — прав доступа. Данный подход продиктован одним из базовых положений в организации защиты данных — не предоставлять избыточных прав для исполнения функций пользователя. Следует также отметить, что вредоносное воздействие на информацию не всегда является следствием несанкционированного доступа. Приведем примеры.

Отказ в обслуживании, т.е. предотвращение или прерывание авторизованного доступа к ресурсу системы или задержка в действиях или функциях системы. В системах промышленной автоматики и контроля отказ в обслуживании может относиться к прекращению функционирования процесса, а не только к прекращению передачи данных⁴.

Атаки на отказ в обслуживании заключаются в следующем: сетевые ресурсы, такие как веб-серверы, имеют ограничения по количеству запросов, которые они могут обслуживать одновременно. Помимо допустимой нагрузки на сервер существуют также ограничения пропускной способности канала, соединяющего сервер с Интернетом. Когда количество запросов со стороны злоумышленника превышает производительность любого компонента инфраструктуры, может произойти: существенное замедление время ответа на запросы; отказ в обслуживании всех запросов пользователей или части из них. Для этой атаки получение неправомерного доступа не является необходимым. Ущерб, наносимый атакой, зависит от атакуемого ресурса и функций, исполняемых ресурсом.

Передача ложной информации: злоумышленник, передавая ложную информацию от имени доверенного контрагента, может ввести в заблуждение и вынудить перечислить денежные средства на свой счет, получить конфиденциальную информацию в ответ (в данном случае доступ является целью, а не условием преступных действий).

Атака посредника, или атака «человек посередине» (man in the middle, MITM) — кибератака, при которой злоумышленник тайно ретранслирует и в некоторых случаях изменяет данные обмена между двумя сторонами, которые считают, что они непосредственно общаются друг с другом. Один из примеров — подслушивание, при котором злоумышленник устанавли-

⁴ См.: ГОСТ Р 56205-2014. IEC/TS 62443-1-1:2009. Национальный стандарт Российской Федерации. Сети коммуникационные промышленные. Защищенность (кибербезопасность) сети и системы. Часть 1-1. Терминология, концептуальные положения и модели. Available at: URL: <https://docs.cntd.ru/document/1200114169> (дата обращения: 17.04.2021)

вает независимые связи с жертвами и передает сообщения между ними, чтобы заставить их поверить, что они разговаривают непосредственно друг с другом по приватному каналу связи, хотя весь разговор контролируется злоумышленником. Злоумышленник должен уметь перехватывать все соответствующие сообщения, передаваемые между двумя жертвами, и вводить новые (в данном случае получение доступа к передаваемой информации является целью преступных действий, а не признаком).

Веб-инъект — технология, позволяющая изменить содержимое веб-страницы на стороне клиента (в браузере) и добавить в него контент через внедрение вредоносного кода в адресное пространство браузеров и перехват всех HTTP-запросов и ответов от сервера. Таким способом злоумышленник, не получая доступа, добивается выполнения нужных ему действий на стороне атакуемого ресурса.

Физическое воздействие на информацию. Вредоносное влияние на информацию посредством физического воздействия на каналы и носители информации не требует доступа к данным в установленном нами смысле. Например, гарантированное уничтожение данных с использованием программного обеспечения — это управляемый физический процесс изменения электромагнитными волнами состояния физического носителя информации.

К вредоносным действиям в отношении информации посредством физического воздействия на информационную систему или ее элементы, имеющие целью уничтожить, заблокировать, модифицировать информацию относятся: физическая порча носителей информации, т.е. приведение в негодность флеш-карт, накопителей на жестких магнитных дисках, систем хранения данных и пр.; физическая порча средств и каналов обмена с целью заблокировать доступ к данным, например, разрыв кабеля, оптики; радиочастотное навязывание, т.е. искажение электромагнитного поля с целью заблокировать обмен данных по беспроводным каналам (Wi-Fi, Bluetooth); силовое электромагнитное воздействие на информацию, осуществляемое путем применения источника электромагнитного поля для наведения (генерирования) в автоматизированных информационных системах электромагнитной энергии с уровнем, вызывающим нарушение функционирования их технических и программных средств.

Отдельно следует рассмотреть вредоносные воздействия на датчики, интегрированные в вычислительные системы:

датчики *температуры*, передающие информацию о температуре помещений, на основании чего системы управления «умным домом» дают команды на включение или отключение элементов отопления; вывод из строя датчика приведет к сбоям системы в целом. Датчик в данном контексте является элементом информационной системы и источником данных. Доступ к генерируемому им данным не представляет ценности, но блокировка, унич-

тожение или искажение предоставляемой им информации, посредством физического воздействия является компьютерным преступлением; выведение из строя датчиков в автономных системах хранения лекарств может привести как к финансовому ущербу в результате списания испорченных экземпляров, так и вреду здоровью человека;

датчики движения, передающие информацию об перемещениях по охраняемой территории. Блокирование информации, передаваемой датчиком, выведет из строя часть функционала программно-аппаратной системы безопасности; манипулирование датчиком создаст условия для других криминальных действий;

считыватели карт доступа, обеспечивающие контроль доступа в помещение, выведение их из строя может привести к снятию защиты с охраняемых зон и создание угроз хищения или незаконного проникновения;

датчики *GPS*, лидары, радары, участвующие в управлении автономными транспортными средствами. На эти датчики можно осуществить влияние посредством навязывания радио или оптического сигнала, что может привести к авариям.

Вредоносное влияние на датчики, интегрированные в информационно-вычислительные системы, следует рассматривать как влияние на вычислительную систему посредством блокирования и искажения информации, предоставляемой датчиком и квалифицировать как компьютерное преступление.

В информационной безопасности меры физической защиты рассматриваются как необходимая часть защиты информации. Под ней понимается защита информации путем применения организационных мер и совокупности средств, создающих препятствия проникновению или доступу неуполномоченных физических лиц к объекту защиты. Она включает организационные мероприятия, т.е. установление режимных, временных, территориальных, пространственных ограничений на условия использования и распорядок работы объекта защиты; ее объектами могут быть признаны охраняемая территория, здание (сооружение), выделенное помещение, информация и (или) информационные ресурсы объекта информатизации.

Таким образом, приемлемой является трактовка неправомерного доступа, закрепленная Национальным стандартом Российской Федерации (ГОСТ Р 53114-2008)⁵, где под ним понимается получение защищаемой информации заинтересованными субъектами с нарушением установленных нормативными и правовыми документами (актами) или обладателями информации прав или правил разграничения доступа к защищаемой информации. Данное определение полностью охватывает спектр возможных деяний, со-

⁵ ГОСТ Р 53114-2008. Национальный стандарт Российской Федерации. Защита информации. Available at: URL: <https://docs.cntd.ru/document/1200075565> (дата обращения: 17.04.2021)

стоящих в доступе к информации, оно позволяет не сужать круг деяний до тех, которые были произведены над информацией в системах с использованием средств защиты.

4. Проблемы понимания последствий компьютерных преступлений

Наибольшая критика анализируемых преступлений связана с формулированием законодателем таких последствий, как уничтожение, блокирование, модификация либо копирование информации. В силу отсутствия легального определения в науке уголовного права каждое из указанных последствий наполняется собственным содержанием.

Одни авторы считают, что модификация имеет обобщающее значение и может включать в себя удаление, блокирование, ввод информации и другие способы воздействия на информацию [Хилjuta В.В., 2014: 112]. Другие рассматривают модификацию как один из способов воздействия на компьютерную информацию, например, частичную замену первоначальной информации, в том числе путем ее удаления или ввода новой информации [Третьяк М.И., 2016: 99]. Третьи под модификацией предлагают понимать лишь изменение компьютерных программ (которое требует согласия правообладателя) и баз данных, но не иных компьютерных данных [Рарог А.И., 2017: 295]. Методические рекомендации Генеральной прокуратуры определяют модификацию информации как внесение изменений в компьютерную информацию (или ее параметры). ГОСТ Р 53114-2008 данного термина не использует.

Блокирование компьютерной информации некоторыми рассматривается как невозможность реализации доступа к компьютерной информации обладателем такой информации в течение долгого времени при неизменности самой информации в компьютерной системе [Омаров М.Д., 2011: 56]. В.М. Мешков определяет блокирование как создание условий, при которых отсутствует возможность или существенно затрудняется возможность использования компьютерной информации, при этом сохраняя такую информацию в неизменном состоянии [Мешков В.М., 2003: 59]. ГОСТ Р 53114-2008 под блокированием доступа к информации понимает прекращение или затруднение доступа к ней законных пользователей. Методические рекомендации Генеральной прокуратуры предлагают трактовать блокирование информации как результат воздействия на компьютерную информацию или технику, последствием которого является невозможность в течение некоторого времени или постоянно осуществлять требуемые операции над компьютерной информацией полностью или в требуемом режиме, т.е. совершение действий, приводящих к ограничению или закрытию доступа к компьютерному оборудованию и находящимся на нем ресурсам, целена-

правленное затруднение доступа законных пользователей к компьютерной информации, не связанное с ее уничтожением.

Уничтожение ученые рассматривают как невозможность восстановления содержимого компьютерной информации [Южин А.А., 2012: 17]. В.И. Гладких указывает, что совершение действий, в результате которых становится невозможным восстановить содержание компьютерной информации и (или) в результате которых уничтожаются носители компьютерной информации [Гладких В.И., 2014: 27]. Специалисты в сфере компьютерной безопасности отмечают, что при удалении компьютерной информации программными средствами всегда остается возможность восстановления, гарантировать безвозвратное уничтожение компьютерной информации можно лишь путем физического уничтожения носителя информации [Быков В.М., Черкасов В.Н., 2021: 18]. В связи с этим исследователи считают информацию уничтоженной с момента выполнения компьютерной команды «удалить», несмотря на возможность ее восстановления [Ефремова М.А., 2021: 56].

Генеральная прокуратура указывает, что уничтожением информации считается ее приведение (или ее части) в непригодное для использования состояние независимо от возможности ее восстановления, а также отмечает, что переименование файлов и их автоматическое обновление уничтожением считать нельзя. ГОСТ Р 53114-2008 данного термина не использует.

Сущность копирования многими рассматривается как дублирование компьютерной информации или создание копии этой информации, дискретизируя лишь по вопросу о способах копирования:

только с основного носителя компьютерной информации на любой иной носитель, исключая из способов копирования фотографирование монитора, на котором выведена информация, распечатку и иные способы [Борчева Н.А., 2001: 9];

не ограничивается лишь программной командой «копировать» и может включать в себя вывод компьютерной информации на дисплей или другое устройство, что сопровождается копированием (в широком смысле слова) информации с носителей в оперативную память, память видеокарты, принтера или другого устройства [Рарог А.И., 2017: 295];

воспроизведение информации в любой материальной форме [Панфилова Е.И., 2003: 563–564];

действия лица, направленные на открытие доступа к информации, ранее ограниченной обладателем информации, в целях использования такой информации неограниченным числом лиц или самим злоумышленником [Халиулин А.И., 2015: 23–26].

Генеральная прокуратура под копированием информации предлагает понимать создание копии имеющейся информации на другом носителе, т.е. перенос информации на обособленный носитель при сохранении неизменной

первоначальной информации, воспроизведение информации в любой материальной форме — от руки, фотографированием текста с экрана дисплея, а также считывания информации путем любого перехвата информации и т.п. ГОСТ Р 53114-2008 не использует данный термин.

Иначе оценивают приводимые термины специалисты в области информационной безопасности.

Уничтожение информации. Первый вопрос: следует ли считать операцию удалением, если компьютерную информацию впоследствии можно восстановить или же удаление — это операция, подразумевающая невозможность восстановления. В зависимости от выбранного подхода одно и то же деяние с одинаковым ущербом может иметь различную правовую оценку. Если потерпевшая сторона относится добросовестно к защите охраняемой законом информации, то наказание преступника может оказаться мягче, чем преступление в отношении менее добросовестных потерпевших вне зависимости от умысла преступника. Так, безвозвратное удаление данных и причинение экономического ущерба приводит к длительной остановке деятельности организации, а ущерб может быть значительным. Если же в организации есть резервные копии компьютерной информации, аналогичные действия приводят к минимальному простоя и ущерб будет минимальным.

Технологически безвозвратному уничтожению данных препятствует несколько существенных факторов; далеко не всегда попытка удаления завершается успехом. Это обусловлено представлением компьютерной информации в информационных системах и распространенными практиками принятия мер противодействия угрозам информационной безопасности.

На успешность удаления влияют следующие факторы: штатная операция удаления в операционных системах фактически не удаляет информацию, а указывает системным службам, что некая область памяти свободна, туда может быть занесена другая информация и только в случае такой записи исходная информация уничтожается; процедура гарантированного удаления без возможности восстановления требует существенного времени и может быть не завершена; большинство информационных систем имеют системы резервного копирования и с их помощью информация может быть восстановлена.

Понимая многообразие возможных трактовок, Генеральная прокуратура предлагает следующее определение уничтожения информации — это приведение ее в такое состояние, при котором информация не может быть восстановлена, либо такое ее стирание (удаление), при котором остается возможность ее восстановления. Поскольку потеря информации в большинстве случаев является наиболее опасным последствием, уголовно наказуемым следует считать, как собственно уничтожение информации, так и ее стирание (удаление).

Вопрос частичного или полного удаления остался не раскрытым. В частности, Генеральная прокуратура приравнивает попытку лица удаления

данных, не завершившуюся успехом по не зависящим от него причинам, к успешной попытке. Такой подход логически оправдан и во избежание спорных трактовок должен быть отражен в законе или постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации.

В то же время приведенная формулировка содержит смысловую неточность. Понятия «информация» и «компьютерная информация» определяют разные сущности. Компьютерная информация или данные — это физическое представление информации, для нее может быть однозначно определен физический носитель. Компьютерную информацию физически уничтожить и стереть можно; информацию как таковую стереть нельзя, поскольку существование информации не подразумевает определенного физического носителя. Говорить об уничтожении информации можно только в случае уничтожения всех ее возможных копий, включая бумажные и прочие виды копии, очистив память всех лиц, знающих эту информацию. Понятие уничтожения информации тождественно стиранию компьютерной информации только когда информация представлена на носителе. Полагаем, что следует избегать подобных неточностей.

Другой спорный вопрос при определении термина «уничтожение компьютерной информации» — понимание удаления в качестве исключительно полного удаления или также частичного. В некоторых случаях компьютерная информация имеет ценность только в ситуации ее сохранения в полностью неизменном виде, а удаление ее части сделает непригодной к использованию информацию, представленную в виде данных. В других случаях прикладную ценность имеют условно независимые блоки данных, из которых состоит компьютерная информация, поэтому уничтожение нескольких блоков на возможность использования критично не повлияет. Например, таблица данных может содержать несколько миллионов строк, удаление одной строки можно трактовать как оконченное преступление и квалифицироваться по ст. 272 УК РФ вне зависимости от размера ущерба. Отсутствие точного определения позволят трактовать удаление информации произвольно как в случае полного удаления базы данных или только при удалении ее существенной части и при удалении несущественной части. Этот вопрос методические рекомендации Генеральной прокуратуры не проясняют.

Полагаем, что под уничтожением следует понимать невозможность использования информации в определенных владельцем целях.

Блокировка информации. В рекомендациях Генеральной прокуратуры блокировка определяется как создание условий, при которых возникает постоянная или временная невозможность осуществления блокируемой информацией своих функций. Данное определение спорно. В частности, требуется уточнение понятия временной блокировки. Задержка выполнения запроса на формирование отчета на несколько миллисекунд, вызванная фак-

том несанкционированного доступа, является временной блокировкой. Поскольку доступ — операция, использующая ресурсы вычислительной системы и действительно приводящая к задержке выполнения прочих операций, с технологической точки зрения утверждение верно. В указанном контексте любой несанкционированный доступ может быть квалифицирован как преступление и делает избыточными прочие квалификационные признаки.

Модификация информации. В рекомендациях Генеральной прокуратуры модификация информации — несанкционированное изменение первоначального состояния охраняемой законом компьютерной информации, которое трансформирует содержание этой информации либо нарушает выполняемые ею функции.

Данная трактовка трудно применима по следующим причинам:

модификация информации определяется через модификацию компьютерной информации, что логически не оправдано, поскольку компьютерная информация является частным представлением информации на носителе. Как уже упоминалось ранее, изменить информацию посредством изменения данных можно только в случае уникальности этой копии данных;

ряд определений используются как заведомо известные, что не всегда соответствует действительности. Например, вызывают сомнения в возможности однозначного понимания следующие формулировки:

первоначальное состояние информации: к большинству информационных систем такое понятие не применимо, поскольку компьютерная информация в них непрерывно дополняется и уточняется. Говоря о представлении, речь может идти только о корректности состояния компьютерной информации в определенный момент времени, применительно к содержанию — об актуальности информации на определенный момент времени. Иными словами, понятие «первоначальное состояние» в таких ситуациях не имеет определенного смысла;

трансформация содержания информации: содержание информации — это интерпретация данных человеком — понятие, не имеющее общепринятого определения и не раскрываемое законодательно. В силу этих причин вводить через термин трансформация термин модификация не обосновано.

Копирование информации. В рекомендациях Генпрокуратуры копирование информации — это создание копии информации на другом носителе, т.е. перенос информации на обособленный носитель при сохранении неизменной первоначальной информации, воспроизведение информации в любой материальной форме — от руки, фотографированием текста с экрана дисплея, а также считывание информации путем любого перехвата информации и т.п.

В данном определении заложены следующие ограничения:

использование в определении указания на создание копии информации на другом носителе не позволяет отнести к противоправным действиям чте-

ние и запоминание человеком сведений, составляющих коммерческую тайну, а такого рода чтение позволит их распространять, в частности устно, не используя какие-либо физические носители;

считывание путем перехвата предложено вне контекста статьи, такой способ характерен только для ст. 272 УК РФ, предусматривающей неправомерный доступ, иными словами, нет необходимости что-либо перехватывать при наличии доступа;

перенос информации на обособленный носитель не является определяющим признаком действия — виновный может скопировать данные на тот же самый носитель. Получив несанкционированный доступ к файловому хранилищу, данные можно скопировать на тот же самый носитель, но уже в раздел, к которому злоумышленник имеет права доступа. Одной из серьезных проблем в применении ст. 272 и 273 УК РФ является закрытый перечень последствий. Воведение вредных последствий существенно больше, а с развитием технологий они будут изменяться и дополняться. Приведем несколько известных примеров опасных последствий, появляющихся при воздействии на компьютерную информацию [Арямов А.А., 2019].

Снижение скорости доступа к данным. Злоумышленники создают большое количество задач для вычислительной системы имитирующие формально корректные обращения, что приводит к снижению скорости корректных запросов на предоставление доступа к информации и повлечет, например: в коммерческих организациях замедление доступа к каталогу товаров интернет-магазина, приводящее к оттоку покупателей и причинению финансового ущерба; в лечебных учреждениях, оказывающих помощь посредством систем телемедицины при проведении операций, связанных с хирургическим вмешательством в режиме удаленного подключения к труднодоступным местам (судна дальнего плавания, лес и пр.), а также при проведении удаленного оперативного консилиума в режиме реального времени, снижение скорости доступа к информации может привести к причинению вреда здоровью и жизни человека.

Снижение скорости обработки данных — создание условий, ограничивающих скорость доступа к данным, которые могут приводить к потере актуальности получаемой информации. Такого рода воздействие может заключаться в запуске конкурирующих за ресурс процессов или, например, намеренном применении неэффективных алгоритмов, связанных с обработкой больших объемов данных. Так, в коммерческих организациях выводы, сделанные на основании неактуальной информации, могут приводить к финансовому ущербу; в логистических компаниях в случае применения вычислительных систем для управления транспортными средствами снижение скорости обработки данных может приводить к авариям, нанесению вреда здоровью и жизни человека.

Дополнение (внесение) информации. Посредством дополнения базы данных ложными сведениями можно исказить смысл всей базы данных. Например, дополняя информацию о росте продаж ложной информацией об эффективности определенного канала продаж, злоумышленник может получить личную выгоду и нанести ущерб организации за счет нерационального использования маркетингового бюджета, сформированного на основании искаженной аналитики.

Нейтрализация средств защиты — косвенный способ воздействия на информацию. Такое воздействие создает повышение рисков информационной безопасности, что с точки зрения специалистов информационной безопасности, имеет криминальный характер. На практике это воздействие практически всегда является сопутствующим для большинства компьютерных преступлений. Нейтрализация средств защиты является распространенной целью несанкционированного доступа.

Близким к этому последствием является нейтрализация средств контроля эффективности защиты информации. Влияние на режим обработки информации которое также создает риски информационной безопасности, является по характеру криминальным и на текущий момент не может быть квалифицировано по статьям гл. 28 УК РФ.

Перехват информации — неправомерное получение информации с использованием технического средства, осуществляющего обнаружение, прием и обработку информативных сигналов (ГОСТ Р 53114-2008). Не является копированием, поскольку злоумышленник информацию не копирует, но ее получает. Один из самых распространенных видов компьютерных преступлений.

Нарушение достоверности информации. Достоверность — это строгая принадлежность информации субъекту, который является ее источником, либо тому субъекту, от которого она принята. В случае, если получатель начнет принимать информацию из недостоверного источника, он может быть введен в заблуждение и выполнить действия, к которым его побуждает злоумышленник, например, перевести денежные средства по полученным недостоверным реквизитам.

Снижение доверия к информации — изменение, снижение ожиданий получателей результата обработки информации к достоверности получаемого результата. К получателям результата относятся как стороны информационного обмена, так и пользователи информационных систем, имеющих непосредственный доступ к данным. Снижение доверия может быть осуществлено: за счет предоставления ошибочной информации (этот способ реализуют посредством подмены доверенного источника информации на источник информации, контролируемый злоумышленником и дальнейшей выдачи измененных данных); путем появления регулярных и (или) трудно определяемых ошибок, вызванных технологическими сбоями, также снижают до-

верие к информации и вычислительной системе вне зависимости от причин сбоев; посредством внесения данных, изменяющих смысл информации, что приводит к ошибочным выводам и обесцениванию результата.

Несмотря на отсутствие формального понимания снижения доверия к информации, отсутствие ожиданий достоверного результата может привести к отказу от ее использования. Снижение доверия к таким службам, как удостоверяющий центр сертификатов электронной подписи, может привести к полному закрытию организации и крупному финансовому ущербу.

Заключение

Отсутствие однозначных и практически применимых определений указанных видов воздействий на информацию в нормативной базе снижает эффективность правоприменительной практики, делает законодательство неадекватным угрозам, не позволяют квалифицировать как преступные целый ряд вредоносных воздействий на информацию, имеющих место в цифровой среде.

С учетом изложенного считаем, что преступления в отношении информации должны квалифицироваться как компьютерные вне зависимости от способа воздействия: механического, магнитного или программного. Рассматривать же последствия следует с точки зрения влияния на информационную систему в целом. При квалификации компьютерных преступлений не следует использовать в качестве конstitutивных признаки, имеющие узко технологическую специфику. Технологические понятия не всегда имеют однозначное соответствие общепринятым терминам. Кроме того, они меняются со временем, что требует постоянной актуализации законодательной базы. Перечень последствий может быть открытым, а их перечисление должно иметь лишь ориентирующий характер.



Список источников

1. Арямов А.А. и др. Девиации в цифровом мире: уголовно-правовое измерение. Часть I. М.: Контракт, 2019. 160 с.
2. Борчева Н.А. Компьютерные преступления в России: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. М.: Прима-Пресс, 2001. 22 с.
3. Быков В.М., Черкасов В.Н. Новый закон о преступлениях в сфере компьютерной информации: ст. 272 УК РФ // Российский судья. 2012. № 5. С. 14–19.
4. Гладких В.И. Компьютерное мошенничество: а были ли основания его криминализации? // Российский следователь. 2014. № 22. С. 25–31.
5. Громов Е.В. Развитие уголовного законодательства о преступлениях в сфере компьютерной информации в зарубежных странах (США, Великобритании, ФРГ, Нидерландах, Польше) // Вестник ТГПУ. 2006. № 11. С. 30–35.

6. Ефремова М.А. Ответственность за неправомерный доступ к компьютерной информации по действующему законодательству // Вестник Казанского юридического института. 2012. № 8. С. 54–56.
7. Мешков В.М. Компьютерные преступления и защита компьютерной информации. Калининград: МВД России, 2003. 119 с.
8. Омаров М.Д. Проблемы определения состава преступления за неправомерный доступ к информационным ресурсам информационных систем // Юридический вестник ДГУ. 2011. № 4. С. 56–58.
9. Панфилова Е.И. Компьютерные преступления. СПб.: С.-Петербург. юрид. ин-т Генеральной прокуратуры, 2003. 47 с.
10. Рарог А.И. (отв. ред.) Качество уголовного закона: проблемы особенной части. М.: Проспект, 2017. 381 с.
11. Рарог А.И. (ред.) Уголовное право России. Части общая и особенная. М.: Проспект, 2018. 624 с.
12. Третьяк М.И. Модификация компьютерной информации и ее соотношение с другими способами компьютерного мошенничества // Уголовное право. 2016. № 2. С. 95–101.
13. Тропина Т.Л. Киберпреступность: понятие, состояние, уголовно-правовые меры борьбы: дис. ... к. ю. н. Владивосток, 2005. 235 с.
14. Халиуллин А.И. Неправомерное копирование как последствие преступления в сфере компьютерной информации // Российский следователь. 2015. № 8. С. 23–26.
15. Хилjuta В.В. Уголовная ответственность за хищения с использованием компьютерной техники // Журнал российского права. 2014. № 3. С. 111–118.
16. Южин А. А. Дискуссионные вопросы мошенничества в сфере компьютерной информации // Право и кибербезопасность. 2014. № 2. С. 15–18.
17. Buchanan R. *Cyber espionage and international law*. Oxford: Hart, 2019. 219 p.
18. Eun Y.-S., Aßmann J.S. Cyberwar: taking stock of security and warfare in the digital age. *International Studies Perspectives*, 2016, vol. 17, no. 3, pp. 343–360.
19. Stoddart K. UK cyber security and critical national infrastructure protection. *International Affairs*, 2016, vol. 92, no. 5, pp. 1079–1105.



References

1. Aryamov A.A. et al. (2019) *Deviations in the digital world: criminal and legal dimension*. Part I. Moscow: Kontrakt, 160 p. (In Russ.).
2. Borscheva N.A. (2004) *Computer crimes in Russia: Commentary to the Russian Criminal Code*. Moscow: Prima Press, 22 p. (In Russ.).
3. Buchanan R. (2019) *Cyberspionage and international law*. Oxford: Hart, 219 p.
4. Bykov V.M., Cherkasov V.N. (2012) New law on computer crimes: Art. 272 of the Criminal Code. *Rossiiskij sud'ya = Russian Judge*, no. 5, pp. 14–19. (In Russ.).
5. Criminal law of Russia (2018) A.I. Rarog (ed.). Moscow: Prospekt, 624 p. (In Russ.).
6. Efremova M.A. (2012) Liability for illegal access to computer information. *Vestnik Kazanskogo yuridicheskogo instituta = Herald of Kazan Jaw Institute*, no. 8, pp. 54–56. (In Russ.).
7. Eun Y.-S., Aßmann J. S. (2016) Cyberwar: Summing up security and war in the digital age. *Prospects for International Studies*, vol. 17, no. 3, pp. 343–360.

8. Gladkikh V.I. (2014) Computer fraud: and were there any grounds for criminalizing it? *Rossijski sledovatel'*=Russian Investigator, no. 22, pp. 25–31. (In Russ.).
9. Gromov E.V. (2006) Development of criminal legislation on crimes in the field of computer information in foreign countries (USA, Great Britain, Germany, the Netherlands, Poland). *Vestnik TGPU*=Herald of Tyumen Politechnical University, no. 11, pp. 30–35. (In Russ.).
10. Khaliullin A. I. (2015) Illegal copying as a consequence of a crime in the field of computer information. *Rossijskij sledovatel'*=Russian Investigator, no. 8, pp. 23–26. (In Russ.).
11. Khilyuta V.V. (2014) The liability for theft with using computer technology. *Zhurnal rossijskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 3, pp. 111–118. (In Russ.).
12. Meshkov V.M. (2003) *Computer crimes and protection of computer information*. Kaliningrad: MVD Institute, 119 p. (In Russ.).
13. Omarov M.D. (2011) Composition of illegal access for information systems resources. *Yuridicheskiy vestnik DGU*=Law Herald of Far East University, no. 4, pp. 56–58. (In Russ.).
14. Panfilova E.I. (2003) *The computer crimes*. Saint Petersburg: Prosecutor General research institute, 47 p. (In Russ.).
15. The quality of the criminal law: special part (2017) A.I. Rarog (ed.). Moscow: Prospekt, 381 p. (In Russ.).
16. Stoddart K. (2016) Cybersecurity of Great Britain and protection of critical national infrastructure. *International Affairs*, vol. 92, no. 5, pp. 1079–1105.
17. Tretyak M. I. (2016) Modification of computer information and its correlation with other methods of computer fraud. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 2, pp. 95–101. (In Russ.).
18. Tropina T.L. (2005) Cybercrime: concept, state, legal struggle. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Vladivostok, 235 p. (In Russ.).
19. Yuzhin A.A. (2014) Debatable issues of fraud in the field of computer information. *Pravo i kiberbezopasnost'*=Law and Cybersecurity, no. 2, pp. 15–18. (In Russ.).

Информация об авторах:

Ю.В. Грачева — доктор юридических наук, профессор;
С.В. Маликов — доктор юридических наук, профессор;
А.И. Чучаев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the authors

Yu.V. Gracheva — Doctor of Sciences (Law), Professor;
S.V. Malikov — Doctor of Sciences (Law), Professor;
A.I. Chuchaev- Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 19.05.2021; принята к публикации 26.05.2021.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 19.08.2021; accepted for publication 26.08.2021.

Научная статья

УДК: 341.64

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.177.204

Роль консультативных заключений Суда ЕАЭС в развитии права конкуренции Евразийского экономического союза*



Екатерина Борисовна Дьяченко¹,



Кирилл Владимирович Энтин²

^{1, 2} Суд Евразийского экономического союза, Минск, Беларусь

¹ DyachenkoEB@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2847-4713>

² kirill.entin@coleurope.eu, <https://orcid.org/0000-0003-3876-5458>



Аннотация

Настоящая статья содержит анализ (через призму практики Суда ЕАЭС) установленных в Договоре о Евразийском экономическом союзе общих принципов и правил конкуренции. Авторы рассматривают осуществляемые в рамках ЕАЭС виды политики, раскрывают разницу между общими принципами и правилами конкуренции и подчеркивают практическое значение вывода Суда о прямом действии и непосредственном применении общих правил конкуренции, открывшее дорогу широкому использованию права ЕАЭС на национальном уровне. Значительная часть статьи посвящена ставшим предметом судебного рассмотрения вопросам соотношения права конкуренции ЕАЭС и антимонопольного законодательства государств-членов, а также разграничению компетенции между Евразийской экономической комиссией и антимонопольными органами государств-членов. По мнению авторов, в то время как положения Договора направлены на исключение случаев, при которых расследование будет проводиться национальными антимонопольными органами и Комиссией одновременно, новизна антимонопольного регулирования и трудность применения критериев трансграничности обусловили необходимость предусмотреть ситуацию, при которой параллель-

* Изложенная в статье точка зрения является мнением авторов и не может считаться позицией Суда.

ные расследования не будут прекращены и увенчаются принятием решений обоими органами. Решением данной проблемы стало закрепление принципа *ne bis in idem* в консультативном заключении Суда от 18.06.2019. В аспекте разграничения компетенции между наднациональным и национальными уровнями правового регулирования заслуживает внимание позиция Суда, посвященная пресечению запрещенной координации экономической деятельности, сформулированная в его консультативном заключении от 17.12.2018. Комиссия обладает полномочиями пресекать координации экономической деятельности, когда такая деятельность способна оказать воздействие на конкуренцию на трансграничном рынке. В аспекте исследования вопросов материального права авторы уделяют особое внимание позиции Суда, посвященной праву государств-членов устанавливать в национальном законодательстве дополнительные критерии допустимости «вертикальных» соглашений, установленной в консультативном заключении от 4.04.2017. С учетом воздействия, которое оказало на становление права конкуренции ЕАЭС право Европейского союза, при исследовании консультативных заключений Суда ЕАЭС авторы проводят сравнительный анализ его практики с практикой Суда ЕС, подчеркивая основные моменты сходства и различия между ними.



Ключевые слова

право конкуренции ЕАЭС, Суд ЕАЭС, право Европейского союза, прямое действие, *ne bis in idem*, координация экономической деятельности, вертикальные соглашения

Для цитирования: Дьяченко Е.Б., Энтин К.В. Роль консультативных заключений Суда ЕАЭС в развитии права конкуренции Евразийского экономического союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 177–204. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.177.204

Law in the Modern World

Research article

The Role of the EAEU Court's Advisory Opinions in Development of the Eurasian Economic Union's Competition Law



Ekaterina B. Diyachenko¹,



Kirill V. Entin²

^{1,2}Eurasian Economic Union Court, Minsk, Belarus

¹DyachenkoEB@gmail.com, <https://orcid.org/>

²kirill.entin@coleurope.eu, <https://orcid.org/>



Abstract

The present article analyses the general principles and rules of competition stipulated in the Treaty on the Eurasian Economic Union in the light of the EAEU Court case law. The authors

review the types of policies implemented within the EAEU, explain the difference between the general principles and rules of competition and emphasize the practical importance of the Court's conclusion on the direct effect and direct applicability of the general rules of competition. A significant part of the article is devoted to issues addressed in the Court's case law on the interaction between EAEU competition law and the antitrust legislation of the member states, as well as to the competence delimitation between the Eurasian Economic Commission and the national competition authorities. According to the authors, despite the fact that the provisions of the Treaty are aimed at excluding cases in which investigation is to be carried out by national authorities and the Commission simultaneously, the novelty of regulation and the complexity of the transboundary markets criteria made it necessary for the Court to foresee a scenario where parallel investigations will not be terminated and will result in decisions by both bodies. The solution to the problem was found in the entrenchment of the *ne bis in idem* principle in the advisory opinion of 18 June 2019. In terms of distribution of powers between supranational and national levels of legal regulation, the Court's opinion on restraint of prohibited coordination of economic activities, stipulated in the advisory opinion of 17 December 2018, merits consideration. The Commission shall have competence to deal with this violation when the coordination of economic activities has an adverse effect on competition on a transboundary market. In the context of the substantive matters study, the authors take a close look at the position of the Court, set out in the Advisory opinion of 4 April 2017, related to the right of the member states to establish additional criteria for admissibility of "vertical" agreements in national legislation. Taking into account the influence of the law of the European Union on the development of EAEU competition law the authors undertake a comparative analysis of the EAEU Court's advisory opinions with the case law of the Court of Justice of the EU, underlining the main similarities and differences.



Keywords

competition law of the EAEU, EAEU Court, EU law, direct effect, *ne bis in idem*, coordination of economic activity, vertical agreements

For citation: Diyachenko E.B., Entin K.V. The Role of the EAEU Court 's Advisory Opinions in Development of the Eurasian Economic Union's Competition. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 177–204. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.177.204

Введение

Обеспечение добросовестной конкуренции является одним из ключевых условий создания Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС, Союз), о чем свидетельствует закрепление соответствующей цели в Преамбуле Договора о Союзе (далее — Договор о ЕАЭС, Договор), а также в ст. 3 Договора «Основные принципы функционирования Союза». Подобное правовое регулирование особенно важно на начальном этапе деятельности Союза, когда закладываются базовые подходы его дальнейшего развития. Для сравнения отметим, что в Европейском союзе (далее — ЕС) со вступлением в силу Лиссабонского договора 2009 года о реформе, «построение системы, предотвращающей нарушения правил конкуренции на внутреннем рынке», исключено из перечня целей и задач ЕС. Вместе с тем данное изме-

нение не следует считать знаком, что отныне обеспечению конкуренции в ЕС уделяется меньшее внимание. Оно представляет собой лишь осознание, что обеспечение конкуренции не является самостоятельной целью, а служит для решения иных задач, в первую очередь функционирования внутреннего рынка.

Передача вопросов конкуренции на наднациональный уровень неразрывно связана с формированием внутреннего рынка. Подобный процесс объясним: как только товары, работы и услуги получают возможность свободно перемещаться между территориями государств-членов интеграционного объединения, они выходят на общий рынок данного объединения, а значит и конкуренция покидает пределы государств, оказывая влияние на общий рынок. Регулирование вопросов конкуренции на трансграничных рынках и передача соответствующих полномочий наднациональному органу закономерно производится одновременно с правовым оформлением внутреннего рынка и свободного движения товаров, работ и услуг. Так, План действий по формированию Единого экономического пространства Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации на 2010–2011 годы, утвержденный Решением Межгоссовета ЕврАзЭС от 19.12.2009 № 35, предполагал подписание Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции¹.

Обращение к опыту ЕС также демонстрирует связь правил конкуренции с функционированием единого рынка товаров, работ и услуг. Регулирование на наднациональном уровне вопросов конкуренции было заложено уже в Римском договоре от 25.03.1957, а в Девятом отчете Европейской комиссии по конкурентной политике за 1979 год прямо указано, что ключевая задача права конкуренции состоит в защите единого рынка, воспрепятствовании созданию новых барьеров, когда прежние межгосударственные барьеры сняты в связи с формированием общего рынка². Вместе с тем вопросы о соотношении права Европейского экономического сообщества и национального законодательства и применения положений учредительного договора национальными антимонопольными органами долгое время³ не были урегулированы на законодательном уровне и решались Судом ЕС с использованием общих подходов на основе принципа верховенства. Таким образом, значимым источником правового регулирования отношений в области

¹ Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции подписано 9.12.2010, вступило в силу с 01.01.2012 и действовало до 01.01.2015 — даты вступления в силу Договора о ЕАЭС.

² Ninth report on Competition Policy. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/26e12860-4710-46be-bcfc-60582d4e51b2/language-en> (дата обращения: 03.08.2020)

³ Вплоть до принятия Регламента 1/2003. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.12.2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty // OJ L 1, 4.1.2003, pp. 1–25.

конкуренции, наряду с учредительными договорами и вторичным правом, были и остаются правовые позиции Суда ЕС.

Обращение к вопросу о месте практики суда интеграционного объединения имеет важное значение и в ЕАЭС. Сфера конкуренции является одной из областей, в которых правовое регулирование наиболее «рассредоточено» между различными актами права Союза, что, с одной стороны, создает проблемы, с другой, влечет трудности в правоприменении. Так общие принципы и правила конкуренции содержатся в самом Договоре⁴, а особенности их применения, порядок осуществления Евразийской экономической комиссией (далее — ЕЭК, Комиссия) контроля за их соблюдением и штрафные санкции за несоблюдение включены в Протокол об общих принципах и правилах конкуренции, являющийся приложением № 19 к Договору. Несмотря на закрепление в ст. 76 Договора в качестве условия реализации компетенции ЕЭК по пресечению нарушений общих правил конкуренции трансграничного характера товарного рынка, критерии отнесения рынка к трансграничному подлежат утверждению Высшим Евразийским экономическим советом⁵, а методика оценки состояния конкуренции — Советом Комиссии⁶.

В ситуации подобного правового регулирования закономерно, что именно судебной практике отводится роль инструмента, способного восполнить правовые лакуны за счет толкования норм права Союза с учетом общепризнанных принципов и норм международного права, практики иных интеграционных объединений и их судебных органов. Принимая во внимание наличие у актов Суда свойства *res interpretata*⁷, заключающегося в необходимости для органов ЕАЭС и государств-членов при применении права ЕАЭС руководствоваться сформулированными Судом правовыми позициями, на наш взгляд, обоснованно, что решения и консультативные заключения Суда могут считаться одним из видов источников права Союза. К тому же, как указывает судья ЕАЭС Т.Н. Нешатаева, со временем его правовая позиция может также стать правовой нормой в форме обычной или статутной нормы международного права и, таким образом, обрести обязательность [Нешатаева Т.Н., 2017: 64–79]. Более того, превращение правовой позиции в норму обычного права является достаточным для ее воздействия на соответствующую область общественных отношений, что не требует формализации данной позиции в качестве нормы писаного права. Обращение к практике Суда ЕС в сфере права конкуренции свидетельствует, что именно в ней рас-

⁴ Ст. 75 и 76 Договора о ЕАЭС.

⁵ П. 2 ст. 74 Договора о ЕАЭС.

⁶ П. 11 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции.

⁷ Подробнее о свойствах *res judicata* и *res interpretata* судебных актов см.: [Bodnar A., 2014: 223–262].

крываются закрепленные в учредительных договорах понятия, определения которых нет в актах вторичного права ЕС, как например «предприятие»⁸, «соглашение»⁹ или «доминирующее положение»¹⁰ и которыми руководствуются как Европейская комиссия как наднациональный антимонопольный орган, так и уполномоченные органы государств-членов. Более того, именно практика Суда ЕС является ключевым элементом при формировании доказательственных презумпций, которые играют значимую роль при оспаривании решений Европейской комиссии о привлечении к ответственности за нарушение права конкуренции [Bronckers M., Vallery A., 2011: 547–570].

Практика Суда ЕАЭС подтверждает, что его правовые позиции в области права конкуренции способны играть существенную роль в применении права конкуренции, причем это касается как общих вопросов, посвященных разделению компетенции между национальным и наднациональными уровнями регулирования, применению общих принципов, в частности, *ne bis in idem*, так и отдельным аспектам разграничения нарушений общих принципов конкуренции.

1. Передача на наднациональный уровень полномочий в сфере защиты конкуренции

Объем компетенции, переданной Союзу в различных отраслях, прямо урегулирован Договором о ЕАЭС и непосредственно связан с видом политики, осуществляемой в той или иной сфере.

Пунктом 1 статьи 1 Договора предусмотрено, что в рамках Союза обеспечивается проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных Договором и международными договорами в рамках Союза. В пункте 2 статьи 5 Договора конкретизировано, что государства-члены осуществляют скоординированную или согласованную политику в пределах и объемах, установленных Договором и международными договорами в рамках Союза. В силу ст. 2 Договора единая политика — это политика, осуществляемая государствами-членами в определенных ими сферах, предусмотренных данным Договором, предполагающая применение унифицированного правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в рамках их полномочий. В свою очередь, согласованная политика — это политика, осуществляемая государствами-членами в различных сферах, предполагающая гармонизацию

⁸ Суд ЕС. Дело C-41/90 Höfner and Elser v Macrotron. EU:C:1991:161.

⁹ Суд ЕС. Дело T-41/96 Bayer AG v Commission (Bayer Adalat). EU:T:2000:242.

¹⁰ Суд ЕС. Дела 27/76 United Brands. EU:C:1978:22 и 85/76 Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission. EU:C:1979:36.

правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в такой степени, которая необходима для достижения целей Союза, предусмотренных Договором. Наконец, скоординированная политика означает политику, предполагающую сотрудничество государств-членов на основе общих подходов, одобренных в рамках органов Союза, необходимых для достижения целей Союза, предусмотренных Договором.

Анализ Договора показывает, что в отдельных разделах не указано, какая именно политика осуществляется в конкретной сфере. Данное утверждение справедливо и по отношению к конкуренции в ЕАЭС. Подобное правовое регулирование потребовало от Суда выделения критериев каждой политики и определения свойственных им методов правового регулирования.

В консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях — первом судебном акте, посвященном вопросам конкуренции, Суд на основании ст. 2 Договора сформулировал критерии, позволяющие отнести ту или иную область к единой политике: наличие унифицированного правового регулирования; передача государствами-членами компетенции в данной сфере органам Союза в рамках их наднациональных полномочий¹¹. На основании данных критериев Суд пришел к выводу, что защита конкуренции на трансграничных рынках отнесена к единой политике Союза. Включив же регулирование какой-либо сферы общественных отношений в единую политику и тем самым наделив соответствующей компетенцией Союз, государства-члены утрачивают суверенные полномочия в данной области. При этом методом регулирования становится унификация — национальное законодательство заменяется правом ЕАЭС. Общественные отношения регулируются исключительно на наднациональном уровне.

При проведении согласованной политики государства-члены передают Союзу не все суверенные полномочия, а их часть. Используя метод гармонизации, на уровне ЕАЭС они осуществляют общее регулирование какой-либо сферы, наполняя его содержанием в национальном законодательстве. В данном случае регулирование осуществляется как на уровне ЕАЭС, так и государств-членов, а, значит, и компетенция разделена между Союзом и его членами. Таким образом, цели Союза достигаются в том числе инструментами национального права. Что касается скоординированной политики, то в этом случае, как указано в консультативном заключении, устанавливаются общие подходы, одобренные в органах Союза. Таким образом, органы Союза являются площадкой, на которой государства-члены могут сближать свои позиции.

¹¹ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 04.04.2017 по делу № СЕ-2-1/1-17-БК по заявлению Министерства юстиции Республики Беларусь. Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-18093> (дата обращения: 03.08.2020)

Констатируя, что правила в сфере защиты конкуренции на трансграничных рынках урегулированы правом Союза, а компетенция в данной области передана ЕЭК, Суд установил, что защита конкуренции на трансграничных рынках представляет собой единую политику. На том основании, что правовое регулирование конкуренции на национальных рынках установлено посредством закрепления общих принципов и правил конкуренции, которые могут быть развиты в законодательстве государств-членов, в консультативном заключении сделан вывод о проведении в данной сфере скоординированной политики.

Вывод об отнесении той или иной сферы к одной из политик, осуществляемых в Союзе, носит не только теоретический характер, поскольку позволяет установить дискрецию, которой обладают государства-члены при регулировании определенного вопроса.

Пунктом 2 статьи 74 Договора предусмотрено, что положения раздела XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов, и на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов.

Таким образом, регулирование конкуренции в ЕАЭС осуществляется на двух уровнях: национальном — в связи с отношениями по реализации конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов; наднациональном — применительно к отношениям с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более сторон. При этом действие Договора распространяется на отношения, складывающиеся на каждом из этих уровней, но объем такого регулирования различен.

Исходя из буквального толкования ст. 75, 76 Договора, общие принципы конкуренции адресованы исключительно государствам-членам (касаются национального уровня), а общие правила конкуренции адресованы и членам, и Союзу (касаются национального и наднационального уровня).

1.1. Общие принципы конкуренции

Применительно к ним в ст. 75 Договора используются формулировки «государства-члены в своем законодательстве...», «каждое государство-член обеспечивает...», «государства-члены в соответствии со своим законодательством...», «уполномоченные органы государств-членов в соответствии с законодательством своего государства...». Это означает, что общие

принципы конкуренции подлежат имплементации в национальное законодательство и развитию в нем. Таким образом, они являют собой инструмент гармонизации¹².

Характеризуя понятие «общие принципы», Р. Дворкин писал, что отличие между принципом и нормой состоит в характере указаний, которые они дают. В связи с их спецификой и характером нормы дают прямые ответы на поставленные вопросы. Принципы не излагают правовых последствий, которые прямо следуют из них, а закрепляют обоснования, что позволяет привести аргументы в пользу выбора какого-либо варианта, но не обязательно предопределяет результат [Dworkin R., 1977: 24]. Данное утверждение применимо к общим принципам конкуренции и роли, которую они призваны играть.

Поименованные в ст. 75 Договора общие принципы устанавливают обязательства членов ЕАЭС обеспечить соответствие своего антимонопольного законодательства требованиям, согласованным на наднациональном уровне, а форма, в которой такой соответствие будет обеспечено, остается на усмотрении национального законодателя. В связи с этим невозможно согласиться с высказываемым в российской доктрине мнением, согласно которому (с принятием Договора и прекращением действия Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции) «правовое поле наднационального антимонопольного регулирования существенно деградировало» [Писенко К.А., 2018: 212]. Напротив, детальная регламентация конкретных действий, которые надлежит предпринять государствам-членам, позволила привести их законодательство в соответствие с правом Союза.

Анализ Закона Республики Армения от 05.12.2000 № ЗР-112 «О защите экономической конкуренции»¹³ (далее — Закон Армении), Закона Республики Беларусь от 12.12.2013 №94-З «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»¹⁴ (далее — Закон Беларуси), Предпринимательского кодекса Республики Казахстан¹⁵ (далее — Предпринимательский кодекс Казахстана), Закона Кыргызской Республики от 22.07.2011 № 116 «О конкуренции»¹⁶ (далее — Закон Киргизии) и Федерального закона Российской Федерации от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁷

¹² Согласно ст. 2 Договора, гармонизация — это сближение законодательства государств-членов, направленное на установление сходного (сопоставимого) нормативного правового регулирования в отдельных сферах.

¹³ Официальные ведомости (вестник) Республики Армения. 2000. № 30.

¹⁴ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь от 19.12.2013.

¹⁵ Предпринимательский кодекс Республики Казахстан // Казахстанская правда. 2015. № 210 (28086).

¹⁶ Эркин-Тоо. 2011. № 60.

¹⁷ Российская газета. 2006. № 162.

(далее — Закон России), а также кодексов об административной ответственности государств-членов свидетельствует, что на национальном уровне обеспечена реализация общих принципов конкуренции.

Особенно интересно влияние общих принципов конкуренции на законодательство Армении и Кыргызстана. Анализ законов данных государств свидетельствует, что они претерпели значительные изменения после присоединения Армении и Кыргызстана к Союзу и приведения их нормативно-правовой базы в соответствие с Договором.

1.2. Общие правила конкуренции

Общие правила конкуренции сформулированы в ст. 76 Договора в форме запретов злоупотребления доминирующим положением (п. 1), недобросовестной конкуренции (п. 2), определенных видов соглашений между конкурентами (п. 3), «вертикальных» соглашений (п. 4) и иных соглашений (п. 5), а также координации экономической деятельности (п. 6).

В консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях Суд указал, что общие правила конкуренции обладают прямым действием и должны непосредственно применяться государствами-членами как нормы, закрепленные в международном договоре. Значение данного вывода заключается в том, что признание прямого действия за ст. 76 Договора о ЕАЭС открывает дорогу к ее активному использованию частными лицами в национальных судах. Аналогичным образом указание Суда на непосредственное применение данной статьи является своеобразной инструкцией антимонопольным органам государств-членов и национальным судам о применении указанной нормы даже при отсутствии соответствующих положений национального законодательства. Так, если поведение предприятия нарушает ст. 76 Договора, но не подпадает под юрисдикцию Комиссии, то это является поводом для обращения в национальные антимонопольные органы даже в отсутствие соответствующего положения в национальном законодательстве.

Прямое действие общих правил конкуренции имело принципиальное значение в период, когда законодательство государств-членов не было приведено в соответствие с союзным и его положения не содержали отдельных запретов, поименованных в ст. 76 Договора. В качестве примера приведем п. 6 ст. 76 Договора, устанавливающий запрет на координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов государств-членов. В законах Армении и Кыргызстана до недавнего времени соответствующая норма отсутствовала.

В праве ЕС положения ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС (далее — ДФЕС) также обладают прямым действием и должны непосредственно применяться национальными антимонопольными органами и су-

дами. Так, Регламент № 1/2003¹⁸ наделяет национальные антимонопольные органы и суды правом и обязанностью применить положения нынешних ст. 101 и 102 ДФЕС к соглашениям, способным повлиять на торговлю между государствами-членами. Если какое-либо соглашение подпадает под действие ст. 101 ДФЕС, национальный антимонопольный орган обязан проверить его не только на соответствие национальному законодательству в области конкуренции, но и на соответствие праву ЕС. Директива 2014/104/ЕС¹⁹ усиливает прямое действие положений ст. 101 и 102 ДФЕС, позволяя частным лицам, пострадавшим в результате нарушения правил конкуренции со стороны одного или нескольких предприятий, взыскивать с них убытки.

В развитие позиции о применении в государствах-членах норм ст. 76 Договора о Союзе сошлемся на п. 2 ст. 74 Договора и п. 8 Протокола, по результатам уяснения которых в консультативном заключении по Делу о применимости *Ne bis in idem*²⁰ Суд указал, что предусмотренная названными положениями права Союза обязанность государств-членов применять право ЕАЭС при пресечении нарушений общих правил конкуренции на их территории, не исключает ситуацию, при которой национальное законодательство содержит нормы, совпадающие с положениями Договора об общих правилах конкуренции. Примером подобного регулирования является закрепление в законодательстве всех государств-членов нормы о запрете злоупотребления доминирующим положением, аналогичной п. 1 ст. 76 Договора²¹. Именно такое правовое регулирование влечет ситуацию, когда одно и то же деяние лица образует нарушение права Союза и национального законодательства.

В аспекте дискреции государств-членов по имплементации в национальное законодательство общих правил конкуренции следует упомянуть правовую позицию Суда, изложенную в консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях. В данном акте Суд отрицательно ответил на вопрос заявителя о праве государства-члена устанавливать иные критерии допустимости «вертикальных» соглашений по сравнению с предусмотрен-

¹⁸ Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16.12.2002 об имплементации правил конкуренции, установленных статьями 81 и 82 Договора. ОJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

¹⁹ Директива Парламента и Совета ЕС № 2014/104/ЕС от 26.11.2014 о некоторых правилах, регулирующих иски о возмещении вреда по национальному праву при нарушении положений права конкуренции государств-членов и Европейского союза. ОJ L 349, 5.12.2014, pp. 1–19.

²⁰ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 18.06.2019 по делу № СЕ-2-1/21-19-БК по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-24833> (дата обращения: 03.08.2020)

²¹ Ст. 7 Закона Армении, п. 1 ст. 18 Закона Беларуси, ст. 174 Предпринимательского кодекса Казахстана, ст. 6 Закона Киргизии, ч. 1 ст. 10 Закона России.

ными Договором о Союзе. Суд констатировал, что право ЕАЭС разделяет понятия «критерий допустимости» и «запрет». При этом критерий допустимости — это исключение из запрета.

Как отмечает Суд Союза, Договор необходимо читать совместно с Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции²². Так, первый устанавливает, какие «вертикальные» соглашения запрещены, — те, которые имеют негативные последствия. В свою очередь Протокол устанавливает исключения из данного запрета — даже если запрещенное «вертикальное» соглашение устанавливает цену перепродажи товара²³, оно исключается из сферы действия запрета (признается допустимым), если доля одного из его участников на рынке соответствующего товара менее 20%²⁴. Смысл этого исключения в том, что из-за незначительной рыночной доли участников соглашения оно не будет иметь существенного влияния на конкуренцию на рынке.

Делая вывод об отсутствии у государства-члена права устанавливать в национальном законодательстве иные критерии допустимости «вертикальных» соглашений, Суд исходит из того, что предусмотренная Договором доля в размере 20% на рынке соответствующего товара — это «безопасная гавань», которая во всех случаях исключает применение к хозяйствующему субъекту запрета «вертикальных» соглашений. Эта «гавань» никоим образом не должна быть поставлена под угрозу в национальном законодательстве. Иначе уровень защиты, обеспечиваемой национальным законодательством, окажется ниже установленного Договором. Более того, возникнет ситуация, когда хозяйствующие субъекты из разных государств-членов будут поставлены в неравное положение, что затруднит торговлю между государствами.

Аналогичный подход свойственен ЕС. Так, в соответствии со ст. 3 Регламента № 1/2003 от 16.12.2002 об имплементации правил конкуренции, установленных ст. 81 и 82 Договора о Европейском сообществе²⁵ (в действующем Договоре о функционировании ЕС — ст. 101 и 102), применение национального конкурентного права не должно приводить к запрету соглашений, решений ассоциаций предприятий или картельной практики, которые могут затронуть торговлю между государствами-членами, но не ограничивают конкуренцию в значении ст. 81(1) Договора, или которые соответствуют условиям ст. 81(3), или охвачены действием одного из регламентов

²² Приложение №19 к Договору.

²³ Пп. 1 п. 4 ст. 76 Договора.

²⁴ П. 6 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции.

²⁵ Official Journal L 001, 04/01/2003 P. 1–25. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003R0001> (дата обращения: 9.06.2021)

о применении ст. 81(3) Договора (так называемых регламентов о блоковых исключениях²⁶). Иными словами, государства не вправе устанавливать во внутреннем праве более строгие правила в отношении соглашений, нежели установленные в праве ЕС. Следует также упомянуть, что Суд ЕС придерживался аналогичного подхода и до вступления в силу Регламента № 1/2003, о чем свидетельствуют решения по делам *Walt Wilhelm*²⁷ и *Giry and Guerlain*²⁸.

В консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях Суд ЕАЭС пришел к выводу о праве государств-членов устанавливать дополнительные требования или ограничения в отношении запретов. Первые являются условием применения запрета, что позволяет государствам-членам вводить более строгие правила. Вторые следует рассматривать как право членов в их законодательстве ограничивать действие запретов, введенных правом Союза, создавая собственную «безопасную гавань» в дополнение к предусмотренной правом ЕАЭС.

Что правовые позиции Суда по Делу о вертикальных соглашениях в полной мере можно считать инструментом действующего права, свидетельствует то, что они учтены законодательными органами Беларуси при разработке и принятии Закона «О внесении изменений и дополнений в закон Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»²⁹.

В рамках консультативного заключения по Делу о координации Суд сформулировал правовые позиции о разграничении на самостоятельные составы заключения «вертикального» соглашения и координации экономической деятельности, недопустимых в силу п. 4 и 6 ст. 76 Договора³⁰. По п. 6 ст. 76 Договора физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям запрещена координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, если такая координация приводит или может привести к любому из указанных в п. 3 и 4 данной статьи последствий, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции.

²⁶ См., например, Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20.04. 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices // OJ L 102, 23.4.2010, pp. 1–7.

²⁷ Case 14/68 *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt*. EU:C:1969:4.

²⁸ Joined cases 253/78 and 1 to 3/79 *Procureur de la République / Giry and Guerlain*. EU: C: 1980: 188.

²⁹ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь от 02.02.2018 .

³⁰ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 17.12.2018 по делу № СЕ-2-2/6-18-БК по заявлению Евразийской экономической комиссии. Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-22643> (дата обращения: 03.08.2020)

На основе взаимосвязанного прочтения п. 3–6 ст. 76 Договора Суд констатировал, что правом Союза запрещена такая координация экономической деятельности, которая приводит или может привести к наступлению негативных для конкуренции последствий, аналогичных последствиям соглашений между конкурентами и «вертикальных» соглашений. Осуществляя толкование понятия «координация экономической деятельности», содержащегося в п. 10 п. 2 Протокола, Суд выделил следующие признаки координации: координация осуществляется третьим лицом, в качестве которого может выступать физическое лицо, коммерческая или некоммерческая организация (координатор); координатор не входит в одну группу лиц ни с одним из хозяйствующих субъектов, действия которых согласовываются, и не осуществляет деятельность на том товарном рынке (рынках), на котором осуществляется координация; действия координатора направлены на согласование (координацию) экономической деятельности как минимум двух хозяйствующих субъектов государств-членов.

На основании этих признаков Суд констатировал, что координация выражается в целенаправленном воздействии координатора на хозяйствующих субъектов с целью формирования у них модели поведения и влияния на конкуренцию на товарном рынке. Данная позиция находит подтверждение как в доктрине, так и в практике. В частности, в теории права конкуренции отмечается, что целью деятельности координатора является выстраивание системы отношений координируемых субъектов, а также организация их взаимодействия путем формирования модели «параллельного поведения» [Беликова К.М., Габов А.В., Гаврилов Д.А., 2015]. Позиции арбитражных судов России сводятся к тому, что координация экономической деятельности является методом воздействия на отношения координируемых субъектов, базирующимся на их согласованной воле и представляющим собой внутреннее свойство системы их правоотношений³¹.

Значение данной правовой позиции как источника права ЕАЭС подтверждает тот факт, что она в полной мере учтена ЕЭК при принятии решения от 16.04.2020 № 46 о прекращении рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции в отношении ООО «ТД «КАМА»³².

Отметим, что в отличие от права ЕАЭС право ЕС не выделяет координирование поведения экономических субъектов в отдельный состав правонарушения, однако ст. 101 ДФЕС охватывает такие формы антиконкурентного

³¹ См., напр.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 09.03.2017 по делу № А55-5884/2016.

³² Решение Евразийской экономической комиссии от 16.04.2020 № 46 «О прекращении рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках». Available at: URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01425396/err_20042020_46 (дата обращения: 03.08.2020)

поведения предприятий, как заключение антиконкурентных соглашений и картельную практику³³, а также решения ассоциаций предприятий. При этом именно ассоциации предприятий и выступают как правило площадками, на которых осуществляется координация деятельности экономических субъектов³⁴. Соответственно Европейская комиссия взяла за правило налагать штрафы за нарушение права конкуренции не только на участников сговора, но и на ассоциации, обеспечившие такую координацию, даже если позиция ассоциации была выражена в форме рекомендаций и не предусматривала санкций за неисполнение³⁵.

Еще интереснее ситуация, когда координация осуществляется хозяйствующим субъектом, находящемся на другом товарном рынке. Так, в деле *Delfina*³⁶ Суд ЕС признал виновной в участии в картеле на рынке покупки табака у производителей и первичной переработки свежих листьев табака компанию, действовавшую на рынке последующих операций, поскольку она принимала активное участие в организации картеля и выступала в роли медиатора при возникновении споров.

Анализ практики Суда ЕС показывает, что под действие установленного в ст. 101 ДФЕС запрета подпадает действие лиц, характеризующихся в качестве координаторов картельного сговора³⁷. Так, в деле *Treuhand I*³⁸ виновным в участии в картеле на рынке по производству органических пероксидов было признано консалтинговое агентство. В деле *Treuhand II*³⁹ та же компания оказалась замешанной в картеле производителей термостабилизаторов, выделяя помещения для встреч и осуществляя сбор и распространение данных о продажах участников сговора. Наконец, в недавнем решении по делу *ICAP*⁴⁰ Суд ЕС подтвердил наложение штрафа на брокерскую компанию, распространявшую вводную в заблуждение информацию и выполнявшую роль канала для обмена сообщениями между участвующими в картеле банками.

Таким образом, Европейская комиссия и Суд ЕС считают необходимым привлечение к ответственности за нарушение права конкуренции не только лиц, непосредственно участвующих в сговоре, но также и тех, кто содей-

³³ Аналогом в российском законодательстве выступают «согласованные действия».

³⁴ Суд ЕС. Дело C-309/89 *Wouters and Others*. EU: C: 2002: 98.

³⁵ Суд ЕС. Дела C-96/82 *NV IAZ International Belgium and others v. Commission*. EU:C:1983: 310; 45/85 *Verband der Sachversicherer v. Commission*. EU:C:1987:34; T-325/01 *DaimlerChrysler v. Commission*. EU:T:2005:322.

³⁶ Суд ЕС. Дело T-29/05 *Delfina v. Commission*. EU:T:2010:355.

³⁷ Англ.: *facilitator*.

³⁸ Суд ЕС. Дело T-99/04 *AC-Treuhand v. Commission (Treuhand I)*. EU:T:2008:256.

³⁹ Суд ЕС. Дело C-194/14 P *AC-Treuhand AG v. Commission (Treuhand II)*. EU:C:2015:717.

⁴⁰ Суд ЕС. Дело T-180/15 *Icap plc and Others v. Commission*. EU:T:2017:795.

ствует в его организации и имплементации, даже если они не находятся на одном товарном рынке с нарушителями⁴¹.

Рассматривая вопрос о разграничении координации экономической деятельности и «вертикальных» соглашений, Большая коллегия Суда пришла к выводу о том, что указанные действия, запрещенные пп. 4 и 6 ст. 76 Договора, образуют самостоятельные составы нарушений общих правил конкуренции, основными критериями разграничения которых являются круг субъектов, характер их взаимодействия и положение в структуре товарного рынка. Полагаем, что данный вывод Суда имеет важное практическое значение для деятельности ЕЭК по пресечению нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках, поскольку признание лица осуществившим недопустимую координацию экономической деятельности исключит возможность признания его нарушившим запрет заключения «вертикальных» соглашений.

Схожий подход присущ правоприменительной практике ФАС России и арбитражных судов. В частности, имеют место решения антимонопольного органа, которыми участники антиконкурентного соглашения признавались нарушившими запрет заключения таких соглашений, а лицо, координировавшее их деятельность, — нарушившим запрет недопустимой координации⁴².

2. Разграничение компетенции между Евразийской экономической комиссией и уполномоченными органами государств-членов

По общему правилу разграничение компетенции между ЕЭК и уполномоченными органами государств-членов происходит в зависимости от негативного влияния нарушения на конкуренцию на рынке одного государства-члена либо на конкуренцию на трансграничном рынке. Понятие «трансграничный рынок» введено п. 1 ст. 74 Договора и означает рынок, охватывающий территории двух и более государств-членов. Критерии отнесения рынка к трансграничному утверждены решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29 (далее — Критерии). Помимо указанного выше общего определения трансграничного рынка, также закрепленного в п. 2 Критериев для определения компетенции Комиссии применительно к пресечению отдельных запретов, предусмотренных п. 1–5 ст. 76 Договора, сформулированы дополнительные критерии (п. 3–5 Критериев). Вместе с тем применительно к запрету координации экономической

⁴¹ Подробнее см.: [Talbot C., 2016: 9–14].

⁴² Напр., решение ФАС России № 111/98-12, являвшееся предметом обжалования в рамках арбитражного дела № А40-14219/2013.

деятельности (п. 6 ст. 76) дополнительное условие, предопределяющее наличие у Комиссии полномочий по пресечению соответствующего нарушения, Критериями предусмотрено не было, что и обусловило обращение Комиссии за разъяснением.

В консультативном заключении Суд указал, что Комиссия осуществляет пресечение координации экономической деятельности при условии, что такая координация оказывает негативное влияние на конкуренцию на трансграничном товарном рынке. Данная позиция Суда означает, что п. 2 Критериев отнесения рынка к трансграничному является самостоятельной правовой нормой, которая применяется по умолчанию и не требует обязательной конкретизации в иных пунктах. Таким образом, Суд отказался от идеи связать полномочия Комиссии по пресечению координации экономической деятельности с ее полномочиями по пресечению горизонтальных или вертикальных соглашений, которые могут стать результатом такой координации. Тем самым Суд Союза сделал выбор в пользу придания максимальной эффективности полномочиям ЕЭК по пресечению нарушения общих правил конкуренции, дав Комиссии право проводить расследования и привлекать к ответственности осуществляющее координацию лицо даже когда хозяйствующие субъекты, деятельность которых координируют, находятся в одном государстве. Следует признать, что и данный подход не лишен недостатков. Так, теоретически возможна ситуация, когда расследование в отношении участников антиконкурентного соглашения, если они зарегистрированы в одном государстве-члене, будет проводиться антимонопольным органом этого государства, а в отношении координатора, зарегистрированного в другом государстве-члене, — Комиссией. Вместе с тем мы полагаем, что передача всех полномочий антимонопольному органу государства регистрации хозяйствующих субъектов создала бы большие риски, поскольку позволила бы координатору, расположенному в ином государстве, уйти от ответственности.

Отметим, что подобное регулирование существовало на основе ранее действовавшей редакции п. 4 Критериев⁴³, согласно которой для реализации ЕЭК полномочий по пресечению запрещенной координации требовалось, чтобы два хозяйствующих субъекта, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, были зарегистрированы на территории разных Сторон.

Описанная ситуация иллюстрирует необходимость более гибкой системы распределения полномочий между ЕЭК и антимонопольными органами го-

⁴³ Критерии в редакции от 19.12.2012 приняты в соответствии с ч. 3 ст. 1 Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции от 09.12.2010, которое утратило силу с даты вступления в силу Договора о ЕАЭС.

сударств-членов, дабы избежать параллельных расследований в отношении участников соглашения и координатора. В основу подобной системы можно положить европейскую модель, допускающую передачу расследования национальными антимонопольными органами на наднациональный уровень и наоборот⁴⁴.

Для сравнения инструментов взаимодействия ЕЭК и национальных антимонопольных органов с порядком распределения полномочий между Европейской комиссией и уполномоченными органами государств — членами ЕС, а также их взаимодействием обратимся к Регламенту ЕС № 1/2003 от 16.12.2002 «Об имплементации правил конкуренции, установленных статьями 81⁴⁵ и 82⁴⁶ Договора»⁴⁷, Совместному заявлению Совета ЕС и Европейской комиссии о функционировании Европейской сети по вопросам конкуренции (далее также — Совместное заявление)⁴⁸, а также Уведомлению Европейской комиссии о сотрудничестве в рамках Европейской сети по вопросам конкуренции⁴⁹ (далее — Уведомление). Последнее не обладает обязательной юридической силой, однако служит для национальных антимонопольных органов практическим руководством.

По ст. 5 Регламента 1/2003 национальные антимонопольные органы государств-членов должны обладать полномочиями применять ст. 101 и 102 ДФЕС к конкретным делам, включая не только право, но в некоторых случаях и обязанность применять и национальное право, и право ЕС. В соответствии с п. 11 Совместного заявления и п. 5 Уведомления в основу Регламента 1/2003 положена система параллельной компетенции по применению ст. 101 и 102 ДФЕС. Данная система предполагает, что дела будут рассматриваться антимонопольным органом или органами, которые способны восстановить или поддерживать конкуренцию на рынке. Как следует из п. 5 Уведомления, система параллельных компетенций предполагает три сценария: ведение дела одним национальным антимонопольным органом, при содействии

⁴⁴ Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16.12.2002 об имплементации правил конкуренции, установленных статьями 81 и 82 Договора // OJ L 1, 4.1.2003, P. 1–25; Уведомление Комиссии о сотрудничестве с сетью антимонопольных органов // OJ C101/43. 2004.

⁴⁵ Нынешняя ст. 101 ДФЕС.

⁴⁶ Нынешняя ст. 102 ДФЕС.

⁴⁷ Official Journal L 001, 04/01/2003 P. 1–25. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003R0001> (дата обращения: 08.07.2021)

⁴⁸ Joint Statement of the Council and the Commission on the functioning of the network of Competition Authorities. Available at: ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf (дата обращения: 08.07.2021)

⁴⁹ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (Text with EEA relevance). Official Journal C 101, 27.04.2004, pp. 43–53. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427(02)) (дата обращения: 05.07.2021)

антимонопольных органов других государств-членов; параллельное ведение дела несколькими антимонопольными органами; ведение дела Европейской комиссией.

Распределение полномочий между ЕЭК и антимонопольными органами государств-членов также являлось предметом анализа Суда в консультативном заключении по Делу о применимости *Ne bis in idem*. В основу выводов Суда положена сформулированная в консультативном заключении по Делу о координации позиция, согласно которой определяющим фактором для установления компетенции Комиссии или уполномоченного органа государства-члена служит географическая характеристика рынка. Рассматривая упомянутую ранее ситуацию, когда одно и то же деяние лица образует нарушение права Союза и национального законодательства, Суд констатировал: с учетом того, что трансграничный рынок охватывает товарные рынки государств-членов, (возможное) негативное влияние на трансграничные рынки и одновременно на национальный рынок государства-члена, следует рассматривать как единое нарушение на трансграничных рынках и его пресечение относить к компетенции ЕЭК. Полагаем, что в данном случае имеет место ситуация, когда нарушение общих правил конкуренции на трансграничном рынке, поглощает аналогичное нарушение законодательства государства-члена.

Указанный подход позволил Большой коллегии сформулировать позицию: если лицо посредством совершения одного действия нарушает законодательство государства-члена и норму права Союза, причем такое нарушение оказывает или может оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках (т.е. имеет место совпадение состава нарушения), несоблюдение положений Договора на трансграничном рынке подлежит пресечению Комиссией и исключает ответственность по национальному законодательству.

Данный вывод Суда целесообразно читать совместно с особым мнением судьи В.Х. Сейтимовой к консультативному заключению⁵⁰. В особом мнении указано: установление того, какой орган уполномочен на пресечение нарушения, не зависит от квалификации деяния хозяйствующего субъекта в качестве нарушения права Союза или законодательства государства-члена, поскольку определяющим фактором является трансграничность товарного рынка. Изложенная правовая позиция имеет большое значение для хозяйствующих субъектов, позволяя им избежать привлечения к ответственности за совершение одного и того же деяния на национальном и наднациональном уровнях.

Рассмотрение полномочий Комиссии и национальных антимонопольных органов не будет полным без анализа допустимости придания положениям

⁵⁰ Подробнее о роли особых мнений см.: [Исполинов А.С., 2018: 218–233].

ст. 76 Договора экстерриториального действия. Формулировки названной правовой нормы оставляют открытым вопрос — подлежат ли применению установленные правом Союза запреты нарушения общих правил конкуренции к хозяйствующим субъектам, зарегистрированным вне государств-членов Союза. Буквальное толкование ст. 76 Договора демонстрирует, что только п. 3, запрещающий «горизонтальные» соглашения, адресован исключительно хозяйствующим субъектам государств-членов. В связи с этим закономерно встает вопрос о возможности интерпретировать п. 1 или 4 ст. 76 Договора, содержащие запрет злоупотребления доминирующим положением и «вертикальных» соглашений как допускающий экстерриториальное действие названных правовых норм. Применение метода грамматического толкования позволяет утверждать о допустимости использования указанных положений Договора к хозяйственной практики лиц из третьих государств.

Не исключен также такой аргумент: когда создатели договора имели намерение ограничить действие статьи хозяйствующими субъектами государств-членов, они прямо указали на это в соответствующей норме, как, например, в п. 3 ст. 76 Договора. Контраргументом в пользу подобной позиции может быть указание на факт, что в п. 7 ст. 76 Договора компетенция Комиссии прямо ограничена пресечением нарушений общих правил конкуренции хозяйствующими субъектами, физическими лицами и некоммерческими организациями государств-членов. Вместе с тем наличие у общих правил конкуренции свойства непосредственного применения допускает пресечение соответствующих нарушений, допущенных иностранными лицами, антимонопольными органами государств-членов. Более того, национальное законодательство, в частности, п. 1 и 2 ст. 3 Закона России, содержат норму об экстерриториальности, в силу которой положения названного закона распространяются на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица; применяются также к достигнутым за пределами территории России соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории России.

О допустимости подхода, в силу которого пресечение нарушений общих правил конкуренции иностранными лицами может быть отнесено к компетенции национальных антимонопольных органов, свидетельствует и п. 4 ст. 74 Договора, в силу которого государства-члены проводят согласованную конкурентную политику в отношении действий хозяйствующих субъектов третьих стран, если такие действия могут негативно влиять на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов.

В связи с этим невозможно согласиться с имеющимся в доктрине мнением, что следует считать парадоксальной ситуацию, «когда член Союза будет рассматривать дело и привлекать к ответственности хозяйствующий субъект, противоправная деятельность которого фактически затрагивает интересы нескольких членов Союза, в то время как ЕЭК не вправе применять меры принуждения к такому хозяйствующему субъекту» [Соколов А.Ю., Дехтярь И.Н., 2019: 61–64].

3. Принцип *Ne bis in idem* в праве Союза

Уяснение содержания принципа *ne bis in idem* (невозможность дважды привлечь лицо к ответственности за одно и то же нарушение) свидетельствует, что условно он разделен на два элемента: «bis», т.е. повторность наказания или привлечения к ответственности, и «idem» — требование, чтобы повторное наказание или привлечение к ответственности касалось одного и того же поведения.

Право Союза прямо не закрепляет данного принципа; и впервые он обоснован Судом в одноименном консультативном заключении⁵¹. Как следует из консультативного заключения, а также особого мнения судьи В.Х. Сейтимовой⁵², Большая коллегия выводит данный принцип из общепризнанных принципов и норм международного права, общих конституционных традиций членов Союза.

Комментируя данную правовую позицию, отметим, что на международно-правовом уровне принцип *ne bis in idem* включен в Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), участниками которого являются все члены Союза. Согласно п. 7 ст. 14 данного Пакта никто не должен быть вторично судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан в соответствии с законом и уголовно-процессуальным правом каждой страны. Принцип *ne bis in idem* также отражен в ст. 4 Протокола № 7 к Европейской конвенции о защите прав человека (1950). Данный протокол был подписан и ратифицирован 42 из 45 государств-членов Конвенции, в том числе Арменией и Россией. Соблюдение принципа гарантировано конституциями государств-членов

⁵¹ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 18.06.2019 по делу № СЕ-2-1/21-19-БК по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-24833> (дата обращения: 03.08.2020)

⁵² Суд ЕАЭС. Особое мнение судьи В.Х. Сейтимовой к консультативному заключению от 18.06. 2019 по делу № СЕ-2-1/21-19-БК по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-24803> (дата обращения: 3.08.2020)

ЕАЭС⁵³ и закреплено их законодательством об уголовной и административной ответственности⁵⁴. Отметим также, что принцип *ne bis in idem* получил отражение в практике Конституционного Суда России⁵⁵.

Обращение к данному принципу и обязанность добросовестного исполнения положений права Союза о разграничении компетенции позволили Большой коллегии сформулировать позицию, по которой если лицо одновременно подвергнуто ответственности за совершение одного и того же деяния решениями Комиссией и уполномоченным органом государства-члена, отмене подлежит решение, принятое с нарушением требований Договора о разграничении полномочий между Комиссией и национальными органами.

Полагаем, что закрепление принципа *ne bis in idem* имеет чрезвычайно важное значение для Союза, поскольку может рассматриваться как значимый шаг на пути формирования общих принципов его права. Данный термин был впервые использован Судом Союза в консультативном заключении по делу о государственных закупках⁵⁶ в отношении принципа пропорциональности и, по аналогии с правом ЕС, обозначает универсальные правовые принципы, выводимые Судом из международного права или конституционных традиций государств-членов, используемых при толковании права Союза или при контроле законности решений Евразийской экономической комиссии⁵⁷. Это также свидетельствует о стремлении ЕАЭС обеспечить соблюдение прав и свобод на уровне не ниже, чем они закреплены в международных договорах и гарантированы национальными конституциями. С практической точки зрения обращение к данному принципу будет содействовать реализации норм права Союза о разграничении полномочий между ЕЭК и национальными антимонопольными органами.

В дополнение в качестве иллюстрации применения и отказа в применении принципа *ne bis in idem* укажем следующее. Примером, когда принцип *ne bis in idem* не может быть применен, служит ситуация, при которой на

⁵³ П. 1 ст. 68 Конституции Республики Армения, п. 3 ст. 27 Конституции Кыргызской Республики, п. 3 ст. 77 Конституции Республики Казахстан и п. 1 ст. 50 Конституции Российской Федерации.

⁵⁴ П. 6 ст. 3 Уголовного кодекса Республики Беларусь, п. 2 ст. 6 Уголовного кодекса Кыргызской Республики, п. 2 ст. 11 Кодекса Кыргызской Республики о нарушениях, п. 2 ст. 6 Уголовного кодекса Российской Федерации и ч. 5 ст. 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

⁵⁵ Постановления от 4.02.2019 № 8-П, от 21.03.2013 № 6-П, от 11.05.2005 № 5-П.

⁵⁶ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 13.01.2021 № СЕ-2-2/7-20-БК по заявлению Евразийской экономической комиссии (дело о государственных закупках). Available at: URL: http://courteurasian.org/court_cases/P-3.20/ (дата обращения: 24.08.2021).

⁵⁷ Подробнее об общих принципах права ЕС см.: [Tridimas T., 2006: 720]; [Simmelmann C., 2013: 457–487].

трансграничном рынке хозяйствующий субъект злоупотребляет доминирующим положением посредством совершения одних действий (например, отказа в заключении договора), а на национальном товарном рынке — иных (например, посредством поддержания монопольно высокой цены). Хотя оба действия образуют юридический состав «злоупотребления доминирующим положением», это злоупотребление осуществляется посредством различного поведения субъекта.

Также данный принцип распространяется только на идентичные факты, а значит совершение лицом повторного нарушения (аналогичные действия) не препятствует его привлечению к ответственности и наказанию за нарушение, являющееся аналогичным предыдущему.

Поскольку наибольшее развитие в сфере конкуренции принцип *ne bis in idem* получил в праве ЕС, обратимся к анализу случаев и особенностей применения данного принципа в практике Суда ЕС. Впервые принцип *ne bis in idem* применительно к сфере конкуренции нашел отражение в решении Суда ЕС по делу *Wilhelm and others*⁵⁸. В этом деле Суд, отвечая на вопрос о праве национального органа на расследование картельного сговора, за участие в котором уже вынесено решение Комиссии, отметил, что такая возможность существует, так как национальное право и право конкуренции ЕС рассматривают антиконкурентное поведение с разных сторон. Право ЕС — в свете препятствий, которые могли возникнуть в торговле между государствами-членами, а национальное законодательство — на основе интересов, которое оно стремилось защитить. Комментируя данное решение, важно учитывать, что оно принято на очень ранней стадии развития права конкуренции — когда законодательство государств-членов не было гармонизировано и зачастую подчинялось иным целям. Не действовали ни Хартия основных прав, ни Протокол №7 к ЕКПЧ, а на национальные антимонопольные органы не возлагалась обязанность применения права ЕС.

Критерии, по которым Суд ЕС оценивает соблюдение принципа *ne bis in idem*, формализованы в решении по делу *Aalborg Portland*⁵⁹: принцип применим лишь когда факты, нарушитель и охраняемый правовой интерес совпадают. В решении по делу *Showa Denko*⁶⁰ Суд ЕС указал, что когда Комиссия налагает санкции за неправомерное проведение предприятия, даже если данное поведение происходит из международного картельного сговора, она

⁵⁸ Решение Суда ЕС от 13.02.1969 по делу 14/68 *Walt Wilhelm and Others v Bundeskartellamt*. EU:C: 1969:4.

⁵⁹ Решение Суда ЕС от 07.01.2004 по объединенным делам C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P и C-219/00 P — *Aalborg Portland and Others v Commission*. EU:C:2004:6.

⁶⁰ Решение от 29.06.2006 по делу C-289/04 P — *Showa Denko v Commission*. EU:C: 2006:431.

преследует цель защитить свободную конкуренцию в рамках общего рынка. С учетом особой природы правовых интересов, охраняемых на уровне ЕС, проводимая Комиссией оценка в рамках ее полномочий может существенно отличаться от той, что проводится органами третьих стран, ответственными за защиту конкуренции. Соответственно, принцип *ne bis in idem* не применяется в ситуации, когда правовые системы и органы по охране конкуренции третьих стран предпринимают действия в рамках собственной юрисдикции. Подобный подход выглядит спорным, так как во многих случаях штрафы накладываются за одно и то же нарушение, а размер штрафов исчисляется из процента из годового оборота компаний [van Bockel B., 2010: 139].

Практика Суда ЕС также дала ответ на вопрос о допустимости повторного решения Комиссии, если первое было отменено по процедурным основаниям. В решении по делу *Limburgse Vinyl*⁶¹ Суд подтвердил законность решения Комиссии, указав, что принцип *ne bis in idem* не препятствует возобновлению разбирательства того же антиконкурентного поведения в ситуации, когда первое решение отменено по процедурным основаниям без вынесения решения по существу, поскольку отмена решения при таких обстоятельствах не может рассматриваться как «оправдание».

Важно также уточнить, что позиция Суда ЕС в деле *Limburgse Vinyl* не может быть переложена по аналогии на ситуации, когда Суд ЕС отменяет решение Комиссии по существу. В таких случаях Комиссия не вправе преодолеть решение Суда ЕС путем повторного расследования и принятия нового решения⁶².

03.04.2019 Суд ЕС вынес решение по делу *Powsszechny Zakład Ubezpieczeń*⁶³ в порядке преюдициального запроса по обращению Верховного Суда Польши о допустимости наложения польским антимонопольным органом санкций в рамках одного и того же решения, за нарушение польского законодательства о конкуренции и ст. 102 ДФЕС. Суд ЕС указал, что принцип *ne bis in idem* преследует целью предотвратить ситуацию, при которой предприятие может быть признано виновным или разбирательство может быть проведено против него повторно, что подразумевает, что предприятие было признано виновным или невиновным в более раннем решении, которое уже не может быть обжаловано. Суд посчитал, что когда национальный антимонопольный орган применяет национальное законодательство о конкуренции и

⁶¹ Решение от 15.10.2002 по объединенным делам C-238/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P и C-254/99 P — *Limburgse Vinyl and Others v Commission*. EU: C: 2002: 582.

⁶² Подробнее см.: [Rosano A., 2011: 39–58].

⁶³ Решение от 03.04.2019 по делу C-617/17 — *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*. EU: C: 2019: 283.

нынешнюю ст. 102 ДФЕС параллельно как того требует п. 1 ст. 3 Регламента 1/2003, повторного разбирательства не происходит [Libertini M., 2019, 232].

При сравнении подхода Суда ЕС и Суда ЕАЭС отметим, что Суд ЕАЭС, принимая критерии тождества субъекта и правонарушения, не использует критерий тождества охраняемого правового интереса. Это объясняется, с одной стороны, близостью антимонопольного регулирования в государствах-членах Союза. С другой стороны, данный критерий подвергается жесткой критике не только в доктрине, но и в заключениях Генеральных адвокатов Суда ЕС (см., например, заключение Генерального адвоката Валя по делу *Powsszechny Zaklad Ubezpieczen*⁶⁴ и Генерального адвоката Кокотт в деле *Toshiba*⁶⁵) и, хотя Суд ЕС пока формально не отказался от него, на практике выполнение данного критерия применительно к праву государств-членов Союза и праву ЕС ни разу не ставилось под сомнение. Суд признал его невыполненным лишь применительно к соотношению между правом конкуренции ЕС и третьих стран (в частности, США и Канады) в деле *Showa Denko*. Наконец на отказ Суда ЕАЭС от использования дополнительного критерия могла оказать влияние упомянутая выше практика Европейского суда по правам человека, согласно которой условия применения принципа *non bis in idem* также не предполагает обязательного тождества охраняемого правового интереса.

Заключение

При сравнительно небольшом количестве вынесенных ЕЭК решений право конкуренции ЕАЭС имеет чрезвычайно высокий потенциал. Это связано прежде всего с невозможностью реализовать задачу построения общего рынка без соблюдения игроками основополагающих правил конкуренции на рынке. В этом плане примечательно, что одним из первых решений Комиссии о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках стало решение о разделе товарного рынка по географическому признаку⁶⁶. На первоначальном этапе работы Комиссии и Суду важно прежде всего выработать принципы действий в данной сфере и решить такие насущные вопросы, как соотношение наднационального и национального

⁶⁴ Opinion of Advocate General Wahl in *Powszechny Zakladm*, C-617/17, EU:C:2018:976.

⁶⁵ Opinion of Advocate General Kokott in *Toshiba Corporation and Others*, C-17/10, EU:C:2011:552, points 97 to 134.

⁶⁶ Решения Коллегии ЕЭК от 17.09.2019 № 165 и от 07.07.2020 № 88 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках». Available at: URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01223125/clcd_19092019_165; https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01226793/err_10072020_88 (дата обращения: 04.08.2020)

права конкуренции, разграничение полномочий между Комиссией и анти-монопольными органами государств-членов. В аспекте оптимального применения права конкуренции правовые позиции Суда играют значимую роль не только при разрешении дел, но прежде всего при восполнении пробелов в праве Союза, заполнение которых осуществляется посредством судебного толкования. Правовые позиции, выработанные Судом в консультативных заключениях, посвященных аспектам регулирования конкуренции в Союзе, влияют на развитие права ЕАЭС (причем не только в области антимонопольного регулирования, как это было применительно к принципам прямого действия и непосредственного применения), способствуют формированию общих принципов права ЕАЭС на примере принципа *ne bis in idem*, влияют на правотворчество государств-членов и на правоприменительную деятельность ЕЭК.



Список источников

1. Беликова К.М., Габов А.В., Гаврилов Д.А. Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве // СПС КонсультантПлюс.
2. Исполинов А.С. Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 218–233.
3. Нешатаева Т.Н. Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву // Международное правосудие. 2017. № 2. С. 64–79.
4. Писенко К.А. Административно-правовые принципы антимонопольной политики в контексте проблематики обеспечения стратегических задач государства и баланса интересов / Актуальные вопросы современного конкурентного права; отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2018. Вып. 2. С. 51–64.
5. Серегин Д.И. О понятии трансграничного товарного рынка. Актуальные вопросы современного конкурентного права... Вып. 3. С. 63–70.
6. Соколов А.Ю., Дехтярь И.Н. К вопросу о полномочиях ЕЭК по применению мер административного принуждения в связи с нарушениями антимонопольного законодательства // Административное право и процесс. 2019. № 7. С. 61–64.
7. Bodnar A. *Res Interpretata: Legal effect of the ECHR judgments for other states than those were party to the proceedings / Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century. Comparative Perspectives on Law*. Haack Y., Brems E. (eds.). Dordrecht: Springer, 2014, pp. 223–262.
8. Bronckers M., Vallery A. No longer presumed guilty: impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law. *World Competition: Law and Economics Review*, 2011, vol. 34, no. 4, pp. 535–570.
9. Dworkin R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. 371 p.
10. Libertini M. Cumulative enforcement of European and national competition law and the *Ne Bis in Idem* principle. Case Comment to the Judgement of EU Court of Justice of 3 April 2019 (case C-617/17). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 19, no. 12, pp. 231–243.

11. Rosano A. Ne Bis Interpretatio In Idem? Two Faces of the Ne Bis In Idem Principle in the Case Law of the European Court of Justice. *German Law Journal*, 2011, vol. 18, no. 1, pp. 39–58.
12. Semmelmann C. General Principles in EU Law between a Compensatory Role and an Intrinsic Value. *European Law Journal*, 2013, no. 4, pp. 457–487.
13. Talbot C. AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages. *Commercial Law Practitioner*, 2016, pp. 9–14.
14. Tridimas T. *The General Principles of EU Law*. Oxford: OUP, 2006. 720 p.
15. Van Bockel B. *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2010. 267 p.



References

1. Belikova K.M., Gabov A.V., Gavrilov D.A. (2015) Coordinating economic activity in Russian legal space. *SPS Konsul'tant Plus*. (In Russ.).
2. Bodnar A. (2014) Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for States Were not Party to the Proceedings. In: Haec Y., Brems E. (eds.) *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century. Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer, pp. 223–262.
3. Bronckers M., Vallery A. (2011) No Longer Presumed Guilty: The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law. *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 34, no. 4, pp. 535–570.
4. Dworkin R. (1977) *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 371 p.
5. Ispolinov A.S. (2018) Dissenting opinions in international courts: doctrine and practice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* = Law.Journal of Higher School of Economics, no. 1, pp. 218–233. (In Russ.).
6. Libertini M. (2019) Cumulative Enforcement of European and National Competition Law and the Ne Bis in Idem Principle Case Comment to the Judgement of EU Court of Justice of 3 April 2019 (case C-617/17). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 19, no. 12, pp. 231–243.
7. Neshataeva T. N. (2017) The Court of the European Economic Union: from legal position to acting law. *Mezhdunarodnoe pravosudie*=International Justice, no. 2, pp. 64–79. (In Russ.).
8. Pisenko K.A. (2018) Administrative law principles of antimonopoly policy in the light of strategic objectives and the balance of interest. In: A.V. Belitskaya et al (eds.) *Issues of modern competition law*. Moscow: Yustitsinform, pp. 51–64. (In Russ.).
9. Rosano A. (2011) Ne Bis Interpretatio In Idem? The Two Faces of the Ne Bis In Idem Principle in the Case Law of the European Court of Justice. *German Law Journal*, vol. 18, no. 1, pp. 39–58.
10. Seregin D.I. (2019) Re the concept of transborder market of goods. In: *Issues of modern competition law*. Moscow: Yustitsinform, pp. 63–70. (In Russ.).
11. Semmelmann C. (2013) General Principles in EU Law between a Compensatory Role and an Intrinsic Value: General Principles of EU Law. *European Law Journal*, vol. 19, no. 4, pp. 457–487.
12. Sokolov A. Yu., Dekhtyar' I.N. (2019) On the powers of the ECE concerning the breaches of antimonopoly legislation. *Administrativnoe pravo i process* =Administrative Law and Process, no. 7, pp. 61–64. (In Russ.).

13. Talbot C. (2016) AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages. *Commercial Law Practitioner*, pp. 9–14.
 14. Tridimas T. (2006) *The General Principles of EU Law*. Oxford: OUP, 720 p.
 15. Van Bockel B. (2010) *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 267 p.
-

Информация об авторах:

Е.Б. Дьяченко — кандидат юридических наук, советник судьи Суда ЕАЭС;
К.В. Энтин — кандидат юридических наук, заместитель руководителя Секретариата, начальник экспертно-аналитического отдела Суда ЕАЭС.

Information about the authors:

E.B. Diyachenko — Candidate of Sciences (Law), Counsellor to a judge;
K.V. Entin — Candidate of Sciences (Law), Deputy registrar — Head of the Legal Research and Analysis Department.

Статья поступила в редакцию 07.08.2020; одобрена после рецензирования 16.11.2020; принята к публикации 18.01.2021.

The article was submitted 07.08.2020; approved after reviewing 16.11.2020; accepted for publication 18.01.2021.

Научная статья

УДК: 346.546

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.205.229

Концепция экономической зависимости в регулировании предпринимательской деятельности



Евгения Юрьевна Борзило

Исследовательский центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Москва, Россия, borzilo@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3832-9018>



Аннотация

Институт экономической зависимости — один из традиционных институтов предпринимательского законодательства и законодательства о конкуренции. Несмотря на то, что он отсутствует в законодательстве ЕС, его развитие и применение наблюдается на уровне ряда национальных европейских юрисдикций. Этот институт через запрет злоупотребления им призван решать критически важную сегодня проблему: пресечение злоупотребления положением экономически зависимой или слабой стороны, достижение баланса в отношениях с недоминирующим хозяйствующим субъектом. Сквозной анализ, проведенный автором, охватывает как нормы национального европейского законодательства, так и наиболее существенные судебные дела. Изучение национального законодательства отдельных европейских юрисдикций позволяет выделить основные характеристики института, к которым относятся в том числе отсутствие альтернативы и дисбаланс в предпринимательских отношениях и как следствие — несамостоятельность зависимого участника рыночных отношений. Сравнивая институт экономической зависимости и проблемы идентификации злоупотребления ею с родственным ему институтом доминирующего положения, автор выявляет сходные и различные характеристики. К схожим автор относит такие характеристики, как элементы власти, влияния на контрагентов, возможность определять их поведение на рынке, отсутствие у них альтернативы. К отличающимся характеристикам относятся, по мнению автора, количественные характеристики, присущие доминирующему положению, а также степень влияния и содержание власти. Злоупотребление зависимостью и доминирующим положением также имеет сходные и отличные черты, особенно это относится к так называемым «договорным» случаям злоупотреблений. Однако сфера

применения запрета злоупотребления доминирующим положением и запрета злоупотребления экономической зависимостью принципиально отличаются. Отдельно необходимо отметить, что злоупотреблением экономической зависимостью могут быть признаны те договорные модели, которые традиционное законодательство о конкуренции сочло бы допустимыми. Автор приходит к выводу, что категория экономической зависимости, хотя ее правоприменителем зачастую является антимонопольный орган, образует самостоятельную категорию экономического права с растущей популярностью и функциональностью, а также с широкой сферой применения.



Ключевые слова

конкуренция, конкурентное законодательство, экономическая зависимость, злоупотребление экономической зависимостью, альтернатива, доминирующее положение и злоупотребление им, разумность

Для цитирования: Борзило Е.Ю. Концепция экономической зависимости в регулировании предпринимательской деятельности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С.205–229. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.205.229

Research article

Concept of Economic Dependence in Business Regulation



Evgeniya Yu. Borzilo

S.S. Alekseev Research Center of Private Law under the President of the Russian Federation, Moscow, Russia, borzilo@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3832-9018>



Abstract

Economic dependence and prohibition of abuse thereof are traditional institutes of competition law. Although we cannot observe it in EU competition law, it exists and it is used very efficiently in many national laws. By prohibition of abuse of economic dependence it solves a crucial problem of prevention of abuse of dependent party position. The analysis is through and it embraces both law and practice. Comparing economic dependence and dominance as well as abuse thereof author identifies common and different features. Elements of power, influence on counterparties, ability to define their mode to conduct business and absence of any viable alternative are those in common. The different features are those connected with quantitative characteristics of the market dominance and the scale of the market power. Abuse of the economic dependence as well as abuse of market dominance also have much in common, especially if so called “contract related” abuses are in question. However author believes that the scope of the application of these prohibitions is absolutely different although the practices in question may look similar in similar situations. It is worth adding that prohibition of abuse of economic dependence covers and thus is capable to solve the problems that the prohibition of the abuse of dominance is unable to solve. In addition contract models admissible under traditional competition law are prohibited if applied to establish economic dependence or to abuse thereof. Upon the results of the comparison

author believes that economic dependence is one of the categories of the economic law with very wide application scope and high functionality.



Keywords

competition, competition law, economic dependence, abuse of economic dependence, dominant position and abuse thereof, alternative, reason.

For citation: Borzilo E. Yu. Concept of economic dependence in business regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 205–229. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.205.229

Введение

Основой свободной конкуренции является независимость — как независимость самих конкурентов, так и независимость их контрагентов. Однако в реалиях современной экономики ни абсолютного равенства, ни абсолютной независимости не существует. Поэтому законодательство практически всех юрисдикций, и Россия здесь не исключение, содержит нормы, направленные на достижение баланса сторон в предпринимательской деятельности: за это отвечают нормы гражданского и антимонопольного законодательства. Но является ли это регулирование во всех случаях совершенным и полным? Данная статья посвящена исследованию специального правового регулирования отношений, которым присущ один из видов вид неравенства — экономическая зависимость. Для анализа использовано несколько научных методов, как общих (диалектика, анализ и синтез, абстрагирование и конкретизация), так и частных: историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-логический, метод анализа документов. Поскольку исследование носит комплексный характер, ряд вопросов изучен как междисциплинарный, т.е. на стыке права и экономики. Учитывая экономическое содержание ряда элементов рассматриваемого правового института, анализ является сквозным: характеристики одного и того же института рассмотрены через призму различных законодательных и правоприменительных подходов.

1. Категория «экономическая зависимость» в законодательстве и правоприменении

Категория «экономическая зависимость» в российском законодательстве не определена, хотя используется в предпринимательском правоприменении. Так, п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возника-

ющих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»¹ применительно к антимонопольным спорам подтверждается право участника гражданского оборота защищаться по правилам ст. 10 и 428 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), «в том числе по основаниям, связанным с неравенством переговорных возможностей, экономической зависимостью одной стороны договора от другой и несправедливостью условий договора, предложенных доминирующим на рынке субъектом». ВС РФ не определяет принадлежность данной категории к определенной отрасли законодательства, однако подчеркивает ее значимость применительно к спорам с занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектам.

Самостоятельной категории экономической зависимости нет в законодательстве Евросоюза, которое традиционно является источником имплементации норм конкурентного законодательства в российский правовой порядок. Однако в ряде публикаций можно видеть точку зрения: нормы об экономической зависимости являются следствием расширения национальных законодательств во исполнение европейских директив [Wachsmann A., Zacharie N., 2012: 112–115]. Не оспаривая эту позицию, обратимся непосредственно к первоисточнику.

Анализ национальных законодательств зарубежных стран позволяет выделить ряд юрисдикций, в которых данная категория давно живет самостоятельной и весьма продуктивной жизнью. В первую очередь, с учетом недавних поправок, обратимся к праву Германии. В 2013 году так называемая Восьмая поправка к Закону о борьбе с ограничениями конкуренции (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* — *GWb*)² ввела сразу несколько новых категорий рыночной власти и корреспондирующие запреты. Помимо непосредственно доминирующего положения Закон стал содержать категории: «относительная рыночная власть», которая означает такую зависимость от контрагента, при которой разумной возможности заменить его не существует; «более значимая рыночная власть», чем власть конкурента; непосредственно «зависимость». Зависимость поставщика от покупателя презюмировалась, если поставщик регулярно предоставлял покупателю не только скидки, но и вознаграждения в иной форме, если подобные преимущества другим не предоставлялись. Мы наблюдаем здесь, как законодатель использует косвенный критерий: существо отношений устанавливается посредством анализа внешних признаков.

До недавнего времени все три категории применялись со значительными оговорками: зависимыми могли быть признаны только средние и малые

¹ Available at: URL: <https://www.vsrfr.ru/documents/own/29742/> (дата обращения: 11.10.2021)

² Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (дата обращения: 11.10.2021)

предприятия, в равной степени недобросовестное использование относительной или более значимой рыночной власти было запрещено только в их отношении.

Запреты при этом были специфичны: обладая относительной рыночной властью, нельзя было необоснованно ущемлять контрагента или дискриминировать его, у зависимых нельзя было требовать необоснованных преимуществ. Наличие слабого конкурента обязывало хозяйствующего субъекта в ряде случаев не использовать цены ниже собственных затрат, а также не вынуждать их повышать цены на смежных конкурентных рынках. Сразу же отметим особенность немецкого законодательства — это единственная юрисдикция из исследованных, где обнаружена норма, прямо направленная на защиту не только контрагентов, но и конкурентов. Таким образом, законодательство давало очевидно слабому участнику дополнительные гарантии, причем как в ходе конкуренции, так и при заключении и исполнении договоров³.

Однако в январе 2021 года правовое регулирование данной сферы в Германии претерпело изменения. Десятая поправка к GWB, которая в основном касалась цифровой сферы, расширила сферу использования категорий «зависимость» и «относительная рыночная власть» для всех случаев: пострадавший контрагент более не должен относиться к малым и средним предприятиям, защитная норма теперь общедоступна⁴. Это дополнение позволит существенно изменить ландшафт правоприменения, поскольку уравняет всех участников рынка. Обращает внимание предложенная немецким законодателем трактовка зависимости в связи с внесенным изменением: законодатель прямо признает, что в современной экономике «расклад сил» таков, что возможна эксплуатация одних сильных участников рынка другими, не менее сильными.

Дело в данном случае не только в том, что поправки стали частью так называемого «цифрового» пакета, направленного на пресечение злоупотреблений конкурентными преимуществами в сфере цифровых технологий, где сильные и слабые участники рынка могут постоянно меняться местами. С экономической точки зрения зависимость может быть свойственна любой отрасли: производитель, долгое время проработавший с одним дистрибьютором, становится от него зависимым в силу сложившихся стабильных экономических связей. Аналогично соглашения об эксклюзивности в долгосрочной перспективе приводят к возникновению экономически зависимой стороны, а, возможно, и к взаимной зависимости.

³ Available at: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (дата обращения: 13.06.2021)

⁴ https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0002.pdf%27%5D__1611043118542 (дата обращения: 13.06.2021)

Норма о запрете злоупотребления экономической зависимостью активно используется. Одним из ярких дел последних лет является дело Edeka (дело о «свадебных предпочтениях»), когда новый приобретатель торговой сети, не имея обоснований, кроме факта приобретения данной инфраструктуры, затребовал у поставщиков игристых алкогольных напитков те же предпочтения (бонусы, скидки, отсрочки и т.п.), что и предыдущий владелец⁵. Зависимость поставщиков была установлена, в том числе и с учетом характеристик поставляемого товара: игристые алкогольные напитки не уникальны, круг их производителей очень широк, в него входят не только немецкие производители. Как было установлено, потребителю важен напиток сам по себе, в отличие от уникальных вин, а не напиток конкретного производителя. Следовательно, сеть имеет возможность быстро заменить поставщика, что будет незаметно потребителю, а производитель не так мобилен, он не обладает возможностью так же быстро войти в новую сеть.

Следующая юрисдикция, хоть и небольшая, но значимая с точки зрения исследования также хронологически — Бельгия. В 2020 году Бельгия ввела в экономическое законодательство нормы о запрете злоупотребления экономической зависимостью. В частности, Законом от 04.04.2019, вступившим в силу 22.08.2020, введена ст. IV.2/1 Бельгийского кодекса экономического права (CEL)⁶. Бельгийский подход сходен с близким автору французским: констатация экономической зависимости во многом через ту же безальтернативность, запрет злоупотребления ею, фактическое или потенциальное влияние на конкуренцию на бельгийском рынке. Формулировка следующая: запрещается одной или несколькими компаниям злоупотреблять экономической зависимостью, в которой одна или несколько компаний оказываются по отношению к ней (ним), поскольку это может повлиять на конкуренцию на бельгийском рынке или его существенной части. За нарушение налагается штраф в размере до 2% от консолидированного оборота компании-нарушителя в Бельгии. Как следует из открытых источников, в октябре 2020 года эта норма была применена без учета третьего критерия⁷. Обратим внимание на оговорку о влиянии на бельгийский рынок по двум причинам: во-первых, дословного аналога в немецком законодательстве нет, что важно для дальнейшего сравнения, во-вторых, аналогичную норму о влиянии на рынок как условие квалификации можно наблюдать в правилах, регулирующих поведение доминирующих хозяйствующих субъектов [Blox J., 2021: 322].

⁵ Available at: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-52bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=KVR%203/17&nr=80792> (дата обращения: 05.06.2021)

⁶ Available at: https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20190404_loi_wet.pdf (дата обращения: 05.06.2021)

⁷ Available at: <https://www.klgates.com/The-Enforcement-of-Abuse-of-Economic-Dependence-in-the-EU-1-28-2021> (дата обращения: 13.06.2021)

Перейдем к источнику заимствования CEL — французскому законодательству, которое содержит, по сути, три запрета для участников рынка, обладающих властью на нем: запрет злоупотребления доминирующим положением, запрет злоупотребления экономической зависимостью и запрет дискриминационных практик. В интересующей нас части запрета злоупотребления экономической зависимостью предусмотрена оговорка — когда такое злоупотребление влияет или может повлиять на функционирование или структуру конкуренции (ч. 2 ст. 420-2 Французского торгового кодекса (далее — ФТК), т.е. бельгийское заимствование было практически полным⁸. Характерна разница во времени: в ФТК норма существует с 2001 года.

Как и в ранее рассмотренных случаях, экономическая зависимость во Франции — понятие комплексное. Экономически зависимым может быть признан клиент или поставщик, у которого нет выбора на рынке. Отсутствие альтернативного заменителя товара может быть связано с отсутствием на рынке конкуренции, низким уровнем спроса, характеристиками сети дистрибуции товара или его потребительскими свойствами. Французское Министерство экономики приводит следующие критерии экономической зависимости: значительность продаж, приходящихся на конкретного контрагента; известность торговой марки/популярность товара; важность сегмента рынка или самого контрагента; наличие или отсутствие альтернативы; совокупность факторов, приведшая к возникновению зависимости (самостоятельное решение или вынужденное).

Практика запрета широка, хотя и неоднородна, что является одной из причин ее частой критики [Marty F., Reis P., 2013: 582]. Одним из самых известных дел стало дело 2009 года в отношении Carrefour⁹, которая использовала целую систему инструментов для эксплуатации своих дистрибьюторов и расширения собственной торговой сети. С рядом дистрибьюторов Carrefour заключила франчайзинговый договор сроком на семь лет с возможностью его автоматического продления еще на такой же срок. Параллельно с франчайзингом подписывался еще один семилетний контракт, согласно которому дистрибьюторы обязывались вводить в оборот товары, произведенные под собственной торговой маркой Carrefour. Контракты заключались с разницей в один месяц, так что один них всегда был в силе. Отмена любого из контрактов влекла выплату существенной неустойки.

⁸ Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006113741/#LEGISCTA000006113741 (дата обращения: 14.06.2021)

⁹ Autorité de la Concurrence, Décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité. Available at: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d08.pdf> (дата обращения: 08.06.2021). Во всех случаях автор приводит ссылки на дела без детального пересказа их содержания и этапов рассмотрения для краткости изложения.

Кроме того, Carrefour планомерно входила в уставный капитал своих франчайзи с правом выкупа дополнительных акций/долей и увеличения своего участия. В дополнение к этим мерам, которые сами по себе создают зависимость в долгосрочной перспективе, франчайзинговые договоры предусматривали скидки за лояльность и обязанность соблюдать рекомендованные цены перепродажи.

Дело известно в первую очередь тем, что несмотря на очевидную созданную Carrefour системную зависимость, французский антимонопольный орган не установил ее существования. Правоприменитель пошел по пути дробного анализа договоров и, рассмотрев каждый договор по отдельности, пришел к выводу о его потенциальной прибыльности для отдельно взятого контрагента. Анализировать созданную Carrefour систему в целом Autorité de la Concurrence отказалась. Этот подход затем был раскритикован [Boy L., 2013: 586].

Однако в современных условиях данная норма стала действенным инструментом пресечения торговых практик, находящихся вне периметра формализованного запрета злоупотребления доминирующим положением. Так, в марте 2020 года французское антимонопольное ведомство оштрафовало Apple на 1,1 млрд. евро за злоупотребление экономической зависимостью своих премиальных дистрибьюторов. Дистрибьюторы премиум-класса экономически зависели от Apple, поскольку в контрактах содержалось условие об эксклюзивности, а клиенты Apple, как правило, лояльны. Apple злоупотребила этой экономической зависимостью, дискриминируя дистрибьюторов премиум-класса по сравнению с собственными торговыми точками Apple и более крупными розничными продавцами (например, супермаркетами). Система скидок для премиальных дистрибьюторов также была неопределенной, что не позволяло дистрибьюторам планировать торговые практики и существенно затрудняло их предпринимательскую деятельность¹⁰.

Очевидно, что за прошедшие годы французское антимонопольное ведомство изменило подход к анализу экономической зависимости: место анализа каждого отдельно взятого договора занял системный анализ последствий и анализ договорных моделей. В контексте экономической зависимости эта смена вектора важна и с другой точки зрения: как видно из приведенных примеров, экономическая зависимость конструируется с помощью методов, разрешенных в договорном праве. Ни один из видов договоров, и ни одна из моделей, примененных Carrefour и Apple не являются недопустимыми исключительно в рамках норм законодательства о договорах. Недопустимыми

¹⁰ Decision. № 20-D-04, 16 mars 2020, Apple. Available at: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-de-la-distribution-de-produits-de-0> (дата обращения: 09.06.2021)

их делают результаты использования, которые оцениваются с точки зрения законодательства о конкуренции.

Возможно, рекордсменом по срокам существования нормы о запрете злоупотребления экономической зависимостью в массиве предпринимательского законодательства является Италия. Здесь отметим интересный отраслевой подход: норма содержится в специальном законодательстве. Статья 9 итальянского Закона № 192 от 18.06.1998 (Закон о субподряде в производственной деятельности)¹¹ запрещает злоупотребление экономической зависимостью одной или нескольких компаний. Зависимым может быть признан как поставщик, так и его контрагент. Зависимость определяется как дисбаланс в правах и обязанностях в коммерческих отношениях. При оценке экономической зависимости также принимается во внимание возможность найти удовлетворительную альтернативу на том же товарном рынке. Несмотря на то, что категория отраслевая — субподряд в производственных отношениях (хотя в этом случае термин «производственные отношения» объемён), компетентным административным правоприменителем является итальянский антимонопольный орган (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, далее — AGCM). Он же уполномочен налагать административное взыскание и применять предупредительные меры в этом случае. Защищаться от данной формы злоупотребления допустимо также в суде через запретительные меры и требования о взыскании убытков.

Характерно, что норма активно применяется. Так, в ноябре 2020 года AGCM начало расследование в отношении группы Benetton (возглавляемой Benetton Group S.r.l.)¹² за предполагаемое злоупотребление экономической зависимостью на рынке одежды. AGCM сосредоточило свое внимание на двух франчайзинговых соглашениях, заключенных с независимым розничным продавцом продукции под брендом Benetton. Согласно AGCM, Benetton влияла, помимо прочего, также на организационную структуру своих франчайзи, делая ее менее гибкой, а также влияла на стратегический выбор розничного продавца, например, на определение предложений продажи и заказов на закупку, не только с точки зрения сроков, но и количества. Тем самым франчайзи был лишены возможности самостоятельно определять свою коммерческую практику на рынке. На момент подготовки настоящей статьи дело еще не рассмотрено до конца, однако конечный результат будет безусловно интересен.

¹¹ Available at: <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/dettaglio?id=58e16284-f1d9-4712-9db9-cfcf13959ec4&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/normativa> (дата обращения: 10.06.2021)

¹² Available at: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/11/A543>; <https://www.idi-project.com/news/italy-critical-remarks-investigation-opened-agcm-against-benetton-abuse-economic-dependence> (дата обращения: 11.06.2021)

2. Характеристики экономической зависимости

Проведенный обзор позволяет сделать ряд промежуточных выводов общего характера в отношении иностранных юрисдикций и самой категории «экономическая зависимость», которые затем попробуем экстраполировать на российское правоприменение и реальность. В первую очередь: категория экономической зависимости не является в зарубежном правоприменении ни новой, ни экстраординарной. Из законодательных определений и правоприменительной практики можно вывести основные сущностные характеристики экономической зависимости: безальтернативность, дисбаланс в предпринимательских отношениях и, как следствие, несамостоятельность зависимого хозяйствующего субъекта.

Безальтернативность во всех случаях — это не абсолют, у нее есть пределы. У контрагентов может быть техническая и юридическая возможность расторгнуть договор, прекратить не устраивающие коммерческие отношения и найти нового поставщика, возможно, с новой договорной моделью. При этом даже на законодательном уровне заложена условность этой альтернативы, где базовым критерием становится экономическая разумность. Штрафные неустойки, которые могут быть предусмотрены условиями договора с экономически более сильным контрагентом, могут выступать в качестве серьезного экономического аргумента против прекращения договорных отношений. Однако потери от выплаты неустойки потенциально восполнимы в средне- или долгосрочной перспективе по результатам сотрудничества с другим контрагентом, который не будет навязывать свою стратегию и требовать предоставления преимуществ.

В условиях конкуренции (а в ситуации экономической зависимости конкуренция все же существует) возможности избежать навязывания путем смены модели сотрудничества и переход к конкуренту не могут не учитываться. Однако как оценить этот фактор конкуренции? Правоприменительная практика исходит из того, что факт конкуренции — между поставщиками или между их контрагентами — не означает, что альтернатива есть. Не отрицая свободу каждого участника рынка в выборе контрагента, законодательство и правоприменительная практика констатируют экономическую трудность смены контрагента как обязательное условие установления экономической зависимости [Wagner von Papp F., 2018: 225-264].

Причины этой экономической трудности (читай — невыгодности) могут быть самыми разными, как например, экстраординарная лояльность покупателей в деле Apple, или долгий срок сотрудничества с предыдущим собственником и невозможность быстро перенаправить потоки товара на другие торговые точки при низкой потребительской лояльности, как в деле Edeka. При всем своем разнообразии причины всегда имеют экономическую

основу и должны быть разумными. Кроме того, крайне важно, что в данном случае мы наблюдаем не власть на рынке, а власть над конкретным контрагентом, что, кстати, во многом разграничивает злоупотребление экономической зависимостью и злоупотребление доминирующим положением.

Следствием безальтернативности является дисбаланс в отношениях между сторонами. Сильная сторона в данном случае обладает большими переговорными возможностями и как следствие может навязывать свою политику другой, слабой стороне. В зарубежном правоприменении этот термин зачастую обозначается как *superior bargaining position* (SBP) и во многих случаях считается разновидностью экономической зависимости либо полностью с нею ассоциируется. В 2008 году International Competition Network¹³ выпустила большой обзор практики законодательного закрепления и разрешения споров, связанных с регулированием SBP, где классифицировала несколько групп юрисдикций: юрисдикции, где специальные положения об SBP отсутствовали; где вопросы SBP были поглощены категорией «экономическая зависимость»; где SBP регулировалась самостоятельно.

Отметим, что для России ICN усмотрела регулирование SBP в нормах законодательства о конкуренции, что само по себе спорно. Исследование проводилось до внесения изменений в часть 1 ГК РФ, поэтому привести соответствующие нормы ICN на тот момент технически мы не могли, однако, как представляется, Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁴ (далее — Закон о защите конкуренции) в очень малой степени регулирует и вопросы экономической зависимости, и вопросы SBP.

Характерно, что SBP и способность эффективно вести переговоры не эквивалентны: компания может квалифицированно проводить переговорную кампанию, отстаивать свои интересы и все равно находиться в дисбалансе по отношению к своему контрагенту. Так было в деле Edeka: производители игристых вин успешно провели переговоры с торговой сетью, добились некоторых результатов, но все равно дали сети требуемую и ничем не обоснованную скидку. В этом деле именно успешные переговоры стали одним из камней преткновения, поскольку Высший суд Дюссельдорфа расценил их как доказательство отсутствия дисбаланса и зависимости, с чем впоследствии Федеральный суд не согласился.

На практике эффективность переговорной позиции обеспечивается не только положением компании, но конъюнктурой в точке времени, когда ве-

¹³ ICN Special Program for Kyoto Annual Conference Report on Abuse of Superior Bargaining Position Prepared by Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, ICN 7th annual conference, 14-16.04.2008. Available at: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_ASBP2008.pdf (дата обращения: 07.06.2021)

¹⁴ СЗ РФ. 2006. №31 (1 ч.). Ст. 3434

дуются переговоры, и в значительной степени квалификацией сотрудников, т.е. зависит от субъективных факторов. Дисбаланс в коммерческих отношениях и свойственная ему SBP одного из участников правоотношений не точечное явление — она является следствием глобальной ситуации, которая складывается из нескольких постоянных компонентов (используемая сторонами договорная модель, общее состояние конкуренции на рынке, состав и количество его участников, характеристики товара, уровень и интенсивность потребительского спроса, доступные каналы дистрибуции). Наличие дисбаланса является одним из факторов потери самостоятельности слабого контрагента.

Снижение самостоятельности (не полное ее отсутствие) является не столько признаком, сколько следствием экономической зависимости. В отношениях с сильным контрагентом зависимый хозяйствующий субъект лишается возможности определять свою торговую политику без оглядки на сильного контрагента. Причем эта несамостоятельность может быть как «тактической» (как в случае с Opel, отказавшейся раскрывать особенности своего нового программного обеспечения большинству дилеров¹⁵), так и «стратегической» (Benetton и потенциальная невозможность его контрагентов самостоятельно планировать собственную деятельность в долгосрочной перспективе).

Выявив характеристики экономической зависимости, необходимо ответить на ряд практических и теоретических вопросов. В первую очередь необходимо определить отраслевую принадлежность института экономической зависимости и запрета злоупотребления ею. На первый взгляд, ответ очевиден: это часть антимонопольного законодательства / законодательства о конкуренции. Первая причина, лежащая на поверхности, — место нахождения соответствующей нормы: законы, регулирующие правила конкуренции. Во Франции запрет злоупотребления экономической зависимостью и запрет злоупотребления доминирующим положением даже включены в одну норму ФТК (ст. 420-2). Второй признак — правоприменитель. Даже если норма не является формально частью законодательства о конкуренции, как, например, в Италии, административным правоприменением занимается антимонопольный орган. Однако такой подход формален, неоправданно сужает сферу применения нормы и искажает ее смысл, а также опровергается при расширении «выборки» юрисдикций.

В Греции злоупотребление экономической зависимостью регулируется Законом № 146/1914 «О недобросовестной конкуренции». Закон запрещает злоупотребление одним или несколькими предприятиями экономической зависимостью, которая связывает одного хозяйствующего субъекта с дру-

¹⁵ Там же.

гим, не имеющим какой-либо эквивалентной альтернативы. Первоначально запрет на злоупотребление отношениями экономической зависимости содержался в законодательстве о конкуренции, в 1995 году эта норма была исключена, затем последовала долгая история возвращений и исключений, в результате чего в 2009 году она была включен в упомянутый закон, что в итоге привело к плачевным результатам [Truli E., 2017: 579–585].

Ответ на вопрос лежит в понимании назначения законодательства о конкуренции и его места в системе норм права. Традиционное восприятие законодательства о конкуренции как административного и направленного, в первую очередь, на защиту публичных интересов [Petersen N., 2013: 600–636], в значительной степени устарело. В отличие от, например, налоговых правоотношений, в случае с правилами конкуренции государство не является обязательным участником, отношения конкуренции складываются в первую очередь между предпринимателями.

Абсолютное большинство правил конкуренции регулирует именно отношения в ходе заключения, исполнения или прекращения гражданско-правовых договоров, в том числе и запрет злоупотребления доминирующим положением, с которым наиболее часто ассоциируют вопросы экономической зависимости. Безусловно, ряд норм об экономической зависимости имеет квалифицирующее условие «влияние на рынок или существенную его часть» (например, Франция и Бельгия), которое в европейском понимании также указывает на публичный интерес [Šmejkal V., 2015: 38–40]. Однако предметом довольно детального регулирования являются именно гражданско-правовые договоры. Кроме того, во всех изученных юрисдикциях допускается и самостоятельное принудительное исполнение норм законодательства о конкуренции, в том числе и нормы об экономической зависимости. Таким образом, законодательство о конкуренции является частью предпринимательского, или, как его называют, экономического законодательства.

3. Соотношение экономической зависимости и доминирующего положения

Поняв отраслевую принадлежность, можно провести разграничение между данной категорией и другой, наиболее близкой к ней — доминирующее положение. Для этого необходимо обратиться к содержанию данного института и ограничениям предпринимательской деятельности, с ним связанными. В отличие от экономической зависимости, при идентификации доминирующего положения существенное значение имеет соотношение количественных и качественных показателей. Здесь анализ следует проводить с учетом не только национального законодательства, но и законодательства ЕС [Jones A., Surfin.B., 2014: 6–15].

В знаковом для определения концепции доминирующего положения деле *United Brands*¹⁶ суд указал, что: «Доминирующее положение... означает экономическую силу, которая позволяет не допускать эффективную конкуренцию, предоставляя возможность действовать независимо от конкурентов, клиентов и в конечном итоге — от потребителей». В общепринятую европейскую практику входит использование системного анализа, особенно в отношении высокотехнологичных и наукоемких отраслей, где речь идет не о борьбе на рынке, а борьбе за него [Graef I., 2016: 23].

Европейская доктрина и правоприменительная практика, описывая признаки доминирующего положения, говорят, что доминирующая фирма с такой рыночной властью могла бы устанавливать свои цены на сверхконкурентном уровне, продавать некачественные продукты или снижать уровень инноваций до более низкого уровня, чем на конкурентном рынке. Согласно европейскому законодательству о конкуренции, занятие доминирующего положения не является незаконным, поскольку оно может быть достигнуто законными средствами конкуренции, например, путем разработки и продажи более качественного продукта [Cayot M., Depincé M., Mainguy D., 2019: 248–260]. Европейская система контроля за слияниями (процедура контроля за слияниями) отличается от этого принципа тем, что запрещает объединенным предприятиям приобретать или укреплять доминирующее положение посредством концентрации. Доминирующее положение также могут совместно занимать два или более независимых хозяйствующих субъекта, связанных экономическими связями на данном рынке¹⁷.

Доминирующее положение не означает полного отсутствия конкуренции, но позволяет обладающему властью хозяйствующему субъекту, который извлекает из нее преимущества, оказывать существенное влияние на условия конкурентной борьбы [Stoffel-Munck O., 2000: 35]; [Ramos J.M., 2020: 67]. Значительная доля на рынке является одним из доказательств того, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение и может самостоятельно эту власть реализовывать. При оценке доли на рынке как критерия доминирующего положения предусмотрен многофакторный подход, основанный, впрочем, на опровержимой презумпции. О доминирующем положении свидетельствуют: доля участия на рынке, превышающая 30%; наличие всего двух конкурентов при том, что доля потенциально доминирующего хозяйствующего субъекта превышает их доли на 5%; принадлежность к четырем самым крупным участникам рынка при превышении их

¹⁶ Case 27/76 [1978]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027> (дата обращения: 13.06.2021)

¹⁷ Для целей сфокусированности анализа намеренно не включаются в сферу вопросы коллективного доминирующего положения.

долей на 5% (при этом совокупная доля участников должна составлять не менее 80%)¹⁸.

В принципе такой же подход можно наблюдать и на национальном уровне. Бельгийское антимонопольное законодательство определяет доминирующее положение как экономическую власть, не допускающую эффективной конкуренции на рынке в силу положения и степени независимости от конкурентов, поставщиков и покупателей, которой пользуется ее обладатель. Процедура определения доминирующего положения включает в себя, помимо оценки рынка, еще изучение характеристик спроса.

Очень подробное описание доминирующего положения можно наблюдать в немецком законодательстве. По ст. 18 GWB Компания является доминирующей там, где как поставщик или покупатель определенного товара на продуктовом или географическом рынке и географическом рынке она не имеет конкурентов совсем либо не подвергается какой-либо существенной конкуренции, или занимает лидирующую позицию на рынке по отношению к своим конкурентам. Причем рынок, на котором товар вводится в оборот бесплатно, должен быть включен в сферу исследования. При оценке рыночной позиции предприятия по отношению к его конкурентам необходимо учитывать, в частности: собственную долю на рынке, параметры финансовой устойчивости, доступ к рынкам и каналам дистрибуции, торговые связи с другими предприятиями, юридические или фактические барьеры для выхода на рынок других компаний, фактическую или потенциальную конкуренцию со стороны предприятий, способность доминирующего хозяйствующего субъекта смещать свое предложение или спрос на другие товары, способность потребителя заменить товар в личном или коммерческом потреблении. В частности, в случае многосторонних рынков и сетей при оценке рыночной позиции компании также принимаются во внимание: прямые и косвенные сетевые эффекты, параллельное использование услуг от разных поставщиков и затраты на переключение для пользователей, эффект масштаба предприятия, возникающий в связи с сетевыми эффектами, доступ предприятия к данным, имеющим отношение к конкуренции, конкурентное давление, обусловленное инновациями [Mongouachon С., 2012: 403–408]. Компания считается доминирующей, если ее рыночная доля составляет не менее 40%.

Французское законодательство содержит подход, идентичный принятому в ЕС: в нем есть запрет злоупотребления доминирующим положением, идентификация которого отдана на откуп правоприменительным органам. Если доли конкурентов компании не превышают 10%, антимонопольное ведомство может признать ее положение доминирующим. Однако соотно-

¹⁸ См., например: Council Regulation (EC) № 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ C 366, 14.12.2013. P. 1–22.

шение долей 45% к 35% не дает возможность определить, занимает ли компания доминирующее положение на рынке, обладает ли достаточной властью на нем. Если доля компании составляет 45%, а ее конкурента — 37%, критерий размера доли окажется недостаточным — необходимо будет использовать дополнительные факторы (динамический подход, применяемый при оценке власти на рынке), учитывать финансовое состояние компании в целом [Vogel J., Vogel L., 2015: 13–26].

Приведенные определения доминирующего положения позволяют выделить схожие и отличные черты экономической зависимости и доминирующего положения.

Может показаться, что между качественными характеристиками доминирующего положения и экономической зависимости много общего. В первую очередь они в той или иной форме опосредуют власть. Вторая сходная черта — относительная независимость сильной стороны. Сильная сторона может диктовать условия слабому контрагенту, может определять его политику на рынке, может действовать вне зависимости от конкурентов. Как видно из приведенных примеров экономической зависимости, сильная сторона действует без опасения потерять контрагента. Аналогично и в случае с доминирующим положением его обладатель действует полностью автономно, вполне может пренебрегать намерениями и конкурентов, и контрагентов¹⁹. Однако степень власти и широта действий не идентична. Еще одна схожая черта, скорее относящаяся уже к внешним характеристикам: и доминирующее положение, и экономическая зависимость не подразумевают отсутствия конкуренции (за исключением абсолютной формы доминирующего положения — монополии). На примере немецкого законодательства можно также наблюдать следующую схожую черту: множественность факторов, которые формируют и экономическую зависимость, и доминирующее положение. Так в чем же разница?

В первую очередь это уже упомянутая диверсификация качественных и количественных критериев. В отличие от экономической зависимости, доминирующее положение определяется не только на основании качественных, но и количественных критериев, которые зачастую имеют приоритетное значение [Geradin D., Layne-Farrar L., Petit N., 2021: 68]. Количественные критерии не сдают своих позиций, прежде всего благодаря обманчивой простоте их применения. Далее следует упомянуть разницу в характеристиках власти. Если в случае с экономической зависимостью это исключительно власть над конкретным контрагентом, то доминирующее положение характеризуется властью на рынке в целом, следствием которой помимо прочего может быть в том числе и власть над контрагентом. Немногочисленные

¹⁹ См., например. Tetra Pak International v. Commission. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0333> (дата обращения: 06.06.2021)

различия хоть и кажутся незначительными, в действительности являются капитальными. И дело не только в доле на рынке как формальном элементе, препятствующем «слиянию» двух понятий. Из приведенных определений видно, что качественный критерий доминирующего положения является ключевым, а количественный — доля на рынке — дополнительным, хотя и часто применяемым, популярным и функциональным. Однако в действительности качественные критерии описывают принципиально разные ситуации и принципиально разную власть: возможность определять условия обращения товара на всем товарном рынке, действовать без учета интересов конечного потребителя (доминирующее положение) не идентична возможности извлекать преимущества из слабости контрагента, управляя им в собственных интересах (экономическая зависимость).

Поэтому и инструменты создания зависимости зачастую не линейны и еще более многофакторны, чем инструменты создания доминирующего положения. Последнее зачастую создает не только сам хозяйствующий субъект, но и рыночная инфраструктура: построить доминирующее положение на рынке с низкими входными барьерами невозможно, в равной степени это невозможно на высоко конкурентных рынках [Maitland-Walker J., 1995: 128]. Экономическая же зависимость всегда создается на конкурентных рынках, барьеры входа на них могут и не иметь значения, не зря самые частые примеры экономической зависимости — это отношения между поставщиками и сетями, а также отношения на так называемых цифровых рынках. Кроме того, основной, если не единственный инструмент создания и эксплуатации зависимости — это коммерческие отношения, в частности, используемые договорные модели. Причем, как показывает приведенная выше практика, это модели зачастую комплексные, включающие в себя, на первый взгляд, легитимный и безопасный с антимонопольной точки зрения механизм франчайзинга. Поэтому дела, связанные с вопросами экономической зависимости, даже сложнее, чем «просто» антимонопольные дела.

4. Злоупотребление экономической зависимостью: отдельные запреты и особенности их применения

Перейдем к более детальному анализу сферы использования категории «экономическая зависимость». Это, как уже отмечалось, запрет злоупотребления ею. Так, ст. 19 и 20 GWB специально запрещают прямо или косвенно применять недобросовестные торговые практики к экономически зависимому контрагенту, а также применять к нему отличающиеся от стандартных договорные условия без надлежащего обоснования. В равной степени запрещено требовать от контрагента необоснованных преимуществ, принимая во

внимание наличие или отсутствие пропорциональных оснований для такого требования.

ФТК (ст. 420-2, 442-1-442-3) запрещает злоупотребление экономической зависимостью, которое может выражаться в отказе от заключения договора, в навязывании дополнительных товаров и дискриминационных практиках, в частности: предоставление необоснованных преимуществ, наложение дополнительных обременений, несоразмерные штрафы, отказ от поставки при не подтвержденной задолженности, запрет на уступку прав третьим лицам, запрет на предоставление необоснованных преимуществ конкуренту контрагента и многое другое. Статья 442-3 ФТК объявляет договоры, содержащие перечисленные в ней дискриминационные условия, недействительными.

Бельгийский CEL предусматривает, в частности, следующие запрещенные формы злоупотребления экономической зависимостью: отказ в приобретении, продаже или других условиях договора; прямое или косвенное использование неравных ценовых и неценовых условий договора; ограничение производства, точек продаж или технологической поддержки, если это наносит вред конечному потребителю; применение неравных условий к эквивалентным услугам по отношению к контрагентам, тем самым ставя их в невыгодное положение с точки зрения конкуренции; обуславливание заключения контрактов принятием экономическими партнерами дополнительных услуг, которые по своему характеру или в соответствии с коммерческим использованием не имеют отношения к предмету таких договоров (связанные продажи).

В соответствии с итальянским законодательством одной из форм злоупотребления экономической зависимостью является дискриминация, наряду с ней — неоправданно обременительные договорные условия, а также произвольный разрыв устоявшихся коммерческих отношений. Характерно, что подобная сделка по итальянскому законодательству является ничтожной.

Из формулировок запретов можно сделать несколько выводов. Первый — закрытого списка форм злоупотребления экономической зависимостью не существует. Второй — запрет направлен на регулирование договорных отношений; все формы злоупотребления экономической зависимостью так или иначе имеют отношение к заключению, исполнению или расторжению договоров. Очевидно, эти запреты крайне близки к договорным запретам для хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение. Даже если мы обратим внимание на российский Закон о защите конкуренции, в его ст. 10 мы найдем достаточное количество идентичных по существу, но не идентичных по формулировкам запретов. Снова встает вопрос: зачем нужно было создавать целую ветвь законодательства для регулирования отношений, вроде бы уже урегулированных объемным законодательством о конкуренции, и к тому же с тем же правоприменительным органом (антимонопольным ведомством)? Ответ прост — с самого начала создания евро-

пейского законодательства о конкуренции раздавалась критика «дыры» в конкурентном регулировании: существует ограничитель недобросовестных торговых практик уже занимающих доминирующее положение компаний, однако для компаний, стремящихся к нему, подобных ограничителей нет²⁰.

Как уже было показано, содержание понятий «экономическая зависимость» и «доминирующее положение» значительно отличаются, в равной степени различаются механизмы и соответствующих злоупотреблений. Нормы об экономической зависимости и злоупотреблении ею направлены на достижение рыночного равновесия в тех случаях, когда стороны экономически не равны, а юридических средств для достижения равенства недостаточно. При этом европейские взгляды на институт экономической зависимости не единодушно одобрительны. Очевидно, что критиковать много лет существующую, а сейчас обретающую второе дыхание норму не имеет смысла. Однако вызывает удивление попытка разграничить эти два запрета по критерию направленности на общее благо и некий аморфный баланс рынка (запрет злоупотребления доминирующим положением) и критерию баланса в торговых отношениях (запрет злоупотребления экономической зависимостью) [Di Porto F., Podszun R., 2018: 157–184]. С точки зрения автора очевидно, что необоснованное ущемление или дискриминация одного участника в долгосрочной перспективе повлечет за собой последствия для всего рынка, рынок и его участники существуют во взаимосвязи и не в вакууме. В этом плане российский подход, заложенный в ст. 10 Закона о защите конкуренции, отчасти отвечает европейским веяниям, так как норма направлена и на защиту рынка, и на защиту экономически слабой стороны, однако экономически зависимую сторону она все же защищает лишь от хозяйствующего субъекта, чье положение формально признано доминирующим. Именно эту важную, но не единственную цель антимонопольного законодательства преследует норма о запрете злоупотребления экономической зависимостью. Поэтому ее применение в большинстве исследованных случаев отдано на откуп антимонопольному органу со всеми возможностями расследования и принятия им оперативных мер.

Объективности ради следует отметить, что в российском законодательстве была предпринята попытка сформулировать особые правила для отдельных рынков, где наличие экономической зависимости, вероятно, презюми-

²⁰ Röller L.-H. Exploitative Abuses. 12th Annual Competition Law and Policy Workshop Robert Schuman Centre, 8-9 June 2007 EUI, Florence. Available at: <https://www.eui.eu/Documents/RS-CAS/Research/Competition/2007ws/200709-COMPed-Roeller.pdf> (дата обращения: 06.06.2021). Способ разрешения данной проблемы автором предложен не вполне корректный: широко толковать норму о запрете злоупотребления доминирующим положением, пресекая антиконкурентные практики, которые приводят к возникновению доминирующего положения и устранению с рынка его участников. Европейская практика по этому пути в итоге не пошла.

ровалось. Это Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «О государственном регулировании торговой деятельности»²¹, где для торговых сетей во взаимоотношении с поставщиками предусмотрен ряд специальных правил. Статьи 9 и 13 Закона запрещают ряд договорных условий (взимание или внесение платы за право поставок, за изменение ассортимента, возмещение расходов в связи с утратой товара после перехода права собственности на него с определенными оговорками, расходов, связанных с утилизацией или уничтожением непроданных продовольственных товаров), а также дискриминационные условия, которые определяются в соответствии с Законом о защите конкуренции. Норма также запрещает создавать препятствия для доступа на рынок или выход с него; нарушать установленный нормативными актами порядок ценообразования, навязывать условия об эксклюзивности, об ответственности за непредоставление таких же выгодных условий, как уже предоставленные иным контрагентам, условия, не относящиеся к предмету договора, использовать агентские или комиссионные схемы реализации товара. За нарушение правил предусмотрена административная ответственность в форме фиксированного штрафа, правоприменителем является антимонопольный орган.

Даже беглый анализ норм позволяет выделить две специфические характеристики: схожесть запретов и с нормами ст. 10 Закона о защите конкуренции, и сущностное сходство с нормами зарубежного законодательства о запрете злоупотребления экономической зависимостью контрагента (например, формулировки дискриминационных практик в ФТК). Однако данный закон, неоднократно раскритикованный, все же не привел к балансу в регулируемой им сфере. Причина тому — метод регулирования, выбранный в данном случае: перечисление точечных частных запретов без определения общего правила. Российский подход к правоприменению в большинстве случаев основан на позитивном понимании права: если есть формальный запрет, его обход нарушением не считается. В отсутствие общего правила, позволяющего идентифицировать соотношение сил в отношениях между сетями и поставщиками, а также общей формулировки пределов допустимого в договорной деятельности, перечисление частных запретов мало эффективно. Российский законодатель в данном случае действует полумерами: прописывает частное, но умалчивает об общем.

5. Договорное право и запрет злоупотребления экономической зависимостью

Еще один важный аспект — соотношение непосредственно законодательства о заключении, исполнении и прекращении договоров с нормами

²¹ СЗ РФ. 2010. № 3. Ст. 2.

законодательства об экономической зависимости. Анализ позволяет сделать ряд существенных важных выводов. В первую очередь и этот тезис во многом верен и для классических институтов законодательства о конкуренции (антиконкурентные соглашения, доминирующее положение, недобросовестная конкуренция в широком смысле). Законодательство о конкуренции содержит ограничения свободы договора, которые допускаются предпринимательским законодательством. При этом, как это видно из законодательства различных юрисдикций, нет запретов на применение отдельных видов договора (исключение — Россия с запретом на посреднические договоры для торговых сетей), однако есть ограничение на использование определенных предпринимательских практик (в первую очередь тех, которые могут быть отнесены к дискриминационным). При этом оценке подлежит не соответствие договоров или действий, совершаемых для их заключения или исполнения императивным требованиям гражданского законодательства (форма договора, требования о регистрации и т.п.), а последствия применения тех или иных договоров для отдельных участников рынка с позиций справедливости.

При этом у норм о запрете злоупотребления экономической зависимостью есть интересная особенность: во многих случаях инструментом создания зависимости или механизмом реализации злоупотребления ею послужили франчайзинговые договоры, т.е. договоры, содержащие элементы авторского права. Во многих юрисдикциях, например в России, такие соглашения исключены из сферы запретов и к ним применяются антимонопольные иммунитеты. Однако в случае с экономической зависимостью мы наблюдаем абсолютно иной подход правоприменителя: даже в закончившихся с различным результатом делах Carrefour и Apple антимонопольное ведомство изучало содержание договоров франчайзинга, оценивало их последствия для определения наличия зависимости, а не применило автоматически антимонопольный иммунитет.

Следующий немаловажный вопрос в части соотношения норм об экономической зависимости и запрете злоупотребления ею относится к оценке техник навязывания, управления переговорными позициями и SBP в ходе преддоговорного переговорного процесса.

Несмотря на нормы законодательства практически всех юрисдикций о порядке ведения переговоров (в России, например, это ст. 434.1 ГК РФ), требований о добросовестности сторон при их проведении, которые также теоретически могут защитить экономически зависимую сторону, их практическое применение в краткосрочной перспективе малоэффективно, поскольку обеспечивается только судом, а это означает время и издержки. Основная задача любого бизнеса — не судиться, а бесперебойно функционировать и оперативно решать поставленные задачи. Поэтому в острой фазе злоупотре-

бления зависимостью применение специального запрета и вмешательство правоприменительного органа могут дать более весомые результаты и превентивный эффект, при условии, конечно, что это вмешательство будет качественным.

Последнее, что отметим перед подведением итогов — растущий интерес к внедрению и применению института экономической зависимости и запрета злоупотребления ею. Он помогает решить задачу достижения баланса и добросовестности участников гражданского оборота в тех отраслях, где бесспорно и предпринимательское, и конкурентное, и зачастую отраслевое законодательство: деятельность торговых сетей и цифровая сфера. Причем в последнем случае речь не гигантах (Facebook и т.д., действия которых чаще рассматриваются с позиции злоупотребления доминирующим положением), а о средних цифровых платформах и всевозможных маркетплейсах, зависимость от которых поставщиков и покупателей только возрастает. В условиях растущего спроса на дистанционную торговлю нет оснований думать, что эта зависимость в ближайшей перспективе пойдет на убыль. Отсюда и «цифровые» пакеты с нормами об экономической зависимости, и просто внедрение этой нормы в отрыве от цифры. Уже не раз цитированный GWB (ст. 18) содержит ряд специальных норм, направленных на оценку положения на цифровых рынках, однако без отсылки к тому, что такое положение должно быть оценено как доминирующее.

Некоторое время назад Россия пыталась разрешить вопросы регулирования конкуренции в цифровой сфере: ФАС сделала весьма неуклюжую попытку описать доминирующее положение на цифровых рынках, которая, к счастью, не удалась. Возможно, имеет смысл изменить подход, и раз уж российское законодательство о конкуренции зиждется на заимствованиях, расширить соответствующее поле изучения.

Заключение

Институт экономической зависимости — традиционный институт предпринимательского права, сформулированный в законодательстве о конкуренции либо в смежном с ним отраслевом законодательстве. Несмотря на то, что проводить расследования и применять санкции уполномочен, как правило, антимонопольный орган, институт предназначен для защиты прав участников рынка от сильного контрагента и для установления баланса в их отношениях, поэтому самостоятельное правоприменение в случае с злоупотреблением экономической зависимостью в судебном порядке возможно и доступно, хотя и не всегда действенно в краткосрочной перспективе. Экономическую зависимость формирует совокупность качественных критериев, в том числе безальтернативность; значимое место занимают также характери-

стики товара и параметры товарного рынка. Запрет злоупотребления экономической зависимостью применяется к недобросовестным договорным практикам и не аналогичен запрету злоупотребления доминирующим положением, поскольку направлен на установление баланса в неидентичных ситуациях при заключении или исполнении предпринимательских договоров. В условиях современной экономики институт экономической зависимости, будучи определенно более гибким и менее формальным, чем доминирующее положение, открывает широкие возможности для достижения баланса между сильными и слабыми участниками рынка и свободы предпринимательства.



Список источников

1. Blocx J. Belgian Prohibition of Abuse of Economic Dependence Enters into Force. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, vol. 12, no. 4, pp. 322–329.
2. Boy L. Abus de dépendance économique: Reculer pour mieux sauter? *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010, no. 23, pp. 21–93.
3. Cayot M., Depincé M., Mainguy D. *Droit de la concurrence*. Paris: LexisNexis, 2019. 446 p.
4. Di Porto F., Podszun R. *Abusive Practices in Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. 552 p.
5. Geradin D., Layne-Farrar L., Petit N. *EU Competition Law and Economics*. Oxford: University Press, 2012. 600 p.
6. Graef I. *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2016. 440 p.
7. Jones A., Surfin. B. *EU competition law*. Oxford: University Press, 2014. 1331 p.
8. Maitland-Walker J. *Competition law of Europe*. L.: Butterworths, 1995. 425 p.
9. Marty F., Reis P. Une approche critique de contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économique par l'abus de dépendance économique. *Revue Internationale de Droit Economique*, 2013, vol. 4, pp. 579–588.
10. Mongouchon C. *Abus de position dominante et secteur public: L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominant*. Brussels: Bruylant, 2012. 804 p.
11. Ramos J.M. *Firm Dominance in EU Competition Law: The Competitive Process and the Origins of Market Power (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2020. 360 p.
12. Petersen N. Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth. *Journal of Competition Law & Economics*, 2013, vol. 9, no. 3, pp. 563–636.
13. Šmejkal V. Competition law and the social market economy goal of the EU. *International Comparative Jurisprudence*, 2015, vol. 1, no. 1, pp. 38–40.
14. Stoffel-Munck O. *Essai sur une théorie de l'abus*. Paris: LGDJ, 2000. 628 p.
15. Truli E. Relative Dominance and the Protection of the Weaker Party: Enforcing the Economic Dependence Provisions and the Example of Greece. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, vol. 8, no. 9, pp. 579–585.

16. Vogel J., Vogel L. *La négociation commerciale: depuis la loi Hamon*. Bruxells: Bruylant, 2015. 336 p.
17. Wachsmann A., Zacharie N. Abus de dépendance économique- Refus d'achat — clauses d'exclusivité: l'Autorité de la concurrence rejette une saisine pour rupture abusive des relations commerciales, mais renvoie le dossier à l'instruction en ce qui concerne l'examen de clauses d'exclusivité et de leurs effets potentiellement anticoncurrentielles. *Conurrences*, 2012, vol. 3, pp. 112–115.



References

1. Blox J. (2021) Belgian Prohibition of Abuse of Economic Dependence Enters into Force. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, no. 4, pp. 322–329.
2. Boy L. (2010) Abus de dépendance économique: Reculer pour mieux sauter? *Revue Lamy de la Concurrence*, no. 23, pp. 21–93.
3. Cayot M., Depincé M., Mainguy D. (2019) *Droit de la concurrence*. Paris: LexisNexis, 446 p.
4. Di Porto F., Podszun R. (2018) *Abusive Practices in Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 552 p.
5. Geradin D., Layne-Farrar L., Petit N. (2012) *EU Competition Law and Economics*. Oxford: University Press, 600 p.
6. Graef I. (2016) *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 440 p.
7. Jones A., Surfin B. (2014) *EU competition law*. Oxford: University Press, 1331 p.
8. Maitland-Walker J. (1995) *Competition law of Europe*. L.: Butterworths, 425 p.
9. Marty F., Reis P. (2013) Une approche critique de contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économique par l'abus de dépendance économique. *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 4, pp. 579–588.
10. Mongouchon C. (2012) *Abus de position dominante et secteur public: L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominant*. Bruxells: Bruylant, 804 p.
11. Ramos J.M. (2020) *Firm Dominance in EU Competition Law: The Competitive Process and the Origins of Market Power (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 360 p.
12. Petersen N. (2013) Antitrust Law And The Promotion Of Democracy And Economic Growth. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 9, no. 3, pp. 563–636.
13. Šmejkal V. (2015) Competition law and the social market economy goal of the EU. *International Comparative Jurisprudence*, vol. 1, no. 1, pp. 38–40.
14. Stoffel-Munck O. (2000) *Essai sur une théorie de l'abus*. Paris: LGDJ, 628 p.
15. Truli E. (2017) Relative Dominance and the Protection of the Weaker Party: Enforcing the Economic Dependence Provisions and the Example of Greece. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, no. 9, pp. 579–585.
16. Vogel J., Vogel L. (2015) *La négociation commerciale: depuis la loi Hamon*. Bruxells: Bruylant, 336 p.
17. Wachsmann A., Zacharie N. (2012) Abus de dépendance économique- Refus d'achat — clauses d'exclusivité: l'Autorité de la concurrence rejette une saisine pour rupture abusive des relations commerciales, mais renvoie le dossier à l'instruction en

ce qui concerne l'examen de clauses d'exclusivité et de leurs effets potentiellement anticoncurrentielles. *Conurrences*, vol. 3, pp. 112–115.

Информация об авторе:

Е.Ю. Борзило — кандидат юридических наук, профессор.

Information about the author:

E.Yu. Borzilo — Candidate of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 22.06.2021; одобрена после рецензирования 11.10.2021; принята к публикации 25.10.2021.

The article was submitted 22.06.2021; approved after reviewing 11.10.2021; accepted for publication 25.10.2021.

Научная статья

УДК: 341.44

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.230.258

Международное сотрудничество России и США в сфере выдачи лиц для уголовного преследования: проблемы и перспективы



Александр Григорьевич Волеводз

Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации, Москва, Россия, a.volevodz@inno.mgimo.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4962-2823>



Аннотация

В статье дается оценка современного российско-американского сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства по вопросам выдачи лиц для уголовного преследования. Исследуются факторы, негативно влияющие на его состояние. Показано, что одним из последствий ухудшения отношений между странами стал фактический отказ США от взаимодействия с Россией по вопросам выдачи и перенос акцентов на использование в отношении российских граждан механизмов обеспечения их нахождения на территории США, оправдываемых применением доктрины Кер-Фрисби (Ker-Frisbie Doctrine). Проводится анализ правового регулирования и источников права США о выдаче; особое внимание уделяется применению международных договоров как правовой основы международного сотрудничества США по вопросам выдачи. Устанавливается различие в правовом статусе и применении двусторонних международных договоров США о выдаче, а также многосторонних международных договоров о выдаче и о борьбе с отдельными видами преступлений с участием США. Сделан вывод, что положительное решение вопроса о выдаче с территории США лиц для их уголовного преследования возможно только при наличии двустороннего договора о выдаче с запрашивающим государством. Исследованы особенности и значение судебных прецедентов в качестве источников правового регулирования выдачи в США. Изучены и приведены особенности отражения в прецедентной практике вопросов, которые разрешаются при рассмотрении запросов о выдаче, показаны особенности уголовного судопроизводства США в этой сфере. Исследовано правовое регулирование принципа взаимности в международном сотрудничестве США по вопросам выдачи. Показана невозможность его реализации при взаимодействии США и России. Даны рекомендации об обязательности учета полисистемного характера правового регулирования

выдачи в российско-американском сотрудничестве. Указана необходимость заключения двустороннего российско-американского договора о выдаче. Аргументирована целесообразность применения Конвенции о взаимной выдаче преступников 1887 года, поскольку ни Россия, ни США после ее вступления в силу не осуществляли действий, направленных на прекращение этого международного договора или выход из него.



Ключевые слова

Россия, США, выдача лиц для уголовного преследования, международное сотрудничество в сфере выдачи, международный договор, международно-правовое регулирование выдачи, судебный прецедент, принцип взаимности.

Для цитирования: Волеводз А.Г. Международное сотрудничество России и США в сфере выдачи лиц для уголовного преследования: проблемы и перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. Т. 13. № 4. С. 230–258. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.230.258

Research article

International Cooperation Between Russia and the United States in Extradition of Persons for the Purposes of Prosecution: Challenges and Opportunities



Aleksandr G. Volevodz

Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University), Moscow, Russia, a.volevodz@inno.mgimo.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4962-2823>



Abstract

The article analyzes current state of Russian-American cooperation in legal matters, namely in extradition of persons for the purposes of criminal prosecution. Moreover, it examines factors, which negatively affect such cooperation. It demonstrates that one of the consequences of deteriorating relations between the two countries is a politically motivated virtual US refusal to cooperate with the Russian Federation in extradition and the focus of the United States on mechanisms to ensure Russian citizens' stay in the US territory, which is justified by the Ker-Frisbie Doctrine. The article studies US legal regulation and sources of the US law regarding extradition. Special attention is paid to the implementation of treaties as a legal basis for the US international cooperation in extradition. It indicates the difference both in the status and in application of bilateral treaties of the United States on extradition and multilateral treaties on extradition and on combating certain crimes, to which the US is a party. The author concludes that it is possible to positively resolve a matter of extradition from the US territory for criminal prosecution only provided that a bilateral agreement with the requesting party exists. The article studies significance and distinguishing characteristics of judicial precedents as sources of legal regulation of extradition in the United States. Furthermore, the article provides an examination as to how judicial precedents deal with matters decided at the consideration of requests for extradition, as well as distinguishing characteristics of the US

criminal procedure in this sphere. It analyzes legal regulation of the reciprocity principle in the US international cooperation in extradition. It shows the impossibility of its implementation in Russian-American cooperation. The author strongly recommends to take into consideration polysystemic nature of legal regulation of extradition in Russian-American cooperation. Furthermore, the author stresses that legal requests for extradition must contain data on those matters that are decided by American courts. It is emphasized that in Russian-American cooperation it is impossible to refer to the principle of reciprocity as a legal basis for extradition, and that a bilateral Russian-American agreement on extradition is much needed. The article also provides reasons for implementation of Convention for reciprocal extradition of criminals of 1887, as neither Russia nor the United States after it became effective took actions to terminate the treaty or to withdraw from it.



Keywords

Russia, USA, extradition of persons for criminal prosecution, international cooperation in extradition, treaty, international legal regulation of extradition, judicial precedent, principle of reciprocity.

For citation: Volevodz A.G. International cooperation between Russia and the United States in extradition of persons for the purposes of prosecution: challenges and opportunities. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 230–258. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.230.258

Введение

На протяжении всей истории своего существования выдача (экстрадиция) остается системой, состоящей из нескольких процедур, посредством которых один суверен передает другому суверену лицо, разыскиваемое в качестве обвиняемого в совершении преступления либо в качестве преступника, скрывающегося от правосудия или наказания.

Поскольку запрашиваемая и запрашивающая в процессе выдачи стороны являются государствами, ясно, что существует связь между интересами соответствующих государств и удовлетворением или отказом в удовлетворении запроса (ходатайства) о выдаче. Это подтверждает вся история формирования, развития и совершенствования правового регулирования выдачи, а также ее практика, которая во многом является отражением политических отношений между взаимодействующими государствами [O'Higgins P., 1964: 1174–1794]; [Parry J.T., 2002: 79–108]; [Van den Wyngaert C., 1983: 745–46]. В этом обстоятельстве кроется ответ на вопрос, почему, когда какое-либо государство сохраняло определенную степень формальности в своих отношениях с другим государством, выдача ограничивалась рамками официальных юридических процедур и договоров, а когда отношения между заинтересованными государствами характеризовались большей свободой, то использовались и другие неофициальные способы выдачи (депортация, выдворение),

что свидетельствовало о дружественном характере сотрудничества или об актуальных потребностях и возможностях сторон в решении возникающих вопросов иными правовыми средствами. Это справедливо для современных международных отношений, как и для более ранних периодов, в силу чего выдача не являет собой пример разделяемого всеми идеала борьбы с преступностью или *civitas maxima*.

В идеале выдача не должна нарушать принцип суверенного равенства государств и отвечать интересам всех стран в борьбе с преступностью. Однако анализ показывает, что международное сотрудничество по вопросам выдачи сталкивается с проблемами, которые препятствуют обеспечению неотвратимости уголовной ответственности вследствие невыдачи лиц, виновных в совершении преступлений. Серьезные проблемы характерны и для российско-американского сотрудничества в этой сфере, что потребовало самостоятельного исследования особенностей правового регулирования выдачи в праве США. Исследование основано на анализе значительного объема нормативного и научного материала, включая международные договоры и прецедентную практику. Методологическую основу исследования составили общенаучные (метод системного анализа, диалектический метод, методы дедукции и индукции) и частно-научные (историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический, прогнозирования) методы познания.

1. Современное состояние международного сотрудничества России и США в сфере выдачи

Ныне международное сотрудничества в сфере выдачи между Российской Федерацией и США в значительной мере является отражением политических аспектов российско-американских отношений, хотя и облекается в юридически внешне безупречные формы, обусловленные заявлениями *de facto* об отсутствии договора о выдаче между государствами. Так, в 2017 году отказ в выдаче по запросам Российской Федерации, направленным в США, во всех 14 случаях мотивировался отсутствием действующего двустороннего договора о выдаче¹. Но здесь следует оговориться — и тогда, когда российско-американские отношения строились на основе заявленного стратегического партнёрства, а США воспринимались как естественный союзник новой России (в 1992 — 1996 годах), практическая реализация института выдачи между государствами испытывала серьезные затруднения².

¹ Данные автора.

² Например, в производстве автора в эти годы находилось уголовное дело по обвинению гражданина К., обвиняемого в хищении 8,1 млн. долл. США, запрос о выдаче которого был

Последствиями ухудшения отношений между двумя странами стал политически обусловленный фактический отказ США от взаимодействия с РФ по вопросам выдачи и перенос акцентов на использование по делам в отношении российских граждан механизмов обеспечения их нахождения на территории США, оправдываемых применением доктрины Кер-Фрисби (Ker-Frisbie). В самом общем плане эта доктрина исходит из того, что «власть правительства преследовать обвиняемого не ослабляется незаконностью метода, с помощью которого оно приобретает над ним контроль»³. В судебных решениях данная доктрина упоминается как «закон о юрисдикции суда в отношении подсудимого, насильно похищенного из другой страны» (the law regarding a court's jurisdiction over a defendant forcibly abducted from another country)⁴. Как указано в одном из прецедентных решений, «ни жестокость полиции, ни похищения государственными служащими не могут служить основанием для отмены юрисдикции США»⁵.

Ссылками на прецеденты, в которых доктрина была сформулирована почти 150 лет назад, американские суды и в XXI веке последовательно и широко используют ее для обоснования законности и допустимости политического давления на запрашиваемые государства, оправдания деятельности на их территориях представителей своих компетентных органов, а также противоречащего нормам международного права порядка использования рендиции — чрезвычайной выдачи (extraordinary, extreme, irregular rendition) и подобных ей принудительной репатриации и иного внесудебное принудительного перемещения на территорию США обвиняемых для привлечения к уголовной ответственности⁶.

направлен в США в ноябре 1994 г. Министерство юстиции США со ссылкой на отсутствие двустороннего договора отказало в рассмотрении запроса. Архив автора.

³ Ker v. Illinois, 119 U.S. 436 (1886). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/119/436/>; Frisbie v. Collins, 342 U.S. 519 (1952). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/519/> (дата обращения: 30.07.2020)

⁴ United States v. Matta-Ballesteros, 700 F. Supp. 528 (N.D. Fla. 1988). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/700/528/1452871/> (дата обращения: 30.07.2020)

⁵ United States v. Alvarez-Machain, 504 U.S. 655, 662 (1992). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/655/> (дата обращения: 05.08.2020)

⁶ United States v. Valdes-Santana, 87 F. Supp. 2d 65 (D.P.R. 2000). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/87/65/2307019/>; United States of America, Appellant v. Robert Alexander Best, 304 F.3d 308 (3d Cir. 2002). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/304/308/474448/>; USA v. Jamie Ceja, No. 13-10456 (11th Cir. 2013). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/13-10456/13-10456-2013-11-04.html>; Gon v. Holt, No. 14-6102 (4th Cir. 2014). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/14-6102/14-6102-2014-12-16.html>; USA v. Peter Omagbeni, No. 16-50050 (9th Cir. 2017). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-50050/16-50050-2017-10-20.html> (дата обращения: 01.08.2020)

Эта доктрина нашла применение и в отношении российских граждан. Примерами являются известные дела осужденных судами США к длительным срокам лишения свободы К. Ярошенко (со ссылкой на доктрину Кер-Фрисби суд признал законным похищение обвиняемого из гостиницы в Либерии и последующую выдачу в США, поскольку в этом принимали участие местные компетентные органы)⁷, В. Бута (суд признал законной выдачу в США из Таиланда по результатам оперативно-разыскных действий, проведенных американскими правоохранителями на территории последнего)⁸, Р. Селезнева (суд признал арест на территории иностранного государства и доставку подозреваемого в США законными, «поскольку между США и Мальдивами нет договора о выдаче, а значит, агенты США не нарушили договора о выдаче; задержание подозреваемого произошло с одобрения и при содействии мальдивских властей, формальное участие которых свелось к передаче этого лица представителям США, поведение которых было не самым «шокирующим и возмутительным»)⁹.

На этом фоне практика экстрадиционного сотрудничества США с другими странами в случаях, когда субъектами рендиции становятся российские граждане, вызывает негативные оценки, в первую очередь, политического характера [Карпович О.Г., 2019: 19–24]. При этом забывается, что «какого-либо универсального права гражданина на иммунитет от иностранной судебной юрисдикции, очевидно, не существует, равно как современным международным правом не признается и гипертрофированная монополия государства на уголовное преследование собственных граждан, которая бы обращала их ложно понятое покровительство в укрывательство от иностранной юрисдикции... Это иногда не учитывается и в демаршах внешнеполитических ведомств, направленных на защиту прав и интересов граждан своих государств, подвергающихся уголовному преследованию в другой стране» [Литвишко П.А., 2019: 56].

Квалификация подобных случаев в качестве преступлений (похищения человека) в настоящее время представляется явлением исключительным¹⁰. Правоприменительная практика национальных судов по этому во-

⁷ *United States v. Chigbo Peter Umeh, Jorge Ivan Salazar Castano, Kudufia Mawuko, Marcel Acevedo Sarmiento, Nathaniel French, Konstantin Yaroshenko. Federal Defenders of New York.* Available at: https://blog.federaldefendersny.org/wp-content/uploads/2016/04/15-1844_so.pdf (дата обращения: 04.08.2020)

⁸ *United States v. Bout*, No. 12-1487 (2d Cir. 2013). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/12-1487/12-1487-2013-09-27.html> (дата обращения: 30.07.2020)

⁹ *USA v. Roman Seleznev*, No. 17-30085 (9th Cir. 2019). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/17-30085/17-30085-2019-04-01.html> (дата обращения: 04.08.2020)

¹⁰ «Уголовное дело № 705031 СУ СК России по Приморскому краю, возбужденное 30.10.2014 по факту похищения Селезнева неустановленными лицами, по признакам п. «а» ч. 2 ст. 126 УК РФ. См. также: уголовное дело № 2015757035 СУ СК России по Ростов. обл.,

просу весьма далека от единообразия. Это обусловлено тем, что по условиям международных договоров на их Стороны возложены обязательства лишь исполнять поступившие запросы, а направление последних является правом, но не обязанностью участвующих в договорах государств, в частности по делам в отношении граждан запрашиваемой Стороны [Литвишко П.А., 2015: 191–192].

Кроме того, в международном праве отсутствуют последовательность и единство в оценке такой практики. Если в 1960 г. Совет Безопасности ООН квалифицировал подобные действия как грубое нарушение суверенитета государства, которые могут поставить под угрозу международный мир и безопасность (в связи с похищением на территории Аргентины и перемещением в Израиль А. Эйхмана)¹¹, то в 2005 г. Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) (по делу Оджалана) признал допустимой такую форму межгосударственного сотрудничества по внеэкстрадиционной передаче разыскиваемого, в том числе в рамках односторонней административной процедуры высылки (выдворения, депортации)¹². В последующем практика ЕСПЧ ситуационно претерпела изменения — при рассмотрении ряда жалоб в связи с выдачей для уголовного преследования, выдворением и административной депортацией в Узбекистан и Таджикистан, поданных против Российской Федерации, было признано нарушение такими актами ст. 3 и 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950). Причем речь, в первую очередь, идет о высылке в любой форме в страны СНГ лиц, в отношении которых в этих странах осуществляется уголовное преследование [Ермолаева Н.В., 2014: 78–85]; [Литвишко П.А., 2014: 101–106]; [Тренина Д.В., 2015: 298–315, 2016: 305–317]. Похоже, что такая непоследовательность является политически мотивированной.

Фактический отказ США от сотрудничества с Россией в сфере выдачи на фоне необходимости реализации принципа неотвратимости уголовной ответственности в национальном уголовном судопроизводстве требует обращения к особенностям правового регулирования и практики выдачи в США с тем, чтобы парировать трудности и, возможно, наметить, а затем реализовать положительные перспективы российско-американского сотрудничества в сфере выдачи.

возбужденное 04.03.2015 в отношении конкретных и неустановленных сотрудников Управления по борьбе с наркотиками Минюста США и Службы безопасности Республики Либерия по факту похищения ими К.В. Ярошенко в Либерии в 2010 г., по признакам п. «а», «в» ч. 2 ст. 126 УК РФ» [Литвишко П.А., 2015: 190].

¹¹ Резолюция СБ ООН от 23.06.1960 (S/4349) // Официальные отчеты Совета Безопасности ООН. 23.06. 1960. Документы ООН S/RES/138 (1960); S/PV.868.

¹² *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 74–99, ECHR 2005–IV.

2. Особенности международно-правового регулирования выдачи в США

Правовым основанием выдачи в США являются: Конституция США, федеральное законодательство и международные договоры. В основе современного американского законодательства о выдаче лежат судебные решения 1800-х годов. Развитие законодательства о выдаче было определено двумя договорами о выдаче: между США и Великобританией (1842) и между США и Францией (1843).

Первый Закон о выдаче принят в США в 1848 г., значительные изменения внесены в него в 1968 г. Федеральный закон США о выдаче (Титул 18 Свода законов США, § 3181-3196)¹³ требует, чтобы любой акт выдачи был обоснован договором, а также, чтобы судебное разбирательство об этом проходило в Федеральном окружном суде. Современное американское законодательство о выдаче предусматривает, что «положения данной главы, относящиеся к выдаче лица, которое совершило преступление в одном из иностранных государств, действуют только в период существования договора с соответствующим государством» (§ 3181(a)).

Данное требование Закона получило неоднократное однозначное толкование в судебных решениях, имеющих прецедентное значение. К таковым относятся решения по делам Холмс против Дженнисона, 39 U.S. (14 Pet.) 540 (1840)¹⁴; США против Раушера, 119 U.S. 407 (1886)¹⁵; Глюксман против Хенкель, 221 U.S. 508 (1911)¹⁶; Фактор против Лаубенхеймера, 290 U.S. 276 (1933)¹⁷; Валентайн против США, 299 U.S. 5 (1936)¹⁸ и др. Обязательность наличия двустороннего международного договора о выдаче систематически подтверждается как Верховным судом США, так и Федеральными окруж-

¹³ 18 U.S. Code. Chapter 205. Available at: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-II/chapter-205> (дата обращения: 29.07.2020)

¹⁴ U.S. Reports: *Holmes vs. Jennison et al.*, 39 U.S. (14 Pet.) 540 (1840). Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep039/usrep039540/usrep039540.pdf> (дата обращения: 29.07.2020)

¹⁵ U.S. Reports: *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep119/usrep119407/usrep119407.pdf> (дата обращения: 29.07.2020)

¹⁶ U.S. Reports: *Glucksman v. Henkel*, 221 U.S. 508 (1911). Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep221/usrep221508/usrep221508.pdf> (дата обращения: 29.07.2020)

¹⁷ U.S. Reports: *Factor v. Laubenhimer*, 290 U.S. 276 (1933). Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep290/usrep290276/usrep290276.pdf> (дата обращения: 29.07.2020)

¹⁸ U.S. Reports: *Valentine v. U.S. ex rel. Neidecker*, 299 U.S. 5 (1). Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep299/usrep299005/usrep299005.pdf> (дата обращения: 29.07.2020)

ными судами по результатам рассмотрения жалоб на решения о выдаче в порядке «Habeas Corpus»¹⁹ и апелляционного производства²⁰.

В отличие от других стран, законодательство США допускает возможность выдачи собственных граждан: 1) если это прямо предусмотрено условиями соответствующего международного договора, заключенного США, либо 2) при наличии соответствующего международного договора о выдаче, который не регулирует порядок выдачи собственных граждан: в 1990 г. Титул 18 Свода законов США был дополнен §3196, по которому, «если соответствующий двусторонний договор или многосторонняя конвенция не обязывают США выдавать собственных граждан иностранному государству, Государственный Секретарь может отдать распоряжение о выдаче гражданина США запросившему государству, если выполнены другие требования этого договора или конвенции»²¹.

США придерживаются преобладающей в отношениях между государствами практики, основанной на том, что обязанность выдать преступника возникает только в силу международного договора, хотя взаимность и вежливость допускаются в качестве правовых оснований, используемых некоторыми государствами, обычно с привлечением в качестве обоснования национального законодательства.

Таким образом, для выдачи из США необходимо договор. Формируя международно-правовое регулирование выдачи, США выступают с позиций

¹⁹ В соответствии с правилом «Habeas Corpus» (Хабеас корпус) арестованное для выдачи лицо или его представитель вправе обратиться в суд с жалобой на арест и потребовать вынесения судебного приказа, предписывающего доставить арестованного в суд для проверки с его участием законности ареста и решения о выдаче.

²⁰ См., напр.: Matter of Extradition of Rabelbauer, 638 F. Supp. 1085 (S.D.N.Y. 1986). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/638/1085/1490787/> (дата обращения: 29.07.2020); Hilario v. United States, 854 F. Supp. 165 (E.D.N.Y. 1994) // Hilario v. United States, 854 F. Supp. 165 (E.D.N.Y. 1994). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/854/165/1954468/> (дата обращения: 29.07.2020); In Re Extradition of Fulgencio Garcia, 188 F. Supp. 2d 921 (N.D. Ill. 2002). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/188/921/2576954/> (дата обращения: 29.07.2020); General Manuel Antonio Noriega v. George Pastrana, No. 08-11021 (11th Cir. 2009). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/08-11021/200811021-2011-02-28.html> (дата обращения: 29.07.2020); Sacirbey v. Guccione, No. 06-5137 (2d Cir. 2009). Available at: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/06-5137/06-5137-pr_opn-2011-03-27.html (дата обращения: 29.07.2020); Skaftouros v. United States of America, No. 11-462 (2d Cir. 2011). Available at: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/11-0462/11-462_opn-2011-12-20.html (дата обращения: 29.07.2020); Venckiene v. United States, No. 18-2529 (7th Cir. 2019). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/18-2529/18-2529-2019-07-15.html> (дата обращения: 29.07.2020)

²¹ Это положение противоречит Конституции США, которая выдачу собственных граждан допускает лишь по международному договору. При этом Конституция США регулирует вопросы выдачи лишь в части выдачи лица одним штатом другому штату (ст. IV разд. 2).

обязательного заключения (наличия) двусторонних договоров в качестве юридического основания выдачи. Наряду с этим из сферы правового регулирования выдачи США в качестве самостоятельных международно-правовых источников фактически выпадают: а) многосторонние международные договоры о выдаче; б) многосторонние международные договоры, которые касаются борьбы с преступлениями международного характера (конвенционными преступлениями)²² и содержат обязательства для их участников по выдаче обвиняемых или уже осужденных лиц.

Что касается многосторонних международных договоров о выдаче, то по данным Государственного департамента²³, в настоящее время США в них не участвуют. С серьезной оговоркой о многосторонности можно говорить лишь применительно к Соглашению о выдаче между Европейским союзом и Соединенными Штатами Америки (2003)²⁴. Но по его ст. 3 оно применяется лишь в отношении двусторонних договоров о выдаче между США и государствами-членами ЕС. При этом немаловажным представляется отметить, что рассматриваемое Соглашение либо заменяет своими положениями обя-

²² Преступления международного характера (конвенционные преступления) — деяния, предусмотренные международными договорами, не относящиеся к международным преступлениям, но посягающие на нормальные стабильные отношения между государствами, наносящие ущерб мирному сотрудничеству в различных областях отношений (экономической, социально-культурной, имущественной и т.п.), а также организациям и гражданам. Ответственность за такие преступления и меры наказания за их совершение устанавливаются национальным уголовным законодательством на основе международных договоров, которые предписывают участвующим в них государствам «принимать такие меры, которые могут потребоваться, с тем, чтобы признать уголовными преступлениями согласно своему законодательству» деяния, признаваемые преступными международными договорами. Преступлениями международного характера являются: (1) деяния против стабильности международных отношений и общественной безопасности (терроризм в его различных проявлениях, захват заложников, преступления против безопасности морского судоходства и безопасности на воздушном транспорте, незаконный оборот ядерных материалов, экологические преступления — экоцид и биоцид; незаконный оборот огнестрельного оружия и боеприпасов); (2) деяния, наносящие ущерб экономическому, социальному и культурному развитию государств (фальшивомонетничество, легализация преступных доходов, коррупция, преступные посягательства на предметы и документы, имеющие историческую, научную, художественную и культурную ценность, незаконный оборот порнографической продукции, детская порнография, киберпреступления); (3) преступления против здоровья населения (незаконный оборот наркотических средств и психотропных веществ); (4) преступные посягательства на личные права человека (рабство и работорговля, торговля людьми без цели обращения в рабство, сексуальная эксплуатация, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания) и некоторые другие.

²³ Treaties. U.S. Department of State. Available at: URL: https://www.state.gov/subjects/treaties/?results=30&currpage=94&totalpages=95&coll_filter_year&coll_filter_month&coll_filter_speaker&coll_filter_country&coll_filter_release_type&coll_filter_bureau&coll_filter_program&coll_filter_profession (дата обращения: 06.08.2020)

²⁴ Agreement on extradition between the European Union and the United States of America // Official Journal of the European Union. L 181, 19.7.2003, p. 27–33.

зательства соответствующих двусторонних договоров, либо дополняет их в пределах, установленных упомянутой ст. 3.

США подписали и ратифицировали ряд универсальных многосторонних международных договоров, нормы которых содержат обязательства рассматривать их при определенных условиях в качестве международно-правовых оснований для выдачи путем: включения в любой существующий между государствами-участниками договор о выдаче конвенционных преступлений в качестве влекущих выдачу; о включении таких преступлений в качестве влекущих выдачу в новые договоры; о рассмотрении многосторонних договоров в качестве правового основания для выдачи, если таковая обуславливается наличием договора. Такие обязательства содержатся, в частности, в Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности (п. 3 и 4 ст. 16)²⁵, Конвенции ООН против коррупции (п. 4 и 5 ст. 44)²⁶, а также в целом ряде международных «антитеррористических» конвенций, в которых участвуют Российская Федерация и США.

Однако решение по этим вопросам всегда остается на усмотрении суда, который в первую очередь руководствуется двусторонним договором о выдаче. Например, в судебной практике США уже провозглашено, что «выдача в соответствии с Конвенцией ООН против транснациональной организованной преступности является общепризнанной теорией»²⁷. Хотя не все нормы этой Конвенции являются самоисполнимыми, в отношении ст. 16 (Выдача) и ст. 18 (Взаимная правовая помощь) при ее ратификации, и судами США сформулирована правовая позиция, согласно которой они признаны самоисполнимыми и не требующими издания дополнительных законов²⁸. Однако при ратификации этой Конвенции США сделали заявление об отказе от применения п. 4 ст. 16 и не рассматривают ее в качестве правового основания для выдачи, что требует наличия двусторонних договоров о выдаче с взаимодействующими странами²⁹. Аналогичная позиция заявлена США и при ратификации Конвенции ООН против коррупции по ее п. 5 ст. 44³⁰.

²⁵ Бюллетень международных договоров. Февраль 2005. № 2.

²⁶ Там же. Октябрь 2006. № 19.

²⁷ United States of America v. Real Property Located at 9144 Burnett Road SE, Yelm, Washington et al, No. 3:2014cv05231 — Document 81 (W.D. Wash. 2015). Available at: [https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/washington/wawdce/3:2014 cv05231/19957 4/81/](https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/washington/wawdce/3:2014%20cv05231/19957%204/81/) (дата обращения: 30.07.2020)

²⁸ Doe v. Holder, No. 12-3779 (2d Cir. 2014). Available at: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/12-3779/12-3779-2014-08-19.pdf?ts=1410919612> (дата обращения: 30.07.2020)

²⁹ UN: United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 15 November 2000). Status as at: 05-08-2020. UN Treaty Collection. Available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lan_g=en (дата обращения: 05.08.2020)

³⁰ UN: United Nations Convention against Corruption (New York, 31 October 2003). Status as at: 05-08-2020. UN Treaty Collection. Available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&lan_g=en

Ратифицируя некоторые договоры, США не сделали таких заявлений и оговорок, поскольку сами договоры содержат нормы о дискреционных основаниях для отказа в выдаче. Например, в п. 2 ст. 9 Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом (1997)³¹, ратифицированной США без оговорок по вопросам выдачи, предусмотрено, что «когда государство-участник, которое обуславливает выдачу наличием договора, получает просьбу о выдаче от другого государства-участника, с которым оно не имеет договора о выдаче, запрашиваемое государство может по своему усмотрению рассматривать настоящую Конвенцию в качестве правового основания для выдачи в связи с преступлениями, указанными в ст. 2. Выдача осуществляется с соблюдением других условий, предусмотренных законодательством запрашиваемого государства». Подобный подход также реализован США при ратификации Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (1999)³², Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма (2005)³³.

Поскольку § 3181(a) Титула 18 Свода законов США устанавливает обязательность наличия договора о выдаче, суды США могут по своему усмотрению не рассматривать эти и другие универсальные международные договоры в качестве правового основания для выдачи.

Аналогичным видится и подход США к международным договорам регионального уровня. Так, без каких-либо оговорок и заявлений была подписана и ратифицирована Межамериканская конвенция против терроризма (2002)³⁴, не содержащая обязательств в сфере выдачи. Межамериканская конвенция о выдаче (1988), условия которой не предусматривают применение двусторонних договоров, не только не ратифицирована, но даже не подписана США³⁵.

Таким образом, при условии ратификации многосторонних договоров о борьбе с отдельными видами преступлений США придерживаются позиции о взаимодействии по вопросам выдачи на основании двусторонних договоров.

Вместе с тем нормы многосторонних договоров суды порой используют для уточнения и расширения круга экстрадиционных преступлений, предусмотренных соответствующими двусторонними договорами. Так, по делу

aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clanng=_en#EndDec (дата обращения: 05.08.2020)

³¹ СЗ РФ. 2001. 27.08. № 35.

³² Бюллетень международных договоров. 2002. № 10.

³³ Документ ООН A/RES/59/290, 15 April 2005.

³⁴ OAS: Inter-American Convention against Terrorism. General Information of the treaty. OAS. Available at: <https://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-66.html> (дата обращения: 06.08.2020)

³⁵ OAS: Inter-American Convention on Extradition. General Information of the treaty. Available at: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-47.html> (дата обращения: 06.08.2020)

о выдаче из США в Панаму бывшего президента этой страны Мартинеса³⁶, Конвенция Совета Европы о киберпреступности (2001), в которой участвуют США и Панама, была использована судом для обоснования законности выдачи, хотя в двустороннем американо-панамском договоре о выдаче киберпреступления не отнесены к экстрадиционным. В качестве международно-правового основания для выдачи данная Конвенция не применима, поскольку согласно декларации, содержащейся в ратификационной грамоте, «в соответствии с п. 7 ст. 24 Конвенции США не назначают орган, ответственный за выдачу или временный арест в отсутствие договора, поскольку будут по-прежнему полагаться на двусторонние договоры о выдаче, а орган, ответственный за отправку или получение запросов о выдаче от имени США, установлен в применимых двусторонних договорах о выдаче»³⁷.

Использование США в сотрудничестве по вопросам выдачи исключительно двусторонних договоров осложняет возможность реализации закрепленного во многих многосторонних договорах обязательства «или выдавать, или осуществлять судебное преследование» (*aut dedere aut judicare*), которое порой упрощенно называют принципом «или выдай, или суди»³⁸. Содержащиеся в этих договорах предписания в совокупности с общим обязательством осуществлять уголовное преследование и наказание лиц, виновных в совершении конвенционных преступлений, означают, что обязательство осуществить уголовное преследование лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении таких преступлений, должно безусловно исполняться государствами, на территории которых появляются такие лица.

Хотя исполнение договорного обязательства «или выдавать, или осуществлять судебное преследование» (*aut dedere aut judicare*) на практике вызывает трудности (в первую очередь, из-за несамоисполнимого характера и отсутствия норм внутригосударственного процессуального законодательства о порядке его реализации), тем не менее, оно вполне успешно используется при международном сотрудничестве в сфере уголовного судопроизводства [Ляхов Е.Г., 2012: 165–172]. Использование в сотрудничестве с США

³⁶ United States of America, No. 1:2017cv22197 — Document 70 (S.D. Fla. 2017). Available at: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/florida/flsdce/1:20_17cv22197/510535/70/ (дата обращения: 30.07.2020)

³⁷ CE: Reservations and Declarations for Treaty No185 — Convention on Cybercrime: United States of America. Treaty Office. Council of Europe. (Available at: 06.08.2020)

³⁸ В материалах Комиссии международного права ООН можно детальнее ознакомиться с данными о международно-правовом закреплении и толковании рассматриваемого обязательства, поскольку на своей 56-й сессии в 2004 г. она определила тему «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)» для включения в долгосрочную программу работы, которая была завершена опубликованным в 2014 году докладом. См.: Документ ООН A/CN.4/L.844, 5 June 2014 или Final Report of the International Law Commission (2014). Yearbook of the International Law Commission, 2014, vol. II (Part Two).

по вопросам выдачи только двусторонних договоров и оговорки об отказе от исполнения норм о выдаче многосторонних договоров влечет за собой невозможность как позитивной, так и негативной реализации первой части альтернативного обязательства «или выдай, или суди».

Отметим, что в некоторых случаях при взаимодействии в сфере выдачи США должны принимать во внимание и учитывать обязательства взаимодействующих государств по международным договорам, в которых сами США не участвуют. Речь идет в основном о многосторонних договорах регионального характера в сфере прав человека. Так, запрашивая выдачу у государства-члена Совета Европы или ЕС, компетентные органы и суды США должны принимать обязательство не применять к выдаваемому лицу наказание в виде смертной казни, поскольку это недопустимо по условиям Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950)³⁹ и Протокола № 6 к ней.

Все международные договоры, заключенные США, подлежат ратификации Сенатом; после вступления в силу они приобретают прямое действие наряду с Конституцией страны. К настоящему времени США подписали и ратифицировали более 120 двусторонних договоров о выдаче. При отсутствии двустороннего международного договора США выдачу не осуществляют.

3. Прецедентные аспекты регулирования выдачи в США

Основные особенности процедуры выдачи в целом, и по законодательству США, в частности, достаточно подробно освещены в современной научной и учебной литературе [Бойцов А.И., 2004]; [Валеев Р.М., 1976]; [Дашков Г.В., 1997: 14–44]; [Лукашук И.И., Наумов А.В., 1998: 36–37]; [Сафаров Н.А., 2005]; [Bassiouni M.C., 2008: 269–341]. В самом общем виде она включает в себя: а) поступление запроса (ходатайства) о выдаче и его рассмотрение Министерством юстиции США, проверка на предмет соответствия формальным требованиям международного договора и законодательства; б) передача запроса (ходатайства) в атторнейскую службу по месту нахождения запрашиваемого лица для его подготовки и представления на рассмотрение судом (на данном этапе возможен предварительный арест такого лица); в) рассмотрение запроса о выдаче с целью установления достаточных оснований для выдачи и отсутствия оснований для отказа в ней в федеральном окружном суде по месту нахождения запрашиваемого лица; г) в случае принятия судом решения о том, что запрашиваемое лицо подлежит выдаче, оно подвергается аресту маршалом США и находится под его надзором до принятия ре-

³⁹ СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

шения о выдаче Госсекретарем; д) обжалование и пересмотр состоявшегося судебного решения на основании жалобы по процедуре «Habeas Corpus»; е) апелляционное обжалование результатов рассмотрения жалобы в порядке «Habeas Corpus»; ж) принятие Госсекретарем США решения по вопросу о выдаче; з) передача подлежащего выдаче лица в иностранное государство или его освобождение из-под надзора маршала (если Госсекретарь примет решение об отказе в выдаче).

Понятно, что центральное место в этой деятельности принадлежит федеральным окружным судам: проверка соответствия поступившего запроса о выдаче основным ее принципам, установление наличия достаточных оснований для выдачи и отсутствия оснований для отказа в ней в США относится к компетенции судебной власти, а сама выдача — исполнительная⁴⁰. С учетом этого обратим внимание на некоторые, на наш взгляд, ключевые уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты, которые оказывают наибольшее влияние на принятие американскими судами решений по иностранным запросам о выдаче. Тем более, что вынесенные судебные решения носят прецедентный характер.

Основными принципами выдачи в соответствии с международными договорами и национальным законодательством в США являются:

Экстрадиционность преступления, т.е. деяние входит в список преступлений, за которые можно требовать выдачи правонарушителя (старые договоры), или предусмотренная за него санкция составляет не менее одного года тюремного заключения (все новые договоры).

Двойная криминальность, означающая, что деяние, являющееся предметом запроса (ходатайства) о помощи или о выдаче, наказуемо в уголовном порядке как в запрашивающем, так и в запрашиваемом государстве. США в роли запрашиваемого государства требуют, чтобы преступление, в котором обвиняют запрашиваемое лицо, было уголовно наказуемым в соответствии с федеральным законодательством или законодательством штата, в котором осуществляется процедура выдачи; но они не требуют идентичности преступления в правовых системах обеих стран.

Если указанные требования не соблюдены, запрашивающему государству отказывают в выдаче.

Кроме этих обязательных требований, существуют дискреционные основания для отказа в выдаче запрашиваемого лица, если: оно обвиняется в совершении политического или связанного с политическим, либо воинского преступления; его уголовное преследование основано на дискриминации или является политически мотивированным; имеется риск двойного наказания за одно и то же преступление; истекли сроки давности привлечения к ответ-

⁴⁰ Kastnerova v. United States, 365 F.3d 980, 984 n.5 (11th Cir. 2004). Casetext. Available at: <https://casetext.com/case/kastnerova-v-us> (дата обращения: 30.07.2020)

ственности; имеются гуманитарные соображения; лицо является гражданином США; имеются основания сомневаться в соблюдении запрашивающей стороной пределов уголовного преследования (правила специальности).

Судом проводится ограниченное рассмотрение дела, которое, однако, имеет решающее значение для всего процесса выдачи, поскольку «исполнительная власть не может лишать суды возможности выполнять свои обязанности по защите целостности судебного процесса», а «суд должен обеспечить, чтобы он не использовался в целях, которые не соответствуют Конституции [США] или принципам фундаментальной справедливости»⁴¹. Выполняя это требование, суд «проводит слушание, чтобы определить, имеются ли достаточные доказательства для обоснования обвинения против ответчика в соответствии с положениями соответствующего договора»⁴². По мнению американских судов, «слушание дела о выдаче не является судебным разбирательством по существу и не требует доказательств, достаточных для удовлетворения иска по уголовному делу»⁴³.

В целом, судебный процесс по делу о выдаче согласно § 3184 Титула 18 Свода законов США носит характер предварительного слушания⁴⁴, где основная цель состоит в том, чтобы решить, имеются ли достаточные доказательства обвинения в соответствии с применимым договором, а не вины или невиновности подлежащего выдаче лица⁴⁵. Судебные решения исходят из того, что «выдача является процедурой *sui generis* по своей природе, ни гражданской, ни уголовной, а устанавливает свой собственный закон»⁴⁶. Это требует, чтобы суд определял достаточность доказательств обвинения на разумных основаниях⁴⁷ путем исследования документальных доказательств, представленных запрашивающим государством⁴⁸. Главное требование со-

⁴¹ Ahmad v. Wigen, 726 F. Supp. 389 (E.D.N.Y. 1989). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/726/389/1739945/> (дата обращения: 30.07.2020)

⁴² Kastnerova v. United States, 365 F.3d at 984 n.5 (11th Cir. 2004). Available at: <https://casetext.com/case/kastnerova-v-us> (дата обращения: 30.07.2020)

⁴³ Cheng Na-Yuet v. Hueston, 734 F. Supp. 988, 995 (S.D. Fla. 1990). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/734/988/1461641/> (дата обращения: 30.07.2020)

⁴⁴ Sayne v. Shipley, 418 F.2d 679, 685 (5th Cir. 1969). Available at: <https://casetext.com/case/sayne-v-shipley#p685> (дата обращения: 30.07.2020)

⁴⁵ Afanasjev v. Hurlburt, 418 F.3d. 1159, 1164–65 (11th Cir. 2005). Available at: <https://casetext.com/case/afanasjev-v-hurlburt?q=834%20F.2d%201444&sort=relevance&p=1&type=case&claims=8h> (дата обращения: 30.07.2020).

⁴⁶ Extradition of Mohammad Safdar Gohir, 2014 WL 2123402, at *6 (D. Nev. 2014). Available at: <https://casetext.com/case/sayne-v-shipley#p685> (дата обращения: 30.07.2020)

⁴⁷ Sayne v. Shipley, 418 F.2d 679, 685 (5th Cir. 1969). Available at: <https://casetext.com/case/sayne-v-shipley#p685> (дата обращения: 30.07.2020)

⁴⁸ Castro Bobadilla v. Reno, 826 F. Supp. 1428 (S.D. Fla. 1993). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/826/1428/1523582/>; In re Extradition of Nunez–Garrido,

стоит в том, чтобы такие доказательства соответствовали установленным фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в расследуемом деле доказательствам (были «подлинными»)⁴⁹. Лицу, выдача которого запрошена, в суде дано право предъявлять доказательства⁵⁰.

Для определения возможности выдачи или отказа в ней суд, как правило, разрешает следующие основные вопросы:

имеет ли судья (магистрат) полномочия на проведение процедуры экстрадиции и обладает ли суд юрисдикцией в отношении выдаваемого лица;

какой международный договор относится к делу, действителен ли он и подлежит ли применению в конкретном деле о выдаче;

включено ли преступление, в совершении которого обвиняется лицо, подлежащее выдаче, в применимый международный договор в качестве экстрадиционного (соответствует ли оно критериям, закрепленным в договоре);

является ли деяние, в совершении которого обвиняется лицо, подлежащее выдаче, преступлением по законодательству США и запрашивающего государства;

имеются ли доказательства, дающие основания полагать, что обвиняемый виновен в предъявленном ему обвинении в запрашивающем государстве.

Круг вопросов, подлежащих разрешению при постановлении решения суда о выдаче, в уголовно-процессуальном законодательстве США не определен. Он выработан многолетней судебной практикой и закреплен в судебных решениях (прецедентах)⁵¹. При этом компетентные суды США, оценивая соблюдение основных принципов и наличие (отсутствие) оснований для выдачи, зачастую обращаются не только к нормам американского права и международных договоров, но и детально рассматривают соответствующие им нормативные предписания иностранного уголовного и уголовно-процессуального законодательства запрашивающих государств⁵².

829 F. Supp. 2d 1277, 1287 (S.D. Fla. 2011). Available at: [https://casetext.com/case/united-states-v-nunezgarrido-in-re-nunezgarrido?q=Extradition%20of%20Nunez%E2%80%9393%20Garrido,%20829%20F.%20Supp.%202d%201277,%201287%20\(S.D.%20Fla.%202011\)&sort=relevance&p=1&typr=case&claims=8h&resultsNav=false](https://casetext.com/case/united-states-v-nunezgarrido-in-re-nunezgarrido?q=Extradition%20of%20Nunez%E2%80%9393%20Garrido,%20829%20F.%20Supp.%202d%201277,%201287%20(S.D.%20Fla.%202011)&sort=relevance&p=1&typr=case&claims=8h&resultsNav=false) (дата обращения: 30.07.2020)

⁴⁹ Bingham v. Bradley, 241 U.S. 511, 517 (1916). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/241/511/> (дата обращения: 30.07.2020)

⁵⁰ John R. Bovio, Petitioner-appellant, v. United States of America, Respondent-appellee, 989 F.2d 255 (7th Cir. 1993). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/989/255/461143/> (дата обращения: 10.08.2020)

⁵¹ U.S. Reports: Glucksman v. Henkel, 221 U.S. 508. Available at: https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep221/usrep221508/usrep_221508.pdf; United States of America, No. 1:2017cv22197 — Document 70 (S.D. Fla. 2017). Available at: URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/florida/flsdce/1:2017cv22197/510535/70/> (дата обращения: 29.07.2020)

⁵² Интересным и поучительным частным примером такого подхода является решение о выдаче из США в Панаму бывшего президента этой страны Мартинеса, в котором на

4. Принцип взаимности в международном сотрудничестве США по вопросам выдачи

Поскольку современное правовое регулирование института выдачи носит полисистемный характер⁵³, постольку система источников международного сотрудничества США с другими странами в этой сфере может быть представлена следующим образом:

Система международного права:

двусторонний международный договор о выдаче;
с учетом

относимых международных договоров в сфере прав человека;
относимых многосторонних международных договоров в сфере борьбы
с отдельными видами преступлений международного характера



Правовая система США:

Конституция США;
относимые нормы уголовного права;
законодательство об уголовном процессе;
§ 3181–3196 Титула 18 Свода законов США;
судебные решения прецедентного характера

Правовая система запрашиваемого (запрашивающего) государства:

Конституция;
относимые нормы уголовного и уголовно-
процессуального законодательства;
судебные решения, иные относимые
нормативные правовые акты

93 страницах текста дан детальный анализ фактов и правовое обоснование выдачи. В нем суд обращается как к международно-правовым принципам и источникам регулирования выдачи (в том числе таким редким для судебной практики США, как Конвенция ООН против коррупции и Конвенция СЕ о киберпреступности), так и к относимым нормам уголовного и уголовно-процессуального права Панамы и США. См.: United States of America, No. 1:2017cv22197 — Document 70 (S.D. Fla. 2017). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/florida/flsdce/1:2017cv22197/510535/70/> (дата обращения: 30.07.2020)

⁵³ Полисистемность правового регулирования института выдачи означает, что оно осуществляется нормами права, как минимум, трех самостоятельных правовых систем: международного права, национального права запрашиваемого и запрашивающего государств, которые взаимодействуют, взаимно дополняют и влияют друг на друга.

Наряду с этим из договорной выдачи (основанной на международных договорах США) имеется исключение, которое позволяет использовать в этой деятельности принцип взаимности. Оно нормативно закреплено в § 3181(b) Титула 18 Свода законов США и гласит: «Положения настоящей главы толкуются как разрешающие в порядке вежливости выдачу лиц, не являющихся гражданами или постоянными жителями Соединенных Штатов, которые совершили преступления насилия в отношении граждан Соединенных Штатов в иностранных государствах, независимо от наличия какого-либо договора о выдаче с таким иностранным правительством, если Генеральный прокурор письменно удостоверяет, что — 1) иностранное правительство представило доказательства, свидетельствующие о том, что если бы преступления были совершены в Соединенных Штатах, то они представляли бы собой преступления насилия, определенные в параграфе 16 настоящего Титула; и 2) инкриминируемые преступления не носят политического характера».

Согласно § 16 Титула 18 Свода законов США термин «преступление насилия» означает: а) преступление, содержащее в качестве элемента применение, покушение на применение или угрозу применения физической силы в отношении личности или имущества другого лица, или б) любое другое преступление, которое является уголовным преступлением и которое по своей природе сопряжено с существенным риском применения физической силы в отношении личности или имущества другого лица при совершении преступления.

Следует указать, что выдача рассматривается государствами как акт проявления суверенитета. Точка зрения большинства государств мира заключается в том, что обязанность выдать преступника возникает в силу договора. В отсутствие международно-правовой обязанности государства могут полагаться и порой полагаются на взаимность и вежливость, которые являются частью международных принципов сотрудничества между государствами. Согласно международному праву, начала взаимности могли бы стать имеющими обязательную силу, если в них проявляется обычай государства, подтверждаемый его стабильной практикой. Взаимность и вежливость не имеют обязательной силы, поскольку они представляют собой акт уважения. Не опирающаяся на договоры основа для действий какого-либо государства касается удовлетворения или выдвижения запроса о выдаче, осуществляемых на основе национального законодательства, которое санкционирует их, а также обеспечивает правовые рамки, существенные условия, исключения и процедуры, внутренне присущие им⁵⁴. Имеется крайне мало общих принципов или правил, которые могут быть выведены из практики, основанной

⁵⁴ Национальное законодательство для государств служит тем же целям, которые предусматриваются договорами, но в случае с США нормы национального законодательства о выдаче не подлежат применению в отсутствие соответствующего двустороннего договора.

на взаимности или вежливости, потому что такая практика зависит от национальных законодательств, которые меняются от государства к государству.

Именно поэтому государства время от времени заключают договоренности на основе принципа *ad hoc*, чтобы удовлетворить конкретные потребности в некоторые периоды своего существования.

Исследование позволило выявить один подобный случай в практике США — дело Х. Леви, обвинявшегося в преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков, и выданного Египтом в США в соответствии с *ad hoc* договоренностью, заключенной путем обмена письмами⁵⁵. Между странами действует договор, заключенный США с Османской Империей 11 августа 1874 г., ст. 2 которого преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков, не определены как экстрадиционные⁵⁶. Данное обстоятельство и потребовало достижения договоренности *ad hoc*.

В любом случае «выдача лица для уголовного преследования на основе принципа взаимности представляет собой основанную на нормах международного права и национального законодательства просьбу запрашивающего государства о выдаче лица, подкрепленную письменным обязательством компетентного органа о том, что в аналогичной или сходной ситуации запрашивающему государству будет выдано лицо с соблюдением порядка и условий, предусмотренных внутренним законодательством запрашиваемой стороны» [Щерба С.П., 2016: 3–8]. В случае запросов о выдаче, поступающих в Россию из США, с учетом требований ч. 1 и 2 ст. 462 УПК РФ, заверение США как запрашивающего государства, о том, что в аналогичной ситуации по запросу России будет произведена выдача, должно быть сделано, как минимум, Государственным секретарем США. При этом с учетом § 3181(b) Титула 18 Свода законов США такое заверение может касаться только обязательства выдачи не являющихся гражданами или постоянными жителями США лиц, которые совершили преступления насилия в отношении граждан США, что, как мы понимаем, вряд ли заинтересует правоохранительные органы и суды России.

Иные контуры такого заверения невозможны, в связи с чем попытки реализации принципа взаимности в сфере выдачи между Россией и США, на наш взгляд, обречены на неудачу. Даже возможное поступление в Россию запросов о выдаче иностранцев, не являющихся гражданами США, обвиня-

⁵⁵ United States of America, Appellee, v. Chaim Levy, Defendant-appellant, 947 F.2d 1032 (2d Cir. 1991). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/947/1032/153500/> (дата обращения: 30.07.2020)

⁵⁶ Egypt International Extradition Treaty with the United States (The treaty applicable to Egypt was originally signed with the Ottoman Empire). Available at: <http://www.mcnabbassociates.com/Egypt%20International%20Extradition%20Treaty%20with%20the%20United%20States.pdf> (дата обращения: 30.07.2020)

емых в совершении насильственных преступлений против граждан США на территории России или других государств (кроме США), может повлечь за собой отказ в выдаче. Во-первых, лицо, совершившее преступление на территории России, подлежит уголовной ответственности по УК РФ (ч. 1 ст. 11); во-вторых, иностранные граждане, не проживающие постоянно в России, совершившие преступление вне пределов страны, подлежат уголовной ответственности по УК РФ, если преступление направлено против интересов либо гражданина РФ или постоянно проживающего в РФ лица без гражданства, а также в случаях, предусмотренных международным договором России или иным документом международного характера (ч. 3 ст. 12 УК РФ).

В связи с этим совершенно правильна и юридически выверенна позиция Генеральной прокуратуры России, подтверждающей в запросах о выдаче «готовность выдавать Соединенным Штатам Америки лиц для привлечения к уголовной ответственности или исполнения приговора на основе принципа взаимности при соблюдении законодательства Российской Федерации»⁵⁷.

Фактический отказ от принципа взаимности в российско-американском сотрудничестве в сфере уголовного судопроизводства по вопросам выдачи не исключает его использования при взаимодействии с другими странами. Нарботанная практика свидетельствует о позитивной тенденции: за последние годы Египет, Камбоджа, Марокко, Перу и Эквадор выдали по запросам России ряд лиц для уголовного преследования на основе именно принципа взаимности. Это обусловлено пониманием принципа взаимности как проявления императивной нормы общего международного права об обязанности государств сотрудничать, закрепленной Уставом ООН [Татаринов М.К., 2019: 1–13].

Заключение

В условиях отсутствия двустороннего международного договора о выдаче российско-американское сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства по вопросам выдачи на основании соответствующих многосторонних международных договоров РФ, в которых участвуют США, самоисполнимые нормы которых содержат обязательства сторон о выдаче лиц, обвиняемых в совершении конвенционных преступлений, осложнено оговорками и заявлениями США к таким договорам либо дискреционными нормами об основаниях выдачи, закрепленными в таких договорах. Учитывая характер и содержание оговорок и заявлений США, такие договоры не могут служить достаточным основанием для запросов в США о выдаче и исполнения аналогичных запросов в России.

⁵⁷ Архив автора.

Если из поступившего запроса о выдаче в США лица, находящегося на территории РФ, усматривается, что оно обвиняется в совершении неконвенционных преступлений, необходимо рассматривать имеющиеся данные как свидетельствующие о наличии обстоятельств, исключающих выдачу в США, не применять в отношении таких лиц меры пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста.

Учитывая приверженность США к использованию доктрины Кер-Фрисби, которая допускает внеэкстрадиционные формы сотрудничества в целях обеспечения доставки обвиняемых (подозреваемых) под юрисдикцию государства, в практической деятельности не следует отказываться от практики направления в США запросов о выдаче с указанием в них дополнительных ходатайства в случае отказа в выдаче рассматривать вопрос о наличии оснований для депортации запрашиваемого лица в Россию согласно иммиграционному законодательству США.

Учитывая, что компетентные органы США, отказывая в выдаче в Россию лиц, обвиняемых в совершении преступлений, самостоятельно не осуществляют их уголовное преследование, российским органам предварительного расследования при наличии в соответствующем международном договоре обязательства «или выдай или суди» необходимо рассматривать вопрос о целесообразности и возможности передачи материалов возбужденного и расследуемого уголовного дела в Генеральную прокуратуру для решения вопроса об их направлении в США для осуществления уголовного преследования невыданного лица в соответствии со ст. 458 УПК РФ. При оформлении соответствующих ходатайств (запросов) об уголовном преследовании, как представляется, следует обращать особое внимание США на необходимость исполнения обязательства *aut dedere aut judicare* таким образом, как это предусмотрено соответствующим международным договором.

Подготовка и направление запроса о выдаче лица, находящегося на территории США или об уголовном преследовании невыданного лица, а также рассмотрение запроса о выдаче в США лица, находящегося на территории России, должны осуществляться с учетом полисистемности правового регулирования института выдачи нормами, как минимум, трех самостоятельных правовых систем (международного права, России и США), нормативные правовые акты которых подлежат учету и исполнению в ходе международного сотрудничества по вопросу о выдаче. Особое внимание при этом необходимо уделять разрешению вопросов: какой международный договор относится к делу, действителен ли он и подлежит ли применению в данном конкретном деле о выдаче; является ли деяние, в совершении которого обвиняется лицо, подлежащее выдаче, преступлением по законодательству США и России и охватывается ли оно применяемым международным договором; имеются ли достаточные доказательства, дающие основания полагать, что

запрошенное к выдаче лицо виновно в предъявленном обвинении; имеются ли данные о дискреционных обстоятельствах, исключающих выдачу лица.

Решение указанных вопросов при подготовке запроса о выдаче лица, находящегося на территории США, или об уголовном преследовании невыданного лица должно получать детальное отражение в тексте запроса и в прилагаемых к нему документах. При этом необходимо обязательно учитывать не только правовые позиции, вытекающие из законодательства России или закрепленные в нем, но и принимать во внимание правовые позиции, отраженные в имеющих прецедентный характер решениях судов США по различным аспектам выдачи⁵⁸, и излагать в запросе информацию (при необходимости — и доказательства), на основании которой все вопросы могли бы быть разрешены в пользу решения о выдаче или осуществления уголовного преследования невыданного лица.

Принцип взаимности не может служить достаточным основанием для направления Генеральной прокуратурой России запроса о выдаче лица, находящегося на территории США, а также основанием для исполнения запроса о выдаче в США лица, находящегося на территории России. Это обусловлено тем, что закрепленные в ст. ст. 460 и 462 УПК РФ (выдавать в будущем и выдавать в аналогичной ситуации) и § 3181(b) Титула 18 Свода законов США (выдавать только ограниченный круг лиц, совершивших за рубежом преступления против граждан США) основания взаимности не являются равными, не соответствуют в полном объеме друг другу и могут влечь за собой различные, а не взаимные правовые последствия. Так, согласно указанным нормам выдаче из США может подлежать очень ограниченный круг лиц, а из России — любые запрошенные к выдаче лица.

⁵⁸ Например, как известно, значительное число уклоняющихся от российского правосудия и находящихся в странах англо-американской правовой семьи лиц, обвиняемых в совершении экономических преступлений, мотивируют содеянное в России политически. Такие заявления влияют на признание компетентными органами зарубежных стран наличия данных, исключающих выдачу в Россию. Между тем, в прецедентной судебной практике США уже давно выработаны подходы к оценке подобного как «серьезных неpolитических преступлений» («serious non-political crimes»), определены и описаны признаки, свидетельствующие о неpolитическом характере содеянного (преступление не было совершено из «подлинных политических побуждений»; не было направлено на «изменение политической организации. . . структуры государства», характеризуется «отсутствием прямой причинно-следственной связи между совершенным преступлением и его предполагаемой политической целью и объектом», вследствие чего «крупное финансовое преступление в форме хищения, . . . обычно является серьезным неpolитическим преступлением»). См.: Jiang Guan v. Barr, No. 17-71966 (9th Cir. 2019). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/17-71966/17-71966-2019-05-30.html> (дата обращения: 31.07.2020). Судебная практика сформировала более или менее четкое понимание таких понятий, как «политически мотивированное преступление» (politically motivated crime), «чисто политическое преступление» (purely political offense), а также «политически мотивированное преследование» (politically motivated prosecution).

В связи с этим возможные обязательства Генерального прокурора Российской Федерации выдавать США в будущем на основе принципа взаимности лиц согласно ч. 1 ст. 460 УПК РФ, и аналогичные обязательства США, если они будут представлены в Российскую Федерацию, не могут являться допустимыми для выдачи основаниями, поскольку в большей мере являются заявлениями о намерениях в этой сфере.

В США наряду с иными действует Закон о противодействии противникам Америки посредством санкций (2017)⁵⁹. Его цель — упорядочить имеющиеся и создать правовую основу для максимально системного расширения новых санкций в отношении российских граждан, должностных лиц, организаций и компаний, в том числе в связи с возможными нарушениями прав человека, особенно в сфере деятельности НКО, СМИ, соблюдения прав человека и по некоторым другим аспектам.

Как известно, применение уголовно-правовых и уголовно-процессуальных предписаний, а также надзорная деятельность органов прокуратуры, к компетенции руководителей которых относится решение вопросов о выдаче, объективно не обходятся без ограничения основных прав и свобод человека и гражданина, оценка которых со стороны США зачастую приобретает гипертрофированные формы⁶⁰. В таких условиях в среднесрочной перспективе использование принципа взаимности в качестве основания в сфере выдачи между Россией и США вряд ли повлечет за собой выдачу по запросу как России, так и США.

Главное препятствие для этого — правовая природа принципа взаимности и существенная разница правового закрепления допустимости его применения в § 3181(b) Титула 18 Свода законов США и ч. 1 и 2 ст. 460, ч. 1 и 2 ст. 462 УПК РФ.

Учет этих выводов и реализация изложенных рекомендаций будет способствовать формированию единой практики международного сотрудничества с США в сфере уголовного судопроизводства по вопросам выдачи. Понятно, что они в значительной мере носят вынужденный характер. Это предопределяется, прежде всего, неоднократно заявляемым, но юридически некорректным утверждением об отсутствии двустороннего договора о выдаче между Россией и США. Данное обстоятельство ставит в повестку дня проблему подготовки и заключения такого договора.

⁵⁹ Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, 2017. Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-115hr3364enr/html/BILLS-115hr3364enr.htm> (дата обращения: 30.07.2020)

⁶⁰ См., напр.: Russia and Moldova Jackson-Vanik Repeal and Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012. Available at: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/pl112_208.pdf (дата обращения: 01.08.2020)

Вместе с тем, по нашему мнению, с учетом складывающейся обстановки и трудностей, которые всегда сопровождают подготовку и подписание новых договоров, более целесообразным является иной путь — актуализировать применение Конвенции о взаимной выдаче преступников, заключенной Россией и США в 1887 г. (далее — Конвенция)⁶¹, которая представляет собой двусторонний международный договор о выдаче. Данная Конвенция с момента вступления в силу в 1893 г. успешно применялась в качестве международно-правового основания российско-американского взаимодействия по вопросам выдачи, о чем свидетельствуют сохранившиеся судебные решения⁶².

По данным Министерства иностранных дел России, Конвенция продолжает являться в настоящее время действующим документом⁶³. Это обусловлено тем, что ни Российская империя, ни СССР, ни Российская Федерация, ни США после ее вступления в силу не осуществляли никаких действий, направленных на прекращение этого международного договора или выход из него.

По мнению некоторых американских исследователей, «ни США, ни Россия за все время истории никогда не аннулировали соглашения царской эпохи, поэтому юридически данное соглашение остается в силе. По неизвестной причине, соглашение 1887 г. было позабыто среди действующих международных договоров США после 1941 г., но данная техническая ошибка не может служить юридическим доказательством аннулирования соглашения... Соединенные Штаты не последовали обычному международному праву в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 г. по отношению к аннулированию соглашения 1887 г. ... Конвенция 1887 г. о выдаче преступников между Соединенными Штатами и Россией все еще имеет законную силу» [Jason S., 2013: 62–87].

В свете того что с 1887 г. Россия существовала как Российская империя, Российская Республика, Российская Советская Федеративная Социали-

⁶¹ Конвенция о взаимной выдаче преступников, заключенная между Россией и Соединенными Штатами Северной Америки от 16/28 марта 1887 года и дополнительный протокол от 19 февраля/3 марта 1893 года (Обмен ратификаций состоялся в Санкт-Петербурге 9/21 апреля 1893 года). Сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации. Available at: URL: https://www.mid.ru/foreign_policy/international_contracts/2_contract/-/storage-viewer/bilate/page-590/57519 (дата обращения: 24.07.2020)

⁶² См., напр.: U.S. Reports: *Glucksman v. Henkel*, 221 U.S. 508 (1911). Available at: URL: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep221/usrep221508/usrep221508.pdf> (дата обращения: 29.07.2020)

⁶³ На сайте МИД России в перечне двусторонних международных договоров Российской Федерации статус данной Конвенции определен как «действует» и приведен полный ее текст. Available at: URL: https://www.mid.ru/foreign_policy/international_contracts/2_contract/-/storage-viewer/bilateral/page-590/57519 (дата обращения: 01.08.2020)

стическая Республика, СССР и Российская Федерация, вполне уместен вопрос — насколько правомерно говорить о преемственности современной Россией в правах и обязательствах Российской империи по названной выше Конвенции?

Рекомендуя вернуться к продвижению в практику Конвенции 1887 г. и осознавая трудности реализации этой рекомендации, сошлемся на мнение известного отечественного правоведа, доктора юридических наук, профессора МГУ В.А. Томсинова. В экспертном заключении от 14.02.2011 о правопреемстве СССР относительно предшествовавших ему государств — Российской Республики 1917 г. и Российской империи — он сделал вывод: «Утверждение о том, что «преемственности Российской Федерации в правах и обязательствах Российской империи не существует, поскольку СССР никогда не приобретал прав и обязательств Российской империи» представляется ... не соответствующим документам, историческим фактам, а, следовательно, неверным по существу» [Томсинов В.А., 2011: 16–35].

Это означает в свою очередь что с заменой Российской империи Советским государством, выступавшим сначала под названием «Российская Республика», затем — «Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика» и, наконец, — «Союз Советских Социалистических Республик», именно к нему — Советскому государству — перешли права (так же как и обязательства), принадлежавшие Российской империи, в том числе права и обязательства по Конвенции о взаимной выдаче преступников, заключенной Россией и США в 1887 г.

Поскольку современная Российская Федерация является государством-продолжателем СССР⁶⁴, а США после вступления Конвенции в силу не осуществляли никаких действий, направленных на прекращение этого международного договора или на выход из него, Конвенция 1887 г. *de jure* является действующей для обеих стран.

Практика направления в США запросов о выдаче свидетельствует, что Генеральная прокуратура России ссылается в них на принцип взаимности. Включение в такие запросы указания на Конвенцию 1887 г. с разъяснением позиции о действующем статусе этого международного договора как для России, так и для США, при должной последовательности, настойчивости и профессионализме, может стать одним из шагов к выходу из тупика в российско-американском сотрудничестве в сфере уголовного судопроизводства по вопросам выдачи, а также способствовать новому уровню предметного обсуждения проблем и выработки путей их преодоления.

⁶⁴ 25.12. 1991 США признали Российскую Федерацию как правопреемника Советского Союза, установили дипломатические отношения с РФ 31.12. 1991.



Список источников

1. Бойцов А.И. Выдача преступников. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 795 с.
2. Валеев Р.М. Выдача преступников в современном международном праве (Некоторые вопросы теории и практики). Казань: Издательство Казанского университета, 1976. 126 с.
3. Дашков Г.В. и др. Выдача лиц для привлечения к уголовной ответственности или приведения приговора в исполнение М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ, 1997. 248 с.
4. Ермолаева Н.В. Практика Европейского Суда по правам человека в делах о выдаче из России в государства-участники СНГ / Современное состояние, проблемы и перспективы полицейского международного сотрудничества государств-участников СНГ в борьбе с преступностью: материалы международной конференции. М.: Академия управления МВД России, 2014. С. 78–85.
5. Карпович О.Г. Международно-правовые проблемы экстрадиции российских граждан по запросам правоохранительных органов США // Международное уголовное право и международная юстиция. 2019. № 5. С. 19–24.
6. Литвишко П.А. К вопросу о некоторых внедоговорных формах экстерриториальной правоохранительной деятельности // Вестник Академии Следственного комитета Российской Федерации. 2014. № 2. 2014. С. 101–106.
7. Литвишко П.А. Защита прав подозреваемых и обвиняемых в международно-правовом сотрудничестве Генеральной прокуратуры Российской Федерации / Международное сотрудничество прокуратуры Российской Федерации в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина: материалы круглого стола. М.: Университет прокуратуры Российской Федерации, 2019. С. 50–83.
8. Литвишко П.А. (сост.) Международное сотрудничество в области борьбы с преступностью: избранные вопросы. Внедоговорные формы экстерриториальной уголовно-процессуальной и иной правоохранительной деятельности / Сборник материалов по международному сотрудничеству Следственного комитета Российской Федерации. М.: Следственный комитет Российской Федерации, 2015. 304 с.
9. Лукашук И.И., Наумов А.В. Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве. М.: Российский юридический издательский дом, 1998. 160 с.
10. Ляхов Е.Г. Экстрадиция и принцип «aut dedere aut judicare»: становление и современные проблемы // Публичное и частное право. 2012. № 2. С. 165–172.
11. Сафаров Н.А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. М.: Волтерс Клувер, 2005. 416 с.
12. Татаринов М.К. Пространственное действие уголовной юрисдикции // Международное право. 2019. № 2. С. 1–13.
13. Тренина Д.В. Нарушения статей 3 и 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, констатированные ЕСПЧ в российских делах о высылке: неизжитые недостатки правового регулирования и новые проблемы. Часть I. Библиотека криминалиста. 2015. № 6. С. 298–315.
14. Тренина Д.В. Нарушения статей 3 и 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, констатированные ЕСПЧ в российских делах о высылке: неизжитые недостатки правового регулирования и новые проблемы. Часть II // Библиотека криминалиста. 2016. № 1. С. 305–317.
15. Томсинов В.А. Дело о мемориале Цесаревича Николая Александровича в Ницце (статья четвертая) // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2011. № 4. С. 16–35.

16. Щерба С.П. Международное сотрудничество России в сфере выдачи лиц для уголовного преследования на основе принципа взаимности // Международное уголовное право и международная юстиция. 2016. № 4. С. 3–8.
17. Bassiouni M.C. Extradition: Law and practice of the United States. In: International Criminal Law, 2008, vol. 2, pp. 269–341.
18. Jason S. A forgotten instrument: the 1887 U.S.-Russia Extradition Treaty. Вопросы российского и международного права, 2013, no. 9–10, с. 62–87.
19. O'Higgins P. The History of Extradition in British Practice 1174–1794. The Indian Year Book of International Affairs, 1964, vol. XIII, pp. 75–115.
20. Parry J.T. The Lost History of International Extradition Litigation. *Virginia Journal of International Law*, 2002, vol. 43, pp. 79–108.
21. Van den Wyngaert C. The Political Offence Exception to Extradition: Defining the Issues and Searching for a Feasible Alternative. *Revue Belge de Droit Internationale*, 1983, pp. 741–754.



References

1. Bassiouni M.C. (2008) Extradition: law and practice of the United States. International Criminal Law. Vol. 2, pp. 269–341.
2. Boytsov A.I. (2004) *Extradition of criminals*. Saint Petersburg: Legal Center Press, 795p. (In Russ.).
3. Ermolaeva N.V. (2014) Practice of the European Court of Human Rights in cases of extradition from Russia to the CIS states. Police international cooperation of the CIS states against crime: papers of international conference. Moscow: Academy of Internal Ministry, 2014, pp. 78–85. (In Russ.).
4. Extradition of individuals for criminal prosecution or execution (1997) G.V. Dashkov (ed.). Moscow: 1997. (In Russ.).
5. Jason S. (2013) A forgotten instrument: 1887 US.-Russia Extradition Treaty. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava* = Russian and International Law, no. 9–10, pp. 62–87.
6. Karpovich O.G. (2019) International legal problems of extradition of Russian citizens at the request of US law enforcement agencies. *Mezhdunarodnoe ugovnoe pravo i mezhdunarodnaya yusticiya*=International Criminal Law and International Justice, no. 5, pp. 19–24. (In Russ.).
7. Litvishko P.A. (2014) On the issue of some non-contractual forms of extraterritorial law enforcement. *Vestnik Akademii Sledstvennogo komiteta Rossijskoj Federacii* = Bulletin of Academy of Investigative Committee of the Russian Federation, no. 2, pp. 101–106. (In Russ.).
8. Litvishko P.A. (2019) Protection of the rights of suspects and accused in international legal cooperation of the Prosecutor General's Office of the Russian Federation. In: International cooperation of the Prosecutor's Office in the field of protecting human and civil rights and freedoms: papers of the round table. Moscow: University of Prosecutor's Office, pp. 50–83. (In Russ.).
9. Litvishko P.A. et al (2015) International cooperation in the field of combating crime: selected issues. Non-contractual forms of extraterritorial criminal procedure and other law enforcement activities. Papers on international cooperation. Moscow: Investigative Committee of the Russian Federation, 304 p. (In Russ.).

10. Lukashuk I.I., Naumov A.V. (1998) *Extradition of accused and convicted persons in international criminal law*. Moscow: Jurait, 160 p. (In Russ.).
 11. Lyakhov E.G. (2012) Extradition and the principle “aut dedere aut judicare”: formation and modern issues. *Publichnoe i chastnoe pravo* = Public and private law, no. 2, pp. 165–172. (In Russ.).
 12. O'Higgins P. (1964) The History of Extradition in British Practice. 1174–1794. In: *Indian Yearbook of International Affairs*, vol. XIII, pp. 75–115.
 13. Parry J.T. (2002) The Lost History of International Extradition Litigation. *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, pp. 79–108.
 14. Safarov N.A. (2005) *Extradition in international criminal law: theory and practice*. Moscow: Wolters Kluwer, 416 p. (In Russ.).
 15. Shcherba S.P. (2016) International cooperation of Russia in the field of extradition of persons for criminal prosecution on the basis of the principle of reciprocity. *Mezhdunarodnoe ugovnoe pravo i mezhdunarodnaya yusticiya* = International Criminal Law and International Justice, no. 4, pp. 3–8. (In Russ.).
 16. Tatarinov M.K. (2019) Spatial action of criminal jurisdiction. *Mezhdunarodnoe pravo*=International Law, no. 2, pp. 1–13. DOI: 10.25136 / 2306-9899.2019.2.29545. (In Russ.).
 17. Tomsinov V.A. (2011) The case of the memorial of Tsarevich Nikolai in Nice (Article 4). *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo universiteta*=Moscow State University Bulletin, no. 4, pp. 16–35. (In Russ.).
 18. Trenina D.V. (2015) Violations of Articles 3 and 5 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms found by the ECHR in Russian expulsion cases. Part I. *Biblioteka kriminalista* = Criminalist's Library, no. 6, pp. 298–315. (In Russ.).
 19. Trenina D.V. (2016) Violations of Articles 3 and 5 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms found by the ECHR in Russian expulsion cases. Part II. *Biblioteka kriminalista*=Criminalist's Library, no. 1, pp. 305–317. (In Russ.).
 20. Valeev R.M. (1976) *Extradition of criminals in modern international law*. Kazan: University, 126 p. (In Russ.).
 21. Van den Wijngaert C. (1983) The Political Offence Exception to Extradition: Defining the Issues and Searching for a Feasible Alternative. *Revue Belge de Droit Internationale*, pp. 745–746.
-

Информация об авторе:

А.Г. Волеводз — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

A.G. Volevodz — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 19.08.2020; одобрена после рецензирования 26.04.2021; принята к публикации 08.06.2021.

The article was submitted 19.08.2020; approved after reviewing 26.04.2021; accepted for publication 08.06.2021.

1/2021

Правовая мысль: история и современность

С.А. Сеницын

Корпоративный контроль в российском и зарубежном праве:
взаимосвязь права и экономики

4

С.А. Агамагомедова

Аксиологические аспекты государственного контроля и надзора

37

О.Н. Коршунова, И.И. Головки

Категория объекта в теории прокурорской деятельности:
теоретический и прикладной аспекты

62

Г.И. Муромцев

Мусульманское право в контексте правогенеза

80

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

И.А. Купцов

Институциональные препятствия к возбуждению уголовного дела

107

Е.Г. Комиссарова

Отношения по фактическому воспитанию ребенка:
проблемы семейно-правовой институционализации

130

Право в современном мире

С.Б. Бальхаева, А.Е. Помазанский

Правовой статус международных организаций как третьих сторон
международных договоров в соответствии с принципом *pacta tertiis nec
nocent nec prosunt*

154

В.С. Маличенко

Международно-правовые механизмы противодействия
чрезвычайным ситуациям в сфере здравоохранения

174

Д.К. Мошников

Становление и развитие международно-правового
противодействия инфекционным заболеваниям

198

Р.Ж. Баишев

Правовое регулирование потребительского кредитования в государствах ЕАЭС

218

Е.С. Батусова

Испытание при приеме на работу: правовой опыт зарубежных стран

244

Legal Thought: History and Modernity

S.A. Sinitsin

Corporate Control in Russian and Foreign Law: Relations of Economy and Law 4

S.A. Agamagomedova

Axiological Aspects of State Control and Supervision 37

O.N. Korshunova, I.I. Golovko

Category of Object in the Theory of Prosecutorial Activity:
Theoretical and Applied Aspects 62

G.I. Muromtsev

Muslim Law in the Context of Law-Genesis 80

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

I.A. Kuptsov

Institutional Obstacles for Initiating a Criminal Case 107

E.G. Komissarova

Relations On Actual Upbringing of a Child: Family and Legal Institutionalization 130

Law in the Modern World

S.B. Balkhayeva, A.E. Pomazansky

The Legal Status of International Organizations as Third Parties to International
Treaties in Accordance to Principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* 154

V.S. Malichenko

International Legal Mechanisms for Counteracting Health Emergencies 174

D.K. Moshnikov

Development of International Law Regulations of Combating Spread
of Infectious Diseases 198

R.J. Baishev

Consumer Credit Regulation in EAEU States 218

E.S. Batusova

Employment Probation Period: Legal Experience of Foreign Countries 244

Правовая мысль: история и современность

Ю.А. Тихомиров, Н.В. Кичигин, Ф.В. Цомартова, С.Б. Бальхаева

Право и цифровая трансформация

4

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

А.В. Габов

Электронное взаимодействие и цифровые технологии в корпоративном управлении акционерным обществом в России

24

Е.А. Галиновская, М.В. Пономарев

Стратегическое планирование в природоресурсной сфере (правовой аспект)

65

Ю.Э. Монастырский

Регулирование требований об убытках в Гражданском кодексе Российской Федерации и Принципах европейского контрактного и деликтного права

87

А.С. Подмаркова

Условия приобретательной давности и необходимость их реформирования

109

Е.С. Пирогова, Ю.Д. Жукова

Ответственность за неподачу заявления о банкротстве (новеллы законодательства о банкротстве и актуальные нормы корпоративного права)

139

М.О. Буянова

Понятие и природа спортивной ответственности

161

М.В. Арзамасцев

Уголовно-правовая оценка осуществления субъективного права и злоупотребления им

177

Право в современном мире

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова, А.С. Касаткина

Внутриотраслевой способ кодификации международного частного права (на примере стран Латинской Америки)

204

Л.В. Терентьева

Установление судебной юрисдикции по спорам в киберпространстве на примере США

236

Legal Thought: History and Modernity

Yu.A. Tikhomirov, N.V. Kichigin, F.V. Tsomartova, S.B. Balkhaeva
Law and Digital Transformation

4

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.V. Gabov

Electronic Interaction and Digital Technologies in Corporate Governance
of a Joint Stock Company in Russia

24

E.A. Galinovskaya, M.V. Ponomarev

Strategic Planning in the Natural Resource Sphere: Legal Aspect

65

Yu.E. Monastyrsky

Damages Recovery Claims Regulation in Civil Code of RF and in Principles
of European Contract and Tort Law

87

A.S. Podmarkova

Acquisitive Prescription Requisites and the Need of their Reform

109

E.S. Pirogova, Yu.D. Zhukova

Liability for Non-Filing of a Bankruptcy Petition (the Novels of Insolvency
Legislation and Current Corporate Rules)

139

M.O. Buyanova

The Concept and Nature of Sports Responsibility

161

M.V. Arzamastsev

Criminal Evaluation of the Exercise and Abuse of Right

177

Law in the Modern World

N.Yu. Erpyleva, I.V. Getman-Pavlova, A.S. Kasatkina

Intra-Branch Method of Codifying Private International Law
(Case of Latin American States)

204

L.V. Terentyeva

Legal Jurisdiction Concerning the Disputes in Cyberspace in the USA

236

Правовая мысль: история и современность**В.В. Лапаева**

Право техногенной цивилизации перед вызовами технологической дегуманизации

4

И.А. Минникес, И.В. Минникес

Аутентическое (авторское) толкование: теоретико-правовой и конституционно-правовой аспекты

36

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**Д.Г. Бачурин**

Диалектика противоречий в правовом регулировании налогообложения добавленной стоимости

56

С.А. Ядрихинский

Принцип пропорциональности как инструмент достижения баланса интересов в налоговых отношениях: проблемы теории и правоприменительной практики в России и за рубежом

82

Е.А. Русскевич, И.И. Малыгин

Преступления, связанные с обращением криптовалют: особенности квалификации

106

Е.В. Зайнутдинова

Модели правового регулирования смарт-контракта: общее и особенное

126

Право в современном мире**Ю.С. Ромашев**

Общие принципы права в системе международного права

148

А.И. Щукин

Специализированные государственные суды — актуальный форум разрешения международных коммерческих споров

175

И.В. Ирхин

Раннее предупреждение как инструмент контроля принципа субсидиарности в законодательном процессе Европейского союза (региональное измерение)

208

И.Ю. Богдановская

Конституционно-правовые последствия брекзита: суверенитет парламента или народа?

231

Рецензии**М.В. Антонов**

Ганс Кельзен: перипетии творческой биографии

254

Legal Thought: History and Modernity**V.V. Lapaeva**The Law of a Technogenic Civilization to Face Technological
Dehumanization Challenges

4

I.A. Minnikes, I.V. MinnikesAuthentic (Author's) Interpretation: Theoretical-Legal
and Constitutional-Legal Aspects

36

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**D.G. Bachurin**Dialectics of Contradictions in Legal Regulation of Value
Added Taxation

56

S.A. YadrikhinskiyProportionality Principle as a Tool for Achieving Balance of Interests
in Tax Relations: Theory and Law Enforcement in Russia and abroad

82

E.A. Russkevich, I.I. Malygin

Crimes Related to Cryptocurrencies: Features of Qualification

106

E.V. ZainutdinovaModels of Legal Regulation of Smart Contract:
Generalities and Specifics

126

Law in the Modern World**Yu.S. Romashev**

General Principles of Law in the System of International Law

148

A.I. SchukinSpecialized State Courts — a Relevant Forum for Resolving
International Commercial Disputes

175

I.V. IrkhinEarly Warning Mechanism as Control Tool Compliance
with the Principle of Subsidiarity in Legislative Process
of the European Union (Regional Dimension)

208

I. Yu. BogdanoskayaConstitutional Law Consequences of Brexit: Sovereignty
of Parliament or of People?

231

Book Review**M.V. Antonov**

Twists and Turns of Hans Kelsen's Biography

254

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае неадекватного оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Для заметок

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Р.С. Рааб*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 09.11.2021. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,75. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42