

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

Том 16 № 9 (130) сентябрь 2021

В НОМЕРЕ:

Ершова И. В., Енькова Е. Е.

Большие данные: влияние на управление образовательным процессом университета

Корнев А. В.

Цифровые технологии, правовые риски и проблема их минимизации

Чесалина О. В.

Новеллы законодательства о дистанционной (удаленной) работе: сравнительно-правовой анализ

LEX RUSSICA



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г., ISSN 1729-5920;
- ✓ издается с 2004 г., с 2013 г. — ежемесячно;
- ✓ является преемником научных трудов ВЮЗИ-МЮИ-МГЮА, издаваемых с 1948 г.;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ», электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Lex Russica — научный юридический журнал, посвященный фундаментальным проблемам теории государства и права (в том числе этноправа), совершенствования законодательства и повышения эффективности правоприменения, правовой культуры, юридического

образования и методики преподавания правовых дисциплин, международного права, сравнительного правоведения и др.

Журнал знакомит с юридическими школами вузов России; публикует очерки об ученых, чьи имена золотыми буквами вписаны в историю юридической науки, обзоры конференций и круглых столов, проведенных в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах, рецензии на новые юридические издания; содействует сближению и гармонизации российского и зарубежного права.

Авторами журнала являются известные российские и зарубежные ученые-юристы (из Германии, Китая, Польши, Франции, Финляндии и др.).

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-67361 от 5 октября 2016 г., ISSN 2311-5998;
- ✓ издается с 2014 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «ГАРАНТ» и в электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Отличие «Вестника» от журналов, уже издаваемых Университетом (Lex Russica, «Актуальные проблемы российского права»), и от других российских периодических изданий в том, что каждый его выпуск посвящен отдельной отрасли правовых знаний, например трудовому праву и праву социального обеспечения, международному, финансовому праву и т.д.

Журнал знакомит:

- ✓ с основными направлениями развития юридической науки;
- ✓ с актуальными проблемами теории и истории права и государства;
- ✓ конкретных отраслей права; сравнительного правоведения;
- ✓ методики преподавания правовых и общегуманитарных дисциплин, а также иностранных языков в юридическом вузе;
- ✓ с правоприменительной практикой;
- ✓ с путями совершенствования российского законодательства;
- ✓ с известными российскими и зарубежными учеными, их теоретическим наследием;
- ✓ с материалами конференций и круглых столов, проведенных в Университете или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах;
- ✓ с новой юридической литературой.

«Актуальные проблемы российского права» — научно-практический юридический журнал, посвященный актуальным проблемам теории права, практике его применения, совершенствованию законодательства, а также проблемам юридического образования.

Рубрики журнала охватывают все основные отрасли права, учитывают весь спектр юридической проблематики, в том числе теории и истории государства и права, государственно-правовой, гражданско-правовой, уголовно-правовой, международно-правовой направленности. На страницах журнала размещаются также материалы конференций, рецензии на юридические новинки.

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна — доктор юридических наук, профессор, первый проректор, заведующий кафедрой финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

ЕРШОВА Инна Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

СИТНИК Александр Александрович — доктор юридических наук, доцент кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

СЕВРЮГИНА Ольга Александровна — эксперт отдела научно-издательской политики Научно-исследовательского института Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

БЕКЯШЕВ Дамир Камильевич — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права Московского государственного института международных отношений МИД России.
Почтовый адрес: пр-т Вернадского, д. 76, г. Москва, Россия, 119454.

БЕЛОВА-ГАНЕВА Габриела — кандидат юридических наук, профессор, декан историко-правового факультета Юго-Западного университета имени Неофита Рильского (Болгария).
Почтовый адрес: ул. Ивана Михайлова, д. 66, г. Благоевград, Болгария, 2700.

БОЛТИНОВА Ольга Викторовна — доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

БРИНЧУК Михаил Михайлович — доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник сектора экологического, земельного и аграрного права Института государства и права Российской академии наук.
Почтовый адрес: ул. Знаменка, д. 10, г. Москва, Россия, 119019.

ВИННИЦКИЙ Данил Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права Уральского государственного юридического университета, директор Института права БРИКС.
Почтовый адрес: Комсомольская ул., д. 21, г. Екатеринбург, Россия, 620137.

ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

ГАЗЬЕ Анн — доктор права, доцент Университета Paris Nanterre (Франция).
Почтовый адрес: авеню Републик, д. 200, г. Нантер, Франция, 92001.

ГОЛОВНЕНКОВ Павел Валерьевич — доктор права, ассессор права, адвокат, Берлин, Германия.

ДУБРОВИНА Елена Павловна — кандидат юридических наук, член Центральной избирательной комиссии РФ (2003—2016), руководитель Центра законодательных инициатив политической партии «Российская объединенная демократическая партия «Яблоко»».
Почтовый адрес: Пятницкая ул., д. 31, стр. 2, г. Москва, Россия, 119017.

ЗАНКОВСКИЙ Сергей Сергеевич — доктор юридических наук, профессор, и. о. заведующего сектором предпринимательского и корпоративного права, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук.
Почтовый адрес: ул. Знаменка, д. 10, г. Москва, Россия, 119019.

ЗАХАРОВ Владимир Викторович — доктор юридических наук, профессор, председатель Арбитражного суда Северо-Кавказского округа.
Почтовый адрес: Рашпилевская ул., д. 4, г. Краснодар, Россия, 350063.

КАЛИНИЧЕНКО Пауль Алексеевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

КОКОТОВ Александр Николаевич — доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда Российской Федерации.
Почтовый адрес: Сенатская пл., д. 1, г. Санкт-Петербург, Россия, 190000.

КОРНЕВ Аркадий Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

КУРБАНОВ Рашад Афатович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова.
Почтовый адрес: Стремянный пер., д. 36, г. Москва, Россия, 117997.

ЛИПСКИ Станислав Анджеевич — доктор экономических наук, доцент, заведующий кафедрой земельного права Государственного университета по землеустройству.
Почтовый адрес: ул. Казакова, д. 15, г. Москва, Россия, 105064.

МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

МОХОВ Александр Анатольевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой медицинского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

ПАНАГИОТОПОЛОС Димитриос — профессор права Афинского национального университета имени И. Каподистрии (Афины), судебный поверенный, проректор Университета Центральной Греции, президент Международной ассоциации спортивного права (МАСП).
Почтовый адрес: ул. Веранжероу, д. 4, г. Афины, Греция, 10677.

ПЕТРОВА Татьяна Владиславовна — доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и земельного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.
Почтовый адрес: Ленинские горы, д. 1, стр. 13, г. Москва, ГСП-1, Россия, 119991.

РЕШЕТНИКОВА Ирина Валентиновна — доктор юридических наук, профессор, председатель Арбитражного суда Уральского округа.
Почтовый адрес: пр-т Ленина, д. 32/27, г. Екатеринбург, Россия, 620075.

РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993

СОКОЛОВ Александр Юрьевич — доктор юридических наук, профессор, директор Саратовского филиала Института государства и права Российской академии наук.
Почтовый адрес: ул. Чернышевского, д. 135, г. Саратов, Россия, 410028.

ФОКИНА Марина Анатольевна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Российского государственного университета правосудия.
Почтовый адрес: Новочеремушкинская ул., д. 69, г. Москва, Россия, 117418.

ХВАН Леонид Борисович — кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного права и управления Ташкентского государственного юридического университета.
Почтовый адрес: Главпочтамт, а/я № 232, г. Ташкент, Республика Узбекистан, 100000.

ЧАННОВ Сергей Евгеньевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой служебного и трудового права Поволжского института управления имени П.А. Столыпина.
Почтовый адрес: Соборная ул., д. 23/25, г. Саратов, Россия, 410031.

ЧЕРНЫШОВА Ольга Сергеевна — кандидат юридических наук, руководитель юридического отдела Секретариата Европейского Суда по правам человека.
Почтовый адрес: ЕСПЧ, г. Страсбург, Cedex, Франция, 67075.

ШАЛУМОВ Михаил Славович — доктор юридических наук, профессор, заместитель начальника управления систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации — начальник отдела систематизации законодательства и анализа судебной практики в области уголовного судопроизводства, судья Верховного Суда Российской Федерации (в почетной отставке).
Почтовый адрес: Поварская ул., д. 15, г. Москва, Россия, 121260.

ШИТКИНА Ирина Сергеевна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Корпоративное право» юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.
Почтовый адрес: Ленинские горы, д. 1, стр. 13, г. Москва, ГСП-1, Россия, 119991.

ЯСКЕРНЯ Ежи — доктор юридических наук, профессор Университета имени Яна Кухановского в г. Кельц (Польша), декан кафедры права и социальных наук отделения конституционного, европейского и международного публичного права.
Почтовый адрес: ул. Зеромского, д. 5, г. Кельц, Польша, 25369.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

КАШАНИНА Татьяна Васильевна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

КЛЕПИЦКИЙ Иван Анатольевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

МИХАЙЛОВ Сергей Михайлович — кандидат юридических наук, доцент, и. о. заведующего кафедрой гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

ОСАВЕЛЮК Алексей Михайлович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

ПОДУЗОВА Екатерина Борисовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

СОКОЛОВА Наталья Александровна — доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Почтовый адрес: Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993.

РЕГИСТРАЦИЯ СМИ	Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ПИ № ФС77-25128 от 7 мая 2014 г.
ISSN	1994-1471
ПЕРИОДИЧНОСТЬ	12 раз в год
УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ	Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
АДРЕС РЕДАКЦИИ	Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 Тел.: 8 (499) 244-88-88 (доб. 687). E-mail: aprp.msai@yandex.ru
САЙТ	https://aprp.msai.ru
ПОДПИСКА И РАСПРОСТРАНЕНИЕ	Свободная цена Журнал распространяется через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис» Подписной индекс 11178 Подписка на журнал возможна с любого месяца
ТИПОГРАФИЯ	Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
ВЫПУСКНЫЕ ДАННЫЕ	Дата выхода в свет 20.10.2021 Объем 20,46 усл. печ. л., формат 60×84/8 Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная
Переводчики	<i>Н. М. Головина, А. Н. Митрущенкова</i>
Редактор	<i>М. В. Баукина</i>
Корректор	<i>А. Б. Рыбакова</i>
Компьютерная верстка	<i>Д. А. Беляков</i>

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Актуальные проблемы российского права» обязательна.
Полная или частичная перепечатка материалов допускается только по письменному разрешению авторов статей или редакции.
Точка зрения редакции может не совпадать с точкой зрения авторов публикаций.

The Actual Problems of Russian Law Journal is an academic and practical law journal devoted to current issues of the theory of law, practice of its application, improvement of the legislation, and problems of legal education.

Sections of the Journal cover all major branches of law, take into account the full range of legal issues, including the theory and history of the State and law, constitutional law, civil law, criminal law, international law, etc. On the pages of the Journal, you can find conference proceedings, reviews of the most recent legal publications.

CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

Elena Yu. GRACHEVA — Dr. Sci. (Law), Professor, First Vice-Rector, Head of the Department of Financial Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

VICE-CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

Inna V. ERSHOVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Business and Corporate Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

CHIEF EDITOR

Aleksandr A. SITNIK — Dr. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Financial Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

EXECUTIVE SECRETARY

Olga A. SEVRYUGINA — expert of the Research and Publishing Policy Department of the Research Institute of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

COUNCIL OF EDITORS

Damir K. BEKYASHEV — Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Department of International Law of Moscow State Institute of International Relations under the Ministry of Foreign Affairs of Russia.

Mailing address: prosp. Vernadskogo, d. 76, Moscow, Russia, 119454.

Gabriela BELOVA-GANEVA — PhD in Law, Professor, Dean of the Faculty of Law and History of South-West University «Neofit Rilski» (Bulgaria).

Mailing address: 66 Ivan Mihailov Str., Blagoevgrad, Bulgaria, 2700.

Olga V. BOLTINOVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Vice-Head of the Department of Financial Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Mikhail M. BRINCHUK — Dr. Sci. (Law), Professor, Senior Fellow, Sector of Environmental, Land and Agricultural Law of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.
Mailing address: ul. Znamenka, d. 10, Moscow, Russia, 119019.

Danil V. VINNITSKIY — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Financial Law of the Ural State Law University, Director of the BRICS Law Institute.

Mailing address: Komsomolskaya ul., d. 21, Yekaterinburg, Russia, 620137.

Lidia A. VOSKOBITOVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Criminal Procedure Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Anne GAZIER — Doctor of Law, Associate Professor of the University Paris Nanterre (France).

Mailing address: Universite Paris Nanterre, 200 avenue de la Republique, 92001 Nanterre Cedex (France).

Pavel V. GOLOVNENKOV — Doctor of Law, Law Assessor, Advocate, Berlin, Germany.

Elena P. DUBROVINA — Cand. Sci. (Law), Member of the Central Election Committee of the Russian Federation (2003—2016), Head of the Center for Legislative Initiatives of the Russian United Democratic Party "Yabloko".

Mailing address: Pyatnitskaya ul., d. 31, build. 2, Moscow, Russia, 119017.

Sergey S. ZANKOVSKIY — Dr. Sci. (Law), Professor, Acting Head of the Business and Corporate Law Sector, Chief Scientific Fellow of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.

Mailing address: ul. Znamenka, d. 10, Moscow, Russia, 119019.

Vladimir V. ZAKHAROV — Dr. Sci. (Law), Professor, Chairman of the Court of Arbitration of North Caucasus district.

Mailing address: Rashpilevskaya ul., d. 4, Krasnodar, Russia, 350063.

Paul A. KALINICHENKO — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Aleksandr N. KOKOTOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation.

Mailing address: Senatskaya pl., d. 1, St. Petersburg, Russia, 190000.

Arkadiy V. KORNEV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Theory of the State and Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Rashad A. KURBANOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Civil Law Disciplines of the Plekhanov Russian Economic University.
Mailing address: Stremyanny per., d. 36, Moscow, Russia, 117997.

Stanislav A. LIPSKI — Dr. Sci. (Econ.), Associate Professor, Head of the Department of Land Law of the State University for Land Use Planning.
Mailing address: ul. Kazakova, d. 15, Moscow, Russia, 105064.

Igor M. MATSKEVICH — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Criminology and Penal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Aleksandr A. MOKHOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Medical Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Dimitrios PANAGIOTOPOULOS — Professor of Law at the National and Kapodistrian University of Athens, Attorney-at-Law, Vice-Rector (f) of the University of Central Greece, President of International Association of Sports Law (IASL).
Mailing address: 4, Veranzerou Str., 10677, Athens, Greece.

Tatiana V. PETROVA — Dr. Sci. (Law), Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Faculty of Law of Lomonosov Moscow State University.
Mailing address: Leninskie Gory, d. 1, str. 13, Moscow, GSP-1, Russia, 119991.

Irina V. RESHETNIKOVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Chairperson of the Court of Arbitration of the Urals District, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of the Judicial System.
Mailing address: prosp. Lenina, d. 32/27, Ekaterinburg, Russia, 620075.

Elena R. ROSSINSKAYA — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Forensic Examination of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Aleksandr Yu. SOKOLOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Director of Saratov Branch, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences.
Mailing address: ul. Chernyshevskogo, d. 135, Saratov, Russia, 410028.

Marina A. FOKINA — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings of the Russian State University of Justice.
Mailing address: Novocheremushkinskaya ul., d. 69, Moscow, Russia, 117418.

Leonid B. KHVAN — PhD in Law, Associate Professor of the Department of State Law and State Administration of Tashkent State Law University.
Mailing address: Glavpochtamt, a/ya 232, Tashkent, Republic of Uzbekistan, 100000.

Sergey E. CHANNOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Service and Labour Law of the Povolzhsky Institute of Government named after P.A. Stolypin.
Mailing address: Sobornaya ul., d. 23/25, Saratov, Russia, 410031.

Olga S. CHERNISHOVA — PhD in Law, Head of Legal Division at the Registry of the European Court of Human Rights.
Mailing address: European Court of Human Rights, 67075 Strasbourg Cedex, France.

Mikhail S. SHALUMOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Deputy Head of the Department for Systematization of Legislation and Analysis of Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation, Head of the Department of Systematization of Legislation and Analysis of Judicial Practice in the Field of Criminal Procedure, Justice of the Supreme Court of the Russian Federation (emeritus).
Mailing address: Povarskaya ul., d. 15, Moscow, Russia, 121260.

Irina S. SHITKINA — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Business Law, Head of the «Corporate Law» Master's Program of the Faculty of Law of Lomonosov Moscow State University.
Mailing address: Leninskie Gory, d. 1, str. 13, Moscow, GSP-1, Russia, 119991.

Jerzy JASKIERNIA — Prof. dr hab. Jan Kochanowski University, Kielce, Poland, dean, Department of Law and Social Sciences chair, Division on Constitutional, European and International Public Law.
Mailing address: PL 25-369 Kielce, ul. Żeromskiego 5.

EDITORIAL BOARD

Tatyana V. KASHANINA — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Theory of the State and Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Ivan A. KLEPITSKIY — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Criminal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Sergey M. MIKHAILOV — Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Acting Head of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Aleksey M. OSAVELYUK — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Ekaterina B. PODUZOVA — Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Civil Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.

Natalya A. SOKOLOVA — Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Department of International Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
Mailing address: Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993.



**THE CERTIFICATE
OF MASS MEDIA REGISTRATION**

The journal was registered by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media (Roskomnadzor) on 7 May 2014. The Certificate of Mass Media registration: PI No. FS77-25128

ISSN

1994-1471

PUBLICATION FREQUENCY

12 issues per year

FOUNDER AND PUBLISHER

Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education
"Kutafin Moscow State Law University (MSAL)"
9 Sadovaya-Kudrinskaya ul., Moscow, 125993, Russian Federation

EDITORIAL OFFICE. POSTAL ADDRESS

Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993
Tel.: +7 (499) 244-88-88 (ext. 687). E-mail: aprp.msall@yandex.ru

WEB-SITE

<https://aprp.msall.ru>

SUBSCRIPTION AND DISTRIBUTION

Free price
The journal is distributed through "Press of Russia" joint catalogue
and the Internet catalogue of "Kniga-Servis" Agency
Subscription index: 11178
Subscription to the journal is possible from any month

PRINTING HOUSE

Printed in Publishing Center of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993

SIGNED FOR PRINTING

20.10.2021
Volume: 20.46 conventional printer's sheets, format 60x84/8
An edition of 150 copies. Digital printing. Offset paper

Translators

N. M. Golovina, A. N. Mitrushchenkova

Editor

M. V. Baukina

Proof-reader

A. B. Rybakova

Computer layout

D. A. Belyakov

When using published materials of the journal, reference to "Actual Problems of Russian Law" is obligatory. Full or partial use of materials is allowed only with the written permission of the authors or editors. The point of view of the Editorial Board may not coincide with the point of view of the authors of publications.

Содержание

ТЕОРИЯ ПРАВА

- Корнев А. В.** Цифровые технологии,
правовые риски и проблема их минимизации 11

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

- Лещина Э. Л.** Институт служебной проверки в производстве
по дисциплинарным делам государственных служащих 21

- Шмидт А. А.** Ограничение права на приобретение и владение
гражданским оружием по медицинским показаниям: приглашение к дискуссии 30

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

- Кондукторов А. С.** Правовое регулирование
редомициляции в Российской Федерации 43

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

- Чеговадзе Л. А., Дерюгина Т. В.** Правовая природа платы
за односторонний отказ от исполнения обязательства 57

- Кожевина О. В.** Гражданско-правовая ответственность
за нарушение прав на объекты промышленной собственности 66

- Митрофанова И. А.** Право пожизненного проживания
дарителя как условие в договоре дарения 76

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

- Харькина К. В.** Трансграничный корпоративный договор:
особенности иностранного элемента 82

- Файзрахманова Л. М., Бухмин С. В.** Трансформации института
несостоятельности в условиях пандемии COVID-19
в России и некоторых странах Европы 91

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

- Чесалина О. В.** Новеллы законодательства о дистанционной
(удаленной) работе: сравнительно-правовой анализ 99

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

- Благов Е. В.** О понятии соучастника преступления 114

- Титова А. С.** Провокация преступления в уголовном праве:
исторический анализ и зарубежный опыт 124

КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

- Дьяконова О. Г.** Комплексный подход к регламентации
использования специальных знаний в проекте Процессуального
кодекса РФ об административных правонарушениях: быть или не быть? 133



МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Москаленко И. А.** Значение лицензий Creative Commons
для эволюции авторских прав в трансграничных отношениях 141

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Шахназаров Б. А.** Сравнительное правоведение и установление содержания
норм иностранного права в условиях современных вызовов 149

ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ ПРАВО

- Сутягин М. Д.** Системы планирования и развития территорий
на примере зарубежных стран 161

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ И НАУКА

- Ершова И. В., Енькова Е. Е.** Большие данные: влияние на управление
образовательным процессом университета 169

Contents

THEORY OF LAW

- Kornev A. V.** Digital Technologies, Legal Risks
and the Problem of their Minimization 11

STATE POWER AND LOCAL SELF-GOVERNMENT

- Leshchina E. L.** The Internal Inspection Institution
in Disciplinary Proceedings against Public Officers 21

- Schmidt A. A.** Limitation of the Right to Acquire and Possess
Civilian Weapons for Medical Reasons: An Invitation to Discussion 30

FINANCIAL LAW

- Konduktorov A. S.** Legal Regulation
of Re-Domiciliation in the Russian Federation 43

CIVIL AND FAMILY LAW

- Chegovadze L. A., Deryugina T. V.** The Legal Nature of Payment
for Unilateral Refusal to Fulfill an Obligation 57

- Kozhevina O. V.** Civil Liability for Violation of Industrial Property Rights 66

- Mitrofanova I. A.** The Donor's Right to Reside
for Life as a Condition in the Gift Agreement 76

BUSINESS AND CORPORATE LAW

- Kharkina K. V.** A Cross-Border Corporate
Agreement: Features of a Foreign Element 82

- Fayzrakhmanova L. M., Bukhmin S. V.** Transformation
of the Institution of Insolvency amid the COVID-19 Pandemic
in Russia and Some European Countries 91

LABOR RELATIONS AND SOCIAL SECURITY

- Chesalina O. V.** Novelties of the Legislation
on Distance (Remote) Work: A Comparative Legal Analysis 99

CRIMINAL LAW

- Blagov E. V.** On the Concept of an Accomplice in a Crime 114

- Titova A. S.** Encouraging a Crime in Criminal Law:
Historical Analysis and Foreign Experience. 124

CRIMINALISTICS AND CRIMINOLOGY FORENSIC EXAMINATION

- Dyakonova O. G.** An Integrated Approach to the Regulation
of the Use of Special Knowledge in the Draft Procedural Code
of the Russian Federation on Administrative Offenses: To Be or not to Be? 133



INTERNATIONAL LAW

- Moskalenko I. A.** Significance of Creative Commons Licenses
for the Evolution of Copyright in Cross-Border Relationships 141

COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Shakhnazarov B. A.** Comparative Jurisprudence
and the Establishment of the Content of Foreign Law
in the context of Modern Challenges 149

ENERGY, ENVIRONMENTAL AND NATURAL RESOURCES LAW

- Sutyagin M. D.** Systems of Planning
and Development of Territories: Foreign Countries Cases 161

JURIDICAL EDUCATION AND SCIENCE

- Ershova I. V., Enkova E. E.** Big Data: Impact on University Education Management 169

Цифровые технологии, правовые риски и проблема их минимизации¹

Аннотация. В статье рассматриваются три проблемы. Первая — это цифровые технологии, которые меняют мир на наших глазах и постепенно вытесняют привычные формы социальных практик. Информационно-коммуникативные технологии (ИКТ) в настоящее время активно используются и в правовой среде, видоизменяя юридическую деятельность по содержанию, но главным образом по форме. В статье цифровые технологии рассматриваются в контексте юридической деятельности, прежде всего в законотворчестве. Вторая проблема объективируется в категории «правовой риск». При этом предпринята попытка рассмотреть риск в более широком смысле. Современное общество становится все более «рискогенным» и конфликтным. Одна из причин состоит в широком внедрении современных технологий, которые позволяют жестко контролировать виртуальное пространство, по факту и потенциально нарушая права субъектов права — как индивидуальных, так и коллективных. В этой связи ИКТ самым серьезным образом оптимизируют правовое пространство. При этом возрастают угрозы и риски. В статье предлагается авторское, во многом отличное от распространенного понятие «правовой риск». Обосновывается во многом условный характер этой правовой категории. Особенно в свете предложений сделать правовые риски предметом правового воздействия и даже правового регулирования. Третья проблема связана с минимизацией правовых рисков. Предлагается рассматривать юридическое прогнозирование как самое эффективное средство профилактики рисков в сфере права.

Ключевые слова: право; правотворчество; правовые риски; цифровые технологии; юридическое прогнозирование.

Для цитирования: Корнев А. В. Цифровые технологии, правовые риски и проблема их минимизации // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 11–20. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.011-020.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16114.

© Корнев А. В., 2021

* Корнев Аркадий Владимирович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993

Kornev_av@rambler.ru

Digital Technologies, Legal Risks and the Problem of their Minimization²

Arkadiy V. Kornev, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Theory of the State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
Kornev_av@rambler.ru

Abstract. This paper addresses three issues. The first issue is associated with digital technologies that are changing the world and gradually replacing the usual forms of social practices. Information and communication technologies (ICT) are being currently actively used in the legal environment, modifying legal activities in terms of content, but mainly in form. The paper examines digital technologies in the context of legal activity, primarily in lawmaking. The second issue is objectified in the category of “legal risk”. At the same time, an attempt is made to consider a risk in a broader sense. A modern society is becoming more and more “risky” and conflict. One of the reasons is formed by the widespread introduction of modern technologies facilitating tight control over the virtual space, which in fact and potentially violates the rights of subjects of law—both individual and collective entities. In this regard, ICTs optimize the legal space in the most serious way. At the same time, threats and risks are increasing. The paper proposes the author’s concept that is in many respects different from the widespread concept of “legal risk”. The paper substantiates a largely conventional nature of this legal category, in particular, in the light of proposals to make legal risks subject to legal impact and even legal regulation. The third issue is related to the minimization of legal risks. It is proposed to consider legal forecasting as the most effective means of preventing risks in the field of law.

Keywords: law; lawmaking; legal risks; digital technologies; legal forecasting.

Cite as: Kornev AV. Tsifrovye tekhnologii, pravovye riski i problema ikh minimizatsii [Digital Technologies, Legal Risks and the Problem of their Minimization]. *Aktual’nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):11-20. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.011-020. (In Russ., abstract in Eng.).

В определенном смысле статья является неким продолжением предыдущей, которая получила название «Юридическая деятельность в цифровую эпоху: понятие, содержание, формы»³. Если в прежней работе был сделан акцент на юридической деятельности, то в этой главное внимание будет уделено проблеме правовых рисков, связанных прежде всего с развитием цифровых технологий, которые проникают во все сферы бытия социума, включая право. При этом лично у меня вызывают некий скепсис те категории, которые прочно вошли в публичный правовой дискурс. К примеру, «правовая жизнь», «правовое пространство», «правовое существо» и пр. Теперь вот наделяют человека некой «правовой сущностью». К. Скиннер кон-

статирует: «Уже существуют умные автомобили, умные дома, умные системы и *цифровая жизнь* (выделено мной. — А. К.) <...> технологии уже пронизывают все сферы нашей жизни, применяются повсеместно — от уличного освещения до редактирования генома — и превращают наш мир в тотально связанную смарт-среду. В любое устройство можно встроить микрочип — и оно станет “умным”. Умные дороги, умные здания, умные города, люди со встроенной памятью и пр. В следующее десятилетие развития Интернета воплотятся в жизнь многие инновационные разработки, и мы приступим к созданию семантической паутины, Web 5.0»⁴.

Может быть, на отдельные «научные» конструкции и не стоило бы обращать внимание.

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16114.

³ Корнев А. В. Юридическая деятельность в цифровую эпоху: понятие, содержание, формы // Актуальные проблемы российского права. 2021. Т. 16. № 6. С. 21–30. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.127.6.021-030.

⁴ Скиннер К. Цифровой человек. Четвертая революция в истории человечества, которая затронет каждого. М., 2019. С. 39, 53–54.

Однако приходится в силу их большого распространения в научной, учебной литературе, в документах стратегического планирования. Прочно вошли в лексикон «киберпространство», «социальные сети», «управление контентом» и другие термины. Это, конечно, не категории науки в подлинном смысле этого слова. В то же время в научной среде они активно используются. Тем более в обществе постмодерна с его отрицанием любой иерархии, ценностей и нормативов. Обществу настойчиво внушается, что сегодня никто не может быть «держателем истины», поскольку все мнения равноценны. Это, конечно же, большое преувеличение. Сегодня под личиной равенства как раз идет борьба за господство, которая не может активно вестись без использования цифровых технологий. На смену холодной войне пришла война интеллектуальная. Победа будет за технологическим лидером, а не за тем, у кого много атомных бомб.

Современные технологии основываются на цифровых системах. Как полагает К. Шваб, все новые технологии — это просто продолжение цифровой революции. Но есть принципиальное отличие: технологии четвертой промышленной революции способны разрушить даже сегодняшние цифровые системы и создать совершенно новые источники ценностей. Технологии четвертой промышленной революции не остановятся на проникновении во все объекты окружающего мира, они станут частью нас самих. Некоторые люди уже ощущают смартфоны продолжением себя. Современные внешние устройства, от носимых компьютеров до гарнитур виртуальной реальности, почти наверняка будут имплантироваться в человеческое тело (и даже в мозг). Мы научимся точнее манипулировать собственными генами и генами наших детей. Прогресс в этих направлениях поднимает важный вопрос: как провести черту между человеком и машиной? Что значит быть человеком?⁵

В какой-то степени мы наблюдаем смену общественных настроений. До пандемии мир безоговорочно уверовал в безопасность, комфортное потребление, технологии, блага глобализации. Сегодня оптимизма явно поубавилось.

Внезапно выяснилось, что современная продвинутая технологическая цивилизация отнюдь не гарантирует человеку безопасность в самом широком смысле этого слова.

То же самое можно сказать и о цифровых технологиях. Они очень облегчают нашу жизнь. Споры нет. Вместе с тем они несут и потенциальные угрозы. Сейчас повсеместно говорят о «цифровом рабстве», «цифровой диктатуре» и даже о «цифровом фашизме». Основания для такого рода настроений имеются. Мы прекрасно помним отношение мирового сообщества к разоблачительным инвективам Дж. Ассанжа и Эд. Сноудена как к чему-то сюрреалистичному, явно надуманному. Но после того как в Twitter был заблокирован пока еще действующий президент США Д. Трамп, все заговорили о тотальной власти корпораций и сетей. В одно мгновение «самый сильный и влиятельный человек в мире», по сути, превратился в посмешище. Двести миллионов подписчиков президента ощутили на себе всю мощь политической цензуры. Обыватель, естественно, напуган. «Если так можно поступить с сильными мира сего, то что же можно сделать с “простыми смертными”», — такая мысль приходит в голову, по всей видимости, многим.

Мнение К. Шваба как раз говорит о повышенных социальных рисках, связанных с применением современных технологий. Речь идет о доверии, о выработке определенных ориентиров и ценностей, которые должны по возможности минимизировать риски, связанные с цифровизацией различных видов деятельности. Взять хотя бы общение в социальных сетях. Предпринята попытка запрета нецензурной лексики в виртуальном пространстве. Однако это дало прямо противоположный эффект. Ее стало заметно больше. Возникает вопрос: почему? Ответов может быть несколько. Во-первых, запретный плод, как известно, сладок. Если что-то запрещают, то известной категории людей непременно хочется нарушить запрет. И здесь даже нет каких-то определенных целей. Мне запрещают, а я все равно буду. Во-вторых, в российском обществе сегодня вызревают определенные протестные

⁵ Шваб К. Технологии четвертой промышленной революции. М., 2018. С. 35.

настроения. Оппозиционно настроенные граждане воспринимают те или иные действия власти преимущественно негативно. Причем даже тогда, когда они абсолютно оправданы. И здесь вопрос, скорее, к «оппозиционерам». В своем большинстве они представляют собой довольно внушительную группу социальных маргиналов без внятных ориентиров, четких целей и стратегических задач. Сами того не подозревая, они очень часто выступают в роли «полезных идиотов», если воспользоваться терминологией В. И. Ленина. То есть выступают в качестве своеобразного хвороста для вяло тлеющего костра оппозиционности. А вот их кукловоды-кураторы знают, что им нужно. Желание сменить высшее политическое руководство уже никак не афишируется. Как говорится, карты сданы, и партия движется по заданной траектории. Но здесь не все так однозначно. Власти предрасполагающие дают некоторые поводы для протестов. Прежде всего, в силу консервации экономических и политических рычагов в руках относительно небольшой социальной группы. Жестко контролируемые политические процессы напоминают кадры замедленной съемки. Политическая жизнь практически замерла. Но это как раз тот случай, когда активизировать политические акции очень опасно. Примеров даже на постсоветском пространстве более чем достаточно. Отстранение от власти малопривлекательных для определенной части общества политиков практически всегда приводит к так называемому внешнему управлению со всеми вытекающими последствиями. В-третьих, общение в социальных сетях как бы «сбрасывает маску» с человека. В виртуальном пространстве практически не работают те ограничения, которые сдерживают человека в привычных формах социальных контактов. Именно по этой причине в социальных сетях так много агрессии, ненависти, призывов к насилию. Чего стоит формирование группы добровольных самоубийц. По этому факту было возбуждено несколько уголовных дел. В-четвертых, имеет место падение нравственных ориентиров, девальвация ценностей, снижение общего уровня культуры населения, в том числе культуры

общения. Специалисты констатируют, что речь современного молодого человека с высшим образованием представляет собой некую смесь обыденного языка, англицизмов, профессиональных жаргонизмов и нецензурной брани. Русский литературный язык все менее и менее востребован в социальных коммуникациях. Особенно в сетях. Да и где место образцам классического литературного языка в смс-сообщениях и электронных письмах?

Все эти приметы нашего времени являются сопутствующими факторами современной технологической цивилизации. Коренным образом меняется человек и соответствующие представления о нем. В XIX в. в русской классической литературе активно обсуждалась проблема так называемого лишнего человека. Гениальный А. С. Пушкин явил граду и миру Е. Онегина. Не менее гениальный М. Ю. Лермонтов подарил нам в высшей степени интересный персонаж в лице Г. А. Печорина, который, по собственному признанию, «...сделался нравственным калекой: одна половина души моей не существовала, она высохла, испарилась, умерла, я ее отрезал и бросил, — тогда как другая шевелилась и жила к услугам каждого, и этого никто не заметил, потому что никто не знал о существовании погибшей ее половины...»⁶.

Двадцатый век запомнился воспеванием человека-творца, победителя, активной творческой личности. Все были заняты реализацией невиданного ранее грандиозного социального проекта. Никакого уныния и самокопания, то бишь рефлексии. Только вперед, к новым свершениям и впечатляющим победам. Одна часть планеты смотрела на нашу страну с нескрываемым восторгом, а другая — с ненавистью. К сожалению, они победили. В том числе и потому, что мы так и не смогли излечить социальный диагноз, поставленный А. С. Пушкиным: «Мы ленивы и нелюбопытны». Интеллектуальная лень способствовала банальному одурачиванию многомиллионного народа. Печально.

А вот XXI век вполне может стать эрой «постчеловека». И это самая *большая угроза и самый серьезный риск*. Но не для всех. Как раз опре-

⁶ Лермонтов М. Ю. Герой нашего времени. М., 1981. С. 124.

деленные силы к этому всячески стремятся. Обезличивание человека с помощью навязывания ему сетевыми корпорациями разного рода брендов-симулякров постепенно может отучить его самостоятельно мыслить, анализировать и довольствоваться лишь агрессивно внедряемыми образцами стереотипного поведения в виртуальном пространстве. И это не мифическая, а вполне себе реальная опасность.

Один из самых авторитетных современных российских мыслителей А. Панарин обоснованно ставит проблему: «Прежние эпохи могли себе позволить игнорировать вопрос о том, что такое природа сама по себе или что такое природа человека, поскольку и природа, и человек еще существовали как данность, не выпотрошенная всемогущей техникой производства или техникой власти. Но сегодня дело зашло слишком далеко: за пределы той границы, где кончается природа и кончается человек. В самый раз вспомнить, что они такое на самом деле, и установить границы, которые запрещено преступать»⁷.

Представляется, что профессор Панарин дал очень четкую характеристику современному витку цивилизации как раз в *контексте социальных рисков, связав это с дефицитом ответственности и осторожности*. Суть происходящих процессов состоит в том, что западная «фаустовская культура» безоговорочно поверила в главный технологический миф — *о тотальной заменимости естественного и уникального искусственным и тиражируемым* (выделено мной. — А. К.)⁸.

Так называемая вестернизация уверенно шагает по планете. Европа, Запад в целом все еще остаются центром мира, а европейцы всегда рассматривали себя как избранный народ⁹.

Речь, разумеется, идет только о Западной Европе. В этой связи девиз наших соседей «Украина — це Европа» являет собой смесь пошлости и комизма одновременно. Европейская цивилизация, по оценке А. Тойнби, представляет собой синтез «национализма и технологий». Именно

технологическое превосходство над другими цивилизациями обеспечивало Западу доминирование в мире. Другие культуры увлекались западным проектом в силу технологической привлекательности. Технологии позволили достигнуть индустриального уровня и двигаться дальше. Но как раз технологии несут не только неоспоримые блага, но и серьезные риски. *Технологии как таковые стремятся «приручить природу». Политические технологии, соответственно, нацелены на «приручение человека», низведение его до винтика*. Известный исторический деятель уподоблял человека «винтику» в смысле значимости в сложнейшем механизме государства и общества. Современная цивилизация, по сути, развивается по пути *постепенного преодоления идентичности национального общества и человека*.

Пока это не случилось. Но может произойти. И это очень серьезная угроза, несущая множество социальных рисков. В силу того, что риски связаны с любыми проявлениями человеческой деятельности, есть настойчивая необходимость в понимании такой категории, как «риск». Как это ни странно, в философской и даже в социологической литературе проблеме риска не уделяется того внимания, которого она заслуживает. Давно не покидает ощущение не просто связи деятельности и риска, а «встроенности» риска в любое проявление активности. Возьмем чисто бытовой пример. Заниматься спортом, физкультурой полезно. Этот тезис не нуждается в доказательствах. «Движение — это жизнь», как любили говорить древние. В то же время есть опасность (риск) получить травму, причем такую, которая навсегда может лишить человека какой-либо физической активности.

Правовая сфера, или правовое пространство, включает в себя сразу несколько уровней, где возникает проблема рисков: индивидуальный, групповой, общественный, государственный.

Заключая различные сделки, индивидуальный субъект права, несомненно, рискует. Можно лишиться денег, имущества, здоровья.

⁷ Панарин А. С. Реванш истории. М., 2005. С. 20.

⁸ Панарин А. С. Указ. соч. С. 14.

⁹ Тойнби Дж. А. Цивилизация перед судом истории. М., 2003. С. 332.

Наконец, растратить репутационный капитал. Какая-либо корпорация (коллективный субъект права), осуществляя свою деятельность, а она вне правовых форм просто исключена, рискует обанкротиться. В развитых национальных экономиках (США, ФРГ и др.) ежедневно несколько тысяч предприятий признаются банкротами. Что интересно, примерно такое же количество фирм получают регистрацию.

Что касается рисков на уровне общества и государства, то здесь все гораздо серьезнее. Речь идет о возможных потерях, которые грозят огромному количеству людей. Правовые механизмы органично включены в политику, которую, как известно, интерпретируют как искусство управления обществом и государством. Есть, правда, и другие определения, далеко не всегда претендующие на академичность. Кстати, академичность порой далека от действительности. Во всяком случае, возникает такое ощущение, когда читаешь различные научные работы, в том числе и по праву. Но это не особенно заботит определенную категорию авторов. Они размышляют примерно так: «Если мои научные изыскания не совпадают с действительностью, то тем хуже для действительности». Иными словами, реальность, такая, какая она есть, не всегда адекватно отражается в учебных и научных работах.

Рассуждая о рисках, которые касаются бытия общества и государства, начинаешь понимать, почему Аристотель считал политику высшим из искусств. Каждый из нас в отдельности, преследуя свои личные интересы и реализуя потребности, рискует индивидуально. Политик, принимая решения, ставит под угрозу интересы всех. Цена ошибки здесь совершенно иная.

Обоснованно можно предположить, что любая правовая (юридическая) деятельность предполагает определенные риски. Как и всякая деятельность вообще. Можно ли исключить риски из деятельности человека и коллективных субъектов? Думается, что нет. В силу этого есть необходимость уяснить, что же на самом деле представляет собой риск (риски).

Риск есть ситуативная характеристика деятельности, состоящая в неопределенности ее

исхода и возможных неблагоприятных последствиях в случае неуспеха. Конкретно в психологии термину «риск» соответствуют три основных взаимосвязанных значения:

- 1) риск как мера ожидаемого неблагоприятия при неуспехе и степени неблагоприятных последствий в этом случае;
- 2) риск как действие, в том или ином отношении грозящая субъекту потерей (проигрышем, травмой, ущербом). При этом различают мотивированные риски, рассчитанные на ситуативные преимущества в деятельности, и немотивированные. Кроме того, исходя из соотношения ожидаемого выигрыша и ожидаемого проигрыша при реализации соответствующего действия, выделяют оправданные и неоправданные риски;
- 3) риск как ситуация выбора между двумя возможными вариантами действия: менее привлекательным, однако более надежным, и более привлекательным, но менее надежным¹⁰.

Представляется, что такой подход к категории «риск», ориентированный прежде всего на деятельность человека, вполне применим к функционированию социальных групп, общества в целом и государства, которое призвано быть выразителем интересов социума. Главное состоит в том, что риск всегда предполагает неопределенность конечного результата и перспективу неблагоприятных последствий. Именно в этом выражается суть всякого риска.

В предыдущей статье цитировался П. Я. Чаадаев, которого по праву называют первым русским философом в буквальном смысле этого слова. Пофилософствовать у нас охотников всегда хватало. Он отмечал некоторую неустойчивость, отсутствие последовательности в российских умах, что приводит не только к умственным шатаниям, но, добавим от себя, и к социальным. В России довольно легко меняют одни социальные модели развития на другие. Примеров достаточно. Когда мыслители «либерального толка», что до Революции 1917 г., что сейчас, констатируют явную иррациональность, просматривающуюся в российской коллективной мен-

¹⁰ Психология : словарь / под общ. ред. А. В. Петровского и М. Г. Ярошевского. М., 1990. С. 344–345.

тальности, они недалеко отошли от истины. Но есть еще и другое наше коллективное качество. Задумывая что-либо, включая реформаторские инновации, мы, как правило, допускаем возможность их если не провала, то половинчатости. Действительно, за более чем тысячелетнюю политическую историю (она начинается с того момента, когда начинает формироваться государственность) можно насчитать не один десяток реформ. Увы, большинство из них нельзя признать удачными. Может быть, за исключением советского периода. Да и то не все. Правда, у нас любой позитив в части констатации успешности советского проекта непременно контраргументируется политическими репрессиями и дефицитом колбасы. Таким образом, есть все основания констатировать запрограммированность риска в содержании деятельности практически на всех уровнях.

Интерес к проблеме риска в юридической науке стал формироваться относительно недавно. Появились заслуживающие внимания работы, в которых осмысливается природа правовых рисков¹¹.

Ю. А. Тихомиров причины рисков в правовой сфере характеризует следующим образом:

- сложность и непредсказуемость социальных систем, ошибки в расчетах, неполная информация;
- организационные трудности определения задач и статусов субъектов права, режимов их деятельности и взаимоотношений;
- человеческий фактор — некомпетентность лиц, принимающих решения, противоречия интересов и т. п.;
- стремительные технологические процессы;
- природно-экологические катаклизмы¹².

Применительно к проблематике статьи основной фактор риска — стремительные технологические процессы. Некогда фантастические романы давали толчок к развитию техники, невероятным изобретениям и пр. Космические

корабли и подводные лодки первоначально описаны в литературе фантастического жанра, а уже потом они стали реальностью. Особенность современного витка развития цивилизации состоит в том, что действительность скорее опережает самую смелую фантастику. В этом явлении как раз и кроется опасность, связанная с множеством рисков. Общества прежних исторических периодов ожидали опасности извне, например природных катаклизмов. Они и сегодня более чем вероятны. Мы наблюдаем совершенно немыслимые ранее (хотя кто это знает) климатические «чуждачества» природы. Но сегодня опасность для общества создается скорее внутри него самого. Вот в чем настоящая проблема, требующая постоянного внимания.

В литературе указываются некоторые формы выражения правовых рисков. Они объективируются:

- в возможности прямого или косвенного нарушения правовых норм;
- отчуждении граждан от законодательства ввиду низкой правовой культуры и юридической компетентности;
- ошибках при определении статусов субъектов права, выборе правовых методов регулирования;
- угрозе увеличения объема юридических коллизий;
- провоцировании конфликта интересов;
- возникновении разрыва системно-правовых связей в правовой системе;
- нарушении корреляции между способом правового регулирования и мерой отражения экономических, социальных и политических процессов¹³.

Анализ соответствующей литературы позволяет сформулировать вывод о том, что *правовой риск представляет собой вероятное правонарушение отклонение от правовых моделей и законов* (Ю. А. Тихомиров).

¹¹ Арямов А. А. Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ. 2-е изд. М., 2010 ; Тихомиров Ю. А., Шахрай С. М. Право и риск. М., 2012 ; Тихомиров Ю. А. Прогнозы и риски в правовой сфере // Журнал российского права. 2011. № 3 ; Он же. Право: прогнозы и риски. М., 2015.

¹² Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски. С. 168.

¹³ Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски. С. 173.

Предлагается рассматривать институт правового риска в рамках общей теории права. Создается впечатление, что формируется новое научное направление, которому можно дать рабочее название — юридическая рискология. Под это разрабатывается понятийный аппарат и соответствующая сфера научного исследования. Предприняты попытки классификации правовых рисков по различным основаниям. Перечислять их не имеет особого смысла в целях экономии объемного пространства статьи. Тем не менее есть резон привести такое основание дифференциации правовых рисков, как отраслевая принадлежность. К примеру, предлагается классифицировать правовые риски на конституционно-правовые, гражданско-правовые, экологические, трудовые, уголовно-правовые и др. По сути, необходимо «закрепить» категорию «риск» за каждой отраслью права и законодательства.

Однако такие предложения наводят на некоторые размышления. А если говорить более точно, то сомнения. Право выступает регулятором во всех четырех сферах общества — политической, экономической, социальной и духовной. Право в данном случае выступает инструментом, неким орудием, наконец, формой социальных коммуникаций. Иначе, одним, но не единственным социальным регулятором. Разве инструмент (закон) чем-то может рисковать? Ответ же более чем очевиден.

Мы исходим из того, что категория «правовой риск» содержит очень серьезный элемент условности. Да, это понятие можно широко использовать. При этом не стоит забывать, что за конституционным риском при всем уважении проглядывает политический. За гражданско-правовым, финансовым, налоговым, предпринимательским — соответственно экономический риск. За рисками в трудовом праве — социальный риск. Ну и так далее.

При этом хотелось бы подчеркнуть уместность использования понятия «правовой риск», не забывая о его весьма условном характере. Даже тогда, когда слово «риск» используется в законодательстве. Статья 459 ГК РФ регулирует отношения, связанные с переходом риска случайной гибели товара. Можно ли этот пример

квалифицировать в качестве «гражданско-правового риска»? Может быть, да. Тем не менее рискует продавец и покупатель. Или потерей денег, или порчей товара. Это в любом случае имущественный, экономический риск, пусть и в отдельно взятом случае.

Правовые риски предлагается сделать то предметом правового воздействия, то предметом правового регулирования. Предложение заманчивое, но не очень убедительное. С большим трудом можно представить себе регулирование вероятного неправомерного отклонения от правовых моделей и законов. Встречающиеся в литературе понятия «правовой риск» порой трудно разграничить с правонарушением. Или с нарушением законности и правопорядка.

Тем не менее *правовой риск в юридически значимом поведении (деятельности), а более широко — в правовом регулировании, представляет собой недостижение изначально поставленных целей, сопряженных с неблагоприятными последствиями как общесоциального, так и правового характера. Риск всегда предполагает несовпадение цели и результата. В силу этого риск тесно связан с такой категорией, как эффективность правового регулирования.*

Давно пора оставить идею об абсолютной позитивности права. С помощью права разрушались государства, проводились сомнительные реформы с печальными социальными последствиями и т.д. Закон ведь можно использовать в разных целях. Эффективность с позиции права может быть позитивной, а по своим социальным последствиям — негативной.

Что касается цифровых технологий, то они активно могут использоваться в различных видах юридической деятельности: правотворческой, правоприменительной, правореализационной и т.д. В данном случае правовая информация принимает цифровые формы. Во всех этих сферах возможны риски.

Обратимся к сфере правотворчества. В юридической литературе высказывается предположение следующего характера: «В недалеком будущем возможно появление новой технологии создания текста законодательного акта, при

которой с помощью искусственного интеллекта будут аккумулироваться поступающие из Сети законодательные предложения широкого круга активных и заинтересованных членов общества... Прогнозируемая цифровая форма закона коренным образом поменяет те представления о нем, которые сформировались в доцифровом обществе»¹⁴.

«Цифровая» форма закона несет в себе определенные риски. Начиная от его легитимности, ибо в широком сознании такая форма может восприниматься в качестве «несерьезной», и кончая несанкционированным вмешательством в текст закона в целях его видоизменения.

Технологические новшества не остановить. Это объективный процесс. Заглядывая несколько вперед, высказывается предположение следующего свойства: «По мере внедрения соответствующих технологий всё более актуальной становится задача перевода на машиночитаемый язык (программный код) юридических норм, на основе которых должны приниматься правовые решения»¹⁵.

Риски содержатся и в правоприменительной деятельности. Как органов исполнительной власти, контрольно-надзорных, так и судов. Виртуальное участие в судебном процессе несет определенные риски. Возможная в будущем роботизация правосудия грозит опасностью следования определенному алгоритму без учета

индивидуальных особенностей рассматриваемого дела и его участников.

Одним словом, риски уже сейчас есть, а о некоторых мы пока еще даже не догадываемся. Но они обязательно возникнут. В этой связи возникает проблема минимизации рисков в правовой сфере.

Совсем устранить риски нельзя. Их можно сократить до известной степени. Здесь можно говорить об очень многих направлениях. Наиболее перспективным из них является юридическое прогнозирование.

Юридическое прогнозирование представляет собой теоретический процесс по решению практических задач предвидения в социально-правовой сфере. Основная функция юридического прогнозирования состоит в раскрытии тенденций правовых явлений и процессов и выявлении главных закономерностей их предполагаемого развития¹⁶.

Предвидеть — значит управлять ситуацией. Информационно-коммуникативные технологии активно внедряются в деятельность всех правовых и политических институтов. Задача современной юридической науки состоит не только в том, чтобы изучать эти процессы, но и выявлять возможные угрозы и риски. Их не избежать. Вопрос в том, чтобы социальные блага существенно превышали издержки. В противном случае с инновациями лучше не торопиться.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамиров К. В. Прогностические проблемы совершенствования правовой системы, законотворчества и социального механизма правореализации. — М., 2016. — 352 с.
2. Лермонтов М. Ю. Герой нашего времени. — М., 1981. — 224 с.
3. Панарин А. С. Реванш истории. — М., 2005. — 432 с.
4. Психология : словарь / под ред. А. П. Петровского и М. Г. Ярошевского. — М., 1990. — 494 с.
5. Скиннер К. Цифровой человек. Четвертая революция в истории человечества, которая затронет каждого. — М., 2019. — 304 с.

¹⁴ Цифровизация правотворчества. Поиск новых решений : монография / под общ. ред. Д. А. Пашенцева. М., 2019. С. 31.

¹⁵ Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н. Будущее права. Наследие академика В. С. Степина и юридическая наука. М., 2021. С. 134.

¹⁶ Агамиров К. В. Прогностические проблемы совершенствования правовой системы, законотворчества и социального механизма правореализации. М., 2016. С. 4.

6. Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски. — М., 2015. — 240 с.
7. Тойнби Дж. А. Цивилизация пред судом истории. — М., 2003. — 592 с.
8. Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н. Будущее права. Наследие академика В. С. Степина и юридическая наука. — М., 2021. — 176 с.
9. Цифровизация правотворчества. Поиск новых решений / под ред. Д. А. Пашенцева. — М., 2019. — 234 с.
10. Шваб К. Технологии четвертой промышленной революции. — М., 2018. — 320 с.

Материал поступил в редакцию 9 декабря 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Agamirov K. V. Prognosticheskie problemy sovershenstvovaniya pravovoj sistemy, zakonotvorchestva i socialnogo mekhanizma pravorealizacii. — М., 2016. — 352 с.
2. Lermontov M. Yu. Geroj nashego vremeni. — М., 1981. — 224 с.
3. Panarin A. S. Revansh istorii. — М., 2005. — 432 с.
4. Psihologiya : slovar / pod red. A. P. Petrovskogo i M. G. Yaroshevskogo. — М., 1990. — 494 с.
5. Skinner K. Cifrovoy chelovek. Chetvertaya revolyuciya v istorii chelovechestva, kotoraya zatronet kazhdogo. — М., 2019. — 304 с.
6. Tihomirov Yu. A. Pravo: prognozy i riski. — М., 2015. — 240 с.
7. Tojnbi Dzh. A. Civilizaciya pred sudom istorii. — М., 2003. — 592 с.
8. Habrieva T. Ya., Chernogor N. N. Budushchee prava. Nasledie akademika V. S. Stepina i yuridicheskaya nauka. — М., 2021. — 176 с.
9. Cifrovizaciya pravotvorchestva. Poisk novyh reshenij / pod red. D. A. Pashenceva. — М., 2019. — 234 с.
10. Shvab K. Tekhnologii chetvertoj promyshlennoj revolyucii. — М., 2018. — 320 с.

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.021-029

Э. Л. Лещина*

Институт служебной проверки в производстве по дисциплинарным делам государственных служащих

Аннотация. В статье рассматриваются понятие, назначение, виды проверок, проводимых по фактам нарушения дисциплины и законности в системе государственной службы РФ. От полноты, своевременности, правильности, законности, объективности проведения проверки зависит обеспечение законных прав и интересов госслужащего, в отношении которого проверка проводится, решение вопроса о возможности или невозможности наложения на него дисциплинарного взыскания. Проанализированы нормативные акты и охарактеризованы существующие в правовой литературе подходы к определению служебной проверки, на этой основе формулируется ее авторское определение. Аргументируется позиция, что с точки зрения содержания стадий правоприменительной деятельности и видов и содержания стадий правоприменительного юрисдикционного процесса служебная проверка полностью укладывается в рамки стадии возбуждения дисциплинарного дела, выступает одним из ее возможных этапов, наряду с иными формами выяснения и исследования обстоятельств дисциплинарного дела. Обосновывается вывод, что в общепринятом понимании термин «служебная проверка» в системе государственной службы РФ наиболее полно характеризует назначение, содержание и возможный процессуальный порядок действий по фактам совершения нарушений дисциплины и иных событий, требующих изучения и анализа. Для унификации проверочных действий, проводимых в связи с совершением дисциплинарных проступков государственными служащими РФ, предлагается единообразно использовать термин «служебная проверка». Такой подход дает возможность упорядочить организацию и проведение служебной проверки для различных видов государственных служащих.

Ключевые слова: государственная служба Российской Федерации; государственный служащий; дисциплинарный проступок; коррупционный проступок; дисциплинарная ответственность; административный процесс; дисциплинарное производство; стадии дисциплинарного производства; административное расследование; служебная проверка.

Для цитирования: Лещина Э. Л. Институт служебной проверки в производстве по дисциплинарным делам государственных служащих // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 21–29. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.021-029.

© Лещина Э. Л., 2021

* Лещина Эдуард Леонидович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и административного права Южно-Уральского государственного университета (Национального исследовательского университета)
ул. Коммуны, д. 149, г. Челябинск, Россия, 454080
leshina74@mail.ru

The Internal Inspection Institution in Disciplinary Proceedings against Public Officers

Eduard L. Leshchina, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Department of Constitutional and Administrative Law, South Ural State University (National Research University) ul. Kommuny, d. 149, Chelyabinsk, Russia, 454080
leshina74@mail.ru

Abstract. The paper is devoted to the concept, purpose, types of inspections carried out concerning the facts of violation of discipline and legality in the system of public service of the Russian Federation. Ensuring the legitimate rights and interests of the public officer in respect of whom the inspection is carried out, the decision on the possibility or impossibility of imposing a disciplinary sanction depends on the completeness, timeliness, correctness, legality, objectivity of the inspection. The author analyzes the normative acts and the approaches to the definition of an official inspection that exist in the legal literature.

On the basis of the analysis, the author defines the concept. The author argues that from the point of view of the content of the stages of law enforcement and the types and content of the stages of the law enforcement jurisdictional process, an official inspection completely fits into the stage of initiating a disciplinary case, acts as one of its possible stages, along with other forms of clarification and investigation of the circumstances of a disciplinary case. The paper concludes that, in the generally accepted sense, the term “official inspection” in the system of the civil service of the Russian Federation most fully characterizes the purpose, content and possible procedure for actions concerning the facts of committing disciplinary violations and other events requiring examination and analysis. The author proposes to use the term “official inspection” in a uniform manner to unify the verification actions carried out in connection with the commission of a disciplinary offence by public officers of the Russian Federation. This approach makes it possible to streamline the organization and conduct of official inspections for various types of public officers.

Keywords: public service of the Russian Federation; public officer; disciplinary offense; corruption offense; disciplinary responsibility; administrative process; disciplinary proceedings; stages of disciplinary proceedings; administrative investigation; internal inspection.

Cite as: Leshchina EL. Institut sluzhebnoy proverki v proizvodstve po distsiplinarnym delam gosudarstvennykh sluzhashchikh [The Internal Inspection Institution in Disciplinary Proceedings against Public Officers]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):21-29. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.021-029. (In Russ., abstract in Eng.).

Служебная проверка, проводимая в связи с нарушением служебной дисциплины государственным гражданским служащим РФ (сотрудником, военнослужащим), входит в структуру производства по дисциплинарному делу, в рамках которого обсуждается вопрос о возможности или невозможности наложения дисциплинарного взыскания за совершенный проступок. Если факт совершения дисциплинарного проступка очевиден, выяснение всех обстоятельств дела и наложение дисциплинарного взыскания может проводиться и без проведения служебной проверки, за исключением случаев нарушений законности и дисциплины государственными гражданскими служащими РФ, про-

курорскими работниками и сотрудниками Следственного комитета РФ.

Актуальность анализа института служебной проверки в системе государственной службы РФ, проводимой в связи с нарушениями служебной дисциплины, обусловлена различными подходами к ее правовой регламентации в рамках отдельных административных ведомств (государственных органов), в том числе в части: определения задач проверки; круга субъектов и участников, их правового статуса; порядка и сроков проведения проверки, применения обеспечительных мер, видов разрешенных действий по сбору и закреплению доказательств; утверждения заключения про-

верки и ознакомления заинтересованных лиц с ее результатами. Далее, при единоличном рассмотрении заключения проверки, руководителем (начальником) принимается решение о наложении дисциплинарного взыскания на государственного служащего; этот этап служебной проверки с учетом существующих законодательных установлений фактически подменяет стадию рассмотрения дисциплинарного дела, после чего принятое решение обращается к принудительному исполнению. Именно от полноты, своевременности, правильности, законности проведения проверки в конечном итоге зависит обеспечение законных прав и интересов госслужащего, в отношении которого проверка проводится, решение вопроса о возможности или невозможности наложения дисциплинарного взыскания, а также потенциальная перспектива отмены приказа о наложении дисциплинарного взыскания при его оспаривании вместе с заключением проверки. Важно также отметить, что признание незаконным заключения проверки влечет отмену решения о наложении дисциплинарного взыскания.

Довольно большие разночтения среди специалистов имеются также при определении места института служебной проверки в структуре производства по дисциплинарным делам. Здесь необходимо подчеркнуть, что одни авторы дисциплинарное (служебное) расследование, служебную проверку считают начальной стадией производства, после которой следует рассмотрение дисциплинарного дела¹, а другие выделяют в качестве отдельной самостоятельной (особой)² или факультативной стадии дисциплинарного производства³.

Для продуктивного исследования этого вопроса охарактеризуем содержание общих

стадий правоприменительной деятельности, к которым авторы традиционно относят: 1) установление фактических обстоятельств дела; 2) формирование юридической основы дела; 3) решение дела⁴. В качестве дополнительной стадии может выступать государственно-принудительная реализация правоприменительного акта⁵.

Первая стадия протекает как процесс, во время которого доказывается наличие или отсутствие юридически значимых обстоятельств (составляющих предмет доказательства), с помощью фактов-доказательств⁶. Для этого в рамках служебной проверки на первый план выступает задача установления обстоятельств дела, доказывание наличия или отсутствия юридически значимых фактов и обстоятельств. В процессе этой деятельности происходит сбор и закрепление доказательств, их оценка. Способы установления фактических обстоятельств дела определяются законами и нормативными правовыми актами — это, например: опросы лиц; изучение различных актов, документов, обращений; проведение осмотров, выездов на место совершения дисциплинарного проступка; изучение вещественных доказательств и т.д.

Установление юридической основы дела как следующая стадия правоприменения предполагает правильную квалификацию установленных фактов, выбор нормы права, подлежащей применению. Однако следует учитывать, что в производстве по дисциплинарному делу квалификация деяния как дисциплинарного проступка в рамках отдельно взятой стадии не осуществляется и эти действия в реальности смыкаются и переплетаются с действиями, составляющими содержание предшествующей стадии, а окончательное решение вопроса происходит на стадии

¹ Бахрах Д. Н. Административное право России : учебник. М. : Эксмо, 2011. С. 612–613.

² Никифоров А. В. Дисциплинарная ответственность сотрудников органов внутренних дел : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 1998. С. 20–21.

³ Добробаба М. Б. Проблемы внесудебного дисциплинарного производства в служебном праве // Административное право и процесс. 2015. № 7. С. 20–21.

⁴ Протасов В. Н. Теория государства и права : учебное пособие для вузов. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2020. С. 119.

⁵ Протасов В. Н. Указ. соч. С. 119.

⁶ Протасов В. Н. Указ. соч. С. 120.

рассмотрения дела о дисциплинарном проступке. Таким образом, разграничение между стадиями установления фактических обстоятельств дисциплинарного дела и установления юридической основы дела в ряде случаев является условным. После стадии решения дела, если принятое по делу решение не оспаривается, оно обращается к исполнению.

Исходя из логической последовательности правоприменения правовых норм, А. И. Каплунов приходит к выводу, что правоприменительный юрисдикционный процесс включает в себя следующие обязательные стадии: 1) возбуждение дела; 2) рассмотрение дела и принятие решения; 3) исполнение решения⁷. С учетом того, что указанным стадиям полностью соответствуют стадии развития правоотношения юридической ответственности: 1) возникновения; 2) конкретизации и 3) реализации⁸, концепцию А. И. Каплунова далее возьмем за основу.

В общепринятом понимании отношения юридической ответственности, в том числе и ее вида — дисциплинарной, представляют собой развивающееся, динамичное правовое явление, включающее в себя относительно самостоятельные стадии (этапы) развития. Реализация дисциплинарного взыскания не следует автоматически за проступком, а является результатом правоприменительной, правоохранительной деятельности субъектов дисциплинарной власти, которая проходит определенные стадии и осуществляется в процессуальной форме производства по дисциплинарным делам, которое носит правоохранительный, административно-юрисдикционный характер.

С точки зрения содержания стадий правоприменительной деятельности, динамики правоотношений дисциплинарной ответственности

и структуры производства по дисциплинарным делам служебная проверка полностью укладывается в рамки возбуждения дела о дисциплинарном проступке, выступает одним из возможных этапов этой стадии, наряду с иными возможными формами выяснения и исследования обстоятельств дела (разбирательства). В этом вопросе можно полностью согласиться с тем, что «служебную проверку целесообразно рассматривать в качестве факультативного вида процессуальной деятельности стадии возбуждения производства по дисциплинарному делу, а именно в качестве этапа, на котором устанавливаются фактические обстоятельства дела»⁹.

Анализ законодательства РФ о государственной службе приводит к выводу о наличии иных разновидностей проверок (дисциплинарных, служебных расследований), связанных с нарушениями дисциплины государственными служащими, случаями причинения ими материального ущерба, например: проведение разбирательства, проверки в случаях совершения коррупционного проступка, административного расследования. При этом разные виды проверок по фактам нарушения дисциплины могут проводиться и в рамках одного ведомства, например в органах и подразделениях Федеральной службы войск национальной гвардии РФ. Здесь в отношении сотрудников полиции и государственных гражданских служащих проводятся служебные проверки, а в отношении военнослужащих — разбирательство или административное расследование.

Служебное расследование по фактам разглашения сведений, составляющих государственную тайну, утраты носителей таких сведений имеет самостоятельную правовую основу¹⁰, собственные цели и задачи, субъектный состав,

⁷ Каплунов А. И. Развитие теории административного процесса как условие совершенствования нормативной основы административно-процессуальной деятельности // Уголовно-исполнительное право. 2017. Т. 12 (1–4). № 4. С. 494.

⁸ См. подробнее: Шиндяпина М. Д. Стадии юридической ответственности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 8.

⁹ Каплунов А. И. Указ. соч. С. 494 ; Рогожкина Е. А. Место служебной проверки в производстве по дисциплинарным делам в органах внутренних дел // Юридический факт. 2017. № 15. С. 5.

¹⁰ Постановление Правительства РФ от 05.01.2004 № 3-1 «Об утверждении Инструкции по обеспечению режима секретности в Российской Федерации» // Документ не опубликован.

предполагаемый результат, порядок проведения и документального оформления.

Согласно ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 12.07.1999 № 161-ФЗ «О материальной ответственности военнослужащих»¹¹ административное расследование назначается командиром (начальником) воинской части при обнаружении ущерба для установления причин ущерба, его размера и виновных лиц и проводится посредством: а) отбора объяснений; б) сбора необходимых документов (письменных объяснений, справок, заявлений, данных осмотра, заключений экспертов и пояснений специалистов). По его окончании оформляется заключение. В случае причинения ущерба дисциплинарным проступком военнослужащего вместо административного расследования может проводиться разбирательство в соответствии с Федеральным законом от 27.05.1998 № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих».

Административное расследование, проводимое в соответствии со ст. 28.7 КоАП РФ, представляет собой комплекс процессуальных действий, требующих значительных временных затрат, «направленных на установление обстоятельств проступка, их фиксирование и квалификацию»¹².

В рамках служебной проверки, разбирательства, служебного административного расследования в силу особенностей существующего правового регулирования комплекс процессуальных действий как таковой отсутствует, скорее, можно говорить о наличии процессуальных форм проведения проверки (выяснения обстоятельств нарушения дисциплины), совершения отдельных процедурных (проверочных) действий по сбору доказательств, применения мер обеспечения производства, фиксирования

полученных результатов в определенной форме. Имеют место также различия по срокам, порядку проведения, участникам, оформляемым административно-процессуальным документам, предполагаемым результатам. Большая часть правоотношений в рамках служебной проверки носит организационный или процедурный характер.

Далее, чтобы полностью разобраться в значении рассматриваемых понятий, рассмотрим их с логико-семантической точки зрения.

С. И. Ожегов слово «проверка» («проверить») разъясняет как «удостовериться в правильности чего-н., обследовать с целью контроля, надзора; подвергнуть испытанию для выяснения чего-н.»¹³. Разбирательство означает «рассмотрение, разбор, обсуждение»¹⁴. Разобраться — «изучить, хорошо понять кого-что-н.»¹⁵ Слово «расследовать» С. И. Ожегов разъясняет как «подвергнуть(-гать) всестороннему рассмотрению, изучению»¹⁶.

Таким образом, и разбирательство, и административное расследование предполагают проведение выяснения, исследования, изучения чего-либо, что полностью охватывается понятием «проверка». Нормативно определенные задачи разбирательства по факту нарушения воинской дисциплины и служебного административного расследования по военному законодательству в основном аналогичны задачам служебной проверки, которая выступает одной из форм выяснения обстоятельств дисциплинарного дела. С учетом необходимости использования в нормативных актах понятий и терминов, полностью соответствующих их содержанию и назначению, в целях устранения терминологической путаницы в рамках единой отрасли административно-процессуального права предлагаем

¹¹ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3682.

См. также: п. 52 Наставления по правовой работе в Вооруженных Силах Российской Федерации, утв. приказом министра обороны РФ от 03.12.2015 № 717 // URL: <https://base.garant.ru/71418144/>.

¹² Телегин А. С. Производство по делам об административных правонарушениях в органах внутренних дел. М. : Изд-во ВЮЗШ МВД СССР, 1991. С. 28.

¹³ Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. М. : Рус. яз., 1990. С. 604.

¹⁴ Ожегов С. И. Указ. соч. С. 639.

¹⁵ Ожегов С. И. Указ. соч. С. 650.

¹⁶ Ожегов С. И. Указ. соч. С. 662.

термин «административное расследование» использовать только в КоАП РФ либо в военном законодательстве говорить о служебном административном расследовании.

В общепринятом понимании именно термин «служебная проверка» в системе государственной службы РФ наиболее полно характеризует назначение, содержание и возможный процессуальный порядок действий по фактам совершения нарушений дисциплины и иных событий, требующих изучения и анализа, является наиболее распространенным и устоявшимся. Для унификации проверочных действий, проводимых в связи с совершением дисциплинарных проступков государственными служащими РФ, предлагаем единообразно использовать термин «служебная проверка». Такой подход дает возможность сформировать в системе государственной службы РФ типовую (примерную) модель служебной проверки, реализовать единый подход к ее организации и упорядочить форму ее проведения.

Служебная проверка призвана обеспечить сбор и закрепление доказательств о фактических обстоятельствах совершения нарушения законности и дисциплины, позволяющих квалифицировать деяние (бездействие) как дисциплинарный проступок (или прийти к выводу о его отсутствии), установить виновность (невиновность) государственного служащего в его совершении, вредные последствия дисциплинарного проступка, подготовить предложения о наложении дисциплинарного взыскания, оформить заключение и иные материалы проверки и направить их для рассмотрения компетентному руководителю.

В научной и учебной правовой литературе авторы по-разному подходят к формулированию определения служебной проверки, что обусловлено в том числе отсутствием этого понятия в нормативных актах. Охарактеризуем отдельные точки зрения исследователей на этот вопрос.

В своей монографии Ю. С. Адушкин говорит о дисциплинарной проверке (дисциплинарном расследовании), назначение которого «состоит в том, чтобы в связи с получением акта о возбуждении дела обеспечить субъекта дисциплинарной власти подробной информацией, необходимой для законного и объективного решения дела»¹⁷. Как видится, здесь автор говорит только о предназначении проверки.

Е. А. Никоноров в диссертации приходит к выводу, что служебная проверка является административно-юрисдикционным институтом, состоящим из материальных и процессуальных норм административного права, разновидностью правоохранительной деятельности¹⁸. Данная позиция представляется отчасти неверной: правовое регулирование проведения проверки осуществляется административно-процессуальными нормами; правоохранительной деятельностью является дисциплинарное производство в целом (а точнее — правоприменение по факту нарушения дисциплины), а не отдельно взятый его факультативный этап в виде проверки. Далее следует отметить, что административная юрисдикция предполагает решение спора о праве, которого в рамках проверки нет, здесь проверяющим делается предположение о наличии или об отсутствии события дисциплинарного проступка.

Исходя из содержания Федерального закона от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», С. Е. Чаннов определяет служебную проверку «как совокупность мероприятий, проводимых соответствующими должностными лицами государственного органа в целях своевременного, всестороннего, полного и объективного исследования дисциплинарных проступков государственных гражданских служащих или для опровержения сведений, порочащих честь и достоинство государственных гражданских служащих»¹⁹. Как видится, данное определение можно дополнить указанием на определенные

¹⁷ Адушкин Ю. С. Дисциплинарная ответственность в СССР / под ред. В. М. Манохина. Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1986. С. 87–88.

¹⁸ Никоноров Е. А. Институт служебной проверки в административном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 12, 20.

виды административных действий, проводимых в ходе проверки.

Как отмечает Н. А. Овчинников, «служебная проверка в самом широком понимании данного термина — это процессуальный институт, дающий возможность по ее окончании принять установленные законом меры дисциплинарной ответственности (дисциплинарные взыскания) или, напротив, опровергнуть какие-либо сведения, которые порочат честь, достоинство, деловую репутацию служащего (сотрудника)»²⁰. Здесь, как и у Ю. С. Адушкина, фактически говорится о предназначении проверки.

Служебная проверка — это совокупность осуществляемых уполномоченными на то должностными лицами на основе законодательства, а также ведомственных нормативных правовых, локальных актов организационно-правовых действий, состоящих в выявлении виновных в нарушении законности и служебной дисциплины, а также причин и условий, способствующих совершению дисциплинарных правонарушений, в том числе и коррупционного характера²¹. С этой точкой зрения можно согласиться, если включить в содержание служебной проверки не только организационные, но и процедурные действия.

М. Б. Добробаба характеризует служебную проверку как «нормативно установленную административно-правовую процедуру, включающую в себя определенный комплекс мероприятий, направленных на обеспечение своевременного, всестороннего, полного и объективного исследования дисциплинарного проступка или для опровержения сведений, порочащих честь и достоинство государственного служащего»²². В данном случае лицо, проводящее проверку, может проводить и иные мероприятия, не определенные нормативными актами, по решению руководителя. Автор также не говорит об

оформлении (фиксировании) результатов проверки.

Из приведенных определений можно выделить следующие признаки служебной проверки:

- это процессуальный институт (Н. А. Овчинников);
- это разновидность правоохранительной деятельности (Е. А. Никоноров);
- это административно-правовая процедура (М. Б. Добробаба);
- это совокупность организационно-правовых действий, мероприятий (Н. А. Овчинников);
- назначается при возбуждении дела о дисциплинарном проступке (Ю. С. Адушкин);
- проводится в целях выявления виновных в совершении дисциплинарного проступка, причин и условий, способствующих совершению дисциплинарных правонарушений, в том числе и коррупционного характера (Н. А. Овчинников).

К характерным особенностям (признакам) служебной проверки в связи с нарушениями служебной дисциплины можно отнести также то, что она:

- носит принудительный характер;
- проводится в порядке, регламентированном нормами административно-процессуального права;
- является внутриведомственной (внутриорганизационной), проводится в отношении члена организованного (административного) коллектива, находящегося в служебном подчинении;
- представляет собой установленную законом форму (порядок) выяснения и фиксирования обстоятельств совершения дисциплинарного проступка;
- осуществляется на началах законности и состязательности сторон;

¹⁹ Чаннов С. Е. Проведение служебной проверки на государственной гражданской службе // Гражданин и право. 2008. № 5. С. 63.

²⁰ Овчинников Н. А. Служебная проверка как способ обеспечения законности и дисциплины в деятельности сотрудников органов внутренних дел // Административное и муниципальное право. 2011. № 2 (38). С. 53.

²¹ Овчинников Н. А. Указ. соч. С. 54.

²² Добробаба М. Б. Проблемы внесудебного дисциплинарного производства в служебном праве // Административное право и процесс. 2015. № 7. С. 20–24.

— предполагает возможность применения мер обеспечения производства по дисциплинарному делу²³, являющихся разновидностью государственного принуждения.

Таким образом, *служебная проверка* представляет собой регламентированную административно-процессуальными нормами принудительную деятельность управомоченных субъектов в целях сбора и документального закрепления доказательств подтверждения наличия или отсутствия фактов нарушения законности, дисциплины, соблюдения ограничений, запретов и обязанностей, связанных со службой, выяснения обстоятельств и причин совершенного дисциплинарного проступка, подготовки предложений о мерах ответственности для виновных.

Итоговые выводы и предложения

1. Служебная проверка, назначаемая и проводимая в рамках производства по дисциплинарным делам государственных служащих, представляет собой регламентированную административно-процессуальными нормами принудительную деятельность управомоченных субъектов в целях сбора и документального закрепления доказательств подтверждения наличия или отсутствия фактов нарушения законности, дисциплины, соблюдения ограничений, запретов и обязанностей, связанных со службой, вы-

яснения обстоятельств и причин совершенного дисциплинарного проступка, подготовки предложений о мерах дисциплинарного взыскания для виновных.

2. С точки зрения содержания стадий правоприменительной деятельности, динамики правоотношений дисциплинарной ответственности и структуры производства по дисциплинарным делам служебная проверка полностью укладывается в рамки стадии возбуждения дела о дисциплинарном проступке, наряду с иными формами выяснения и исследования обстоятельств дела выступает одним из ее возможных (факультативных) этапов, на котором устанавливаются фактические обстоятельства совершения дисциплинарного проступка.

3. В общепринятом понимании именно термин «служебная проверка» наиболее полно характеризует назначение, содержание и возможный процессуальный порядок действий по фактам совершения нарушений дисциплины и иных событий, требующих изучения и анализа, является наиболее распространенным и устоявшимся в системе государственной службы. Соответственно, предлагается все виды проверок в системе государственной службы РФ, связанных с фактами нарушения дисциплины, единообразно именовать «служебная проверка».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Адушкин Ю. С. Дисциплинарная ответственность в СССР / под ред. В. М. Манохина. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1986. — 125 с.
2. Бахрах Д. Н. Административное право России : учебник. — М. : Эксмо, 2011. — 624 с.
3. Добробаба М. Б. Проблемы внесудебного дисциплинарного производства в служебном праве // Административное право и процесс. — 2015. — № 7. — С. 20–24.
4. Каплунов А. И. Развитие теории административного процесса как условие совершенствования нормативной основы административно-процессуальной деятельности // Уголовно-исполнительное право. — 2017. — Т. 12 (1–4). № 4. — С. 490–497.
5. Лещина Э. Л. Меры дисциплинарно-правового принуждения в системе государственной службы России // Юридическая наука и правоохранительная практика. — 2018. — № 1 (43). — С. 48–59.
6. Никифоров А. В. Дисциплинарная ответственность сотрудников органов внутренних дел : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Омск, 1998. — 23 с.
7. Никоноров Е. А. Институт служебной проверки в административном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — 29 с.

²³ Лещина Э. Л. Меры дисциплинарно-правового принуждения в системе государственной службы России // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2018. № 1 (43). С. 54.

8. Овчинников Н. А. Служебная проверка как способ обеспечения законности и дисциплины в деятельности сотрудников органов внутренних дел // Административное и муниципальное право. — 2011. — № 2 (38). — С. 52–56.
9. Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. — М. : Рус. яз., 1990. — 921 с.
10. Протасов В. Н. Теория государства и права : учебное пособие для вузов. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2020. — 192 с.
11. Рогожкина Е. А. Место служебной проверки в производстве по дисциплинарным делам в органах внутренних дел // Юридический факт. — 2017. — № 15. — С. 3–6.
12. Телегин А. С. Производство по делам об административных правонарушениях в органах внутренних дел. — М. : Изд-во ВЮЗШ МВД СССР, 1991. — 54 с.
13. Чаннов С. Е. Проведение служебной проверки на государственной гражданской службе // Гражданин и право. — 2008. — № 5. — С. 62–65.
14. Шиндяпина М. Д. Стадии юридической ответственности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1996. — 23 с.

Материал поступил в редакцию 8 октября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Adushkin Yu. S. Disciplinarnaya otvetstvennost v SSSR / pod red. V. M. Manohina. — Saratov : Izd-vo Sarat. un-ta, 1986. — 125 s.
2. Bahrah D. N. Administrativnoe pravo Rossii : uchebnik. — M. : Eksmo, 2011. — 624 s.
3. Dobrobaba M. B. Problemy vnesudebnogo disciplinarnogo proizvodstva v sluzhebnom prave // Administrativnoe pravo i process. — 2015. — № 7. — S. 20–24.
4. Kaplunov A. I. Razvitie teorii administrativnogo processa kak uslovie sovershenstvovaniya normativnoj osnovy administrativno-processualnoj deyatel'nosti // Ugolovno-ispolnitel'noe pravo. — 2017. — T. 12 (1–4). — № 4. — S. 490–497.
5. Leshchina E. L. Mery disciplinarno-pravovogo prinuzhdeniya v sisteme gosudarstvennoj sluzhby Rossii // Yuridicheskaya nauka i pravoohranitel'naya praktika. — 2018. — № 1 (43). — S. 48–59.
6. Nikiforov A. V. Disciplinarnaya otvetstvennost sotrudnikov organov vnutrennih del : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — Omsk, 1998. — 23 s.
7. Nikonorov E. A. Institut sluzhebnoj proverki v administrativnom prave : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2006. — 29 s.
8. Ovchinnikov N. A. Sluzhebnyaya proverka kak sposob obespecheniya zakonnosti i discipliny v deyatel'nosti sotrudnikov organov vnutrennih del // Administrativnoe i municipal'noe pravo. — 2011. — № 2 (38). — S. 52–56.
9. Ozhegov S. I. Slovar russkogo yazyka / pod red. N. Yu. Shvedovoj. — M. : Rus. yaz., 1990. — 921 s.
10. Protasov V. N. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnoe posobie dlya vuzov. — 5-e izd., pererab. i dop. — M. : Yurajt, 2020. — 192 s.
11. Rogozhkina E. A. Mesto sluzhebnoj proverki v proizvodstve po disciplinarnym delam v organah vnutrennih del // Yuridicheskij fakt. — 2017. — № 15. — S. 3–6.
12. Telegin A. S. Proizvodstvo po delam ob administrativnyh pravonarusheniyah v organah vnutrennih del. — M. : Izd-vo VYuZSh MVD SSSR, 1991. — 54 s.
13. Channov S. E. Provedenie sluzhebnoj proverki na gosudarstvennoj grazhdanskoj sluzhbe // Grazhdanin i pravo. — 2008. — № 5. — S. 62–65.
14. Shindyapina M. D. Stadii yuridicheskoy otvetstvennosti : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 1996. — 23 s.

Ограничение права на приобретение и владение гражданским оружием по медицинским показаниям: приглашение к дискуссии

Аннотация. В статье проведен анализ правового механизма выдачи разрешительных документов на приобретение и владение гражданским оружием, определена роль правоограничений, в том числе медицинских противопоказаний, в государственной лицензионно-разрешительной политике. На основе анализа причин и условий девиантного поведения с оружием, мотивов преступлений с использованием гражданского оружия делается вывод о малой эффективности применяемых методов выявления медицинских противопоказаний к приобретению и владению оружием, о несостоятельности применяемого перечня противопоказаний. Предложена уголовно-правовая концепция оценки влияния психического расстройства на оценку рисков поведения. Выдвигаются гипотезы о необходимости учета склонности к насилию, агрессии, депрессии, суицидальных проявлений, а также несформированности регуляторных механизмов психики при вынесении заключения об отсутствии медицинских противопоказаний к владению гражданским оружием. Предлагаемые изменения законодательства об оружии позволят выявить и своевременно предупреждать девиантное, в том числе суицидальное, поведение владельцев гражданского оружия. Проведен анализ существующих и аргументируется выбор формализованных психодиагностических методик. Предлагается использование психофизиологических обследований для вынесения обоснованных заключений об отсутствии медицинских противопоказаний для владения оружием.

Ключевые слова: административно-правовое регулирование; государственная политика; гражданское оружие; оборот оружия; лицензионно-разрешительная система; ограничение права; медицинские противопоказания; психодиагностика; психофизиологическое обследование.

Для цитирования: Шмидт А. А. Ограничение права на приобретение и владение гражданским оружием по медицинским показаниям: приглашение к дискуссии // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 30–42. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.030-042.

© Шмидт А. А., 2021

* Шмидт Артем Александрович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры правоохранительной деятельности и национальной безопасности Южно-Уральского государственного университета (Национального исследовательского университета)
просп. Ленина, д. 76, г. Челябинск, Россия, 454080
artem-shmidt@yandex.ru

Limitation of the Right to Acquire and Possess Civilian Weapons for Medical Reasons: An Invitation to Discussion

Artem A. Schmidt, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Law Enforcement and National Security, South Ural State University (National Research University)
prosp. Lenina, d. 76, Chelyabinsk, Russia, 454080
artem-shmidt@yandex.ru

Abstract. The paper analyzes the legal mechanism for issuing permits for the acquisition and possession of civilian weapons, defines the role of legal restrictions, including medical contraindications, in the state licensing and permitting policy. Based on the analysis of the reasons and conditions for deviant behavior with weapons, motives of crimes with the use of civilian weapons, it is concluded that the methods used to identify medical contraindications to the acquisition and possession of weapons are ineffective, and the list of contraindications is inadequate. The author provides a criminal law concept for assessing the impact of mental disorder on the assessment of behavioral risks. The author puts forward hypotheses about the need to take into account the propensity to violence, aggression, depression, suicidal manifestations, as well as the lack of formation of the regulatory mechanisms of the psyche when making a conclusion about the absence of medical contraindications to the possession of civilian weapons. The proposed amendments to the legislation on weapons will make it possible to identify and promptly prevent deviant, including suicidal, behavior of the owners of civilian weapons. The paper analyzes the existing methods and the choice of formalized psychodiagnostic techniques. It is proposed to use psychophysiological examinations to make informed conclusions about the absence of medical contraindications for using a weapon.

Keywords: administrative and legal regulation; public policy; civilian weapons; arms turnover; licensing and authorization system; limitation of the right; medical contraindications; psychodiagnostics; psychophysiological examination.

Cite as: Schmidt AA. Ogranichenie prava na priobretenie i vladenie grazhdanskim oruzhiem po meditsinskim pokazaniyam: priglashenie k diskussii [Limitation of the Right to Acquire and Possess Civilian Weapons for Medical Reasons: An Invitation to Discussion]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):30-42. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.030-042. (In Russ., abstract in Eng.).

Оборот гражданского оружия является сферой отношений, к регулированию которой любое государство относится весьма трепетно. С одной стороны, нарушения установленного порядка обращения с оружием оборачиваются резонансными преступлениями, а с другой — оборот оружия является весьма значимой частью экономики. Любое государство проводит определенную лицензионно-разрешительную политику, устанавливая степень доступности оружия для граждан и объем контрольно-надзорных полномочий государственных органов.

Законодательство Российской Федерации, как и других стран, определяет требования к оружию, разрешенному для гражданского оборота, к категории граждан, которые вправе приобретать и использовать оружие, к цели

приобретения оружия, порядок (процедуру) получения и виды разрешительных документов, особенности хранения и ношения оружия, устанавливает административно-правовые режимы оборота отдельных видов оружия, а также запреты и ограничения на его оборот.

Лицензионно-разрешительная политика, по мнению автора, должна представлять собой научно обоснованную, последовательную и системную деятельность органов государственной власти, а также участников оборота оружия и институтов гражданского общества по реализации и совершенствованию механизма административно-правового регулирования в сфере оборота оружия и оптимизации лицензионно-разрешительной системы, основанную на сложившейся в обществе оружейной культуре и традициях, а также целях и приоритетах,

стоящих перед обществом и государством на современном этапе развития.

К сожалению, часто корректировка проводимой политики является реакцией на конкретные резонансные происшествия, а принимаемые меры — ситуативны и поверхностны. Так, после трагедии в Керчи в конце 2018 г., когда студент политехнического колледжа убил себя и еще 20 человек, правоохранные органы, СМИ и парламентская группа не нашли нарушений в процедурах обучения, выдачи свидетельства, лицензии или разрешения стрелку. Буквально через несколько дней Президент России поручил Росгвардии подготовить предложения по ужесточению правил продажи оружия. Подготовленный документ администрация Президента вернула на доработку, сочтя его излишне жестким. Например, предлагалось проводить проверку состояния здоровья владельцев оружия каждый год вместо одного раза в пять лет¹.

Громкие преступления с оружием заставляют переосмысливать положения действующего законодательства, искать пути предотвращения новых преступлений. За последние годы самыми резонансными стали стрельба подростков в поселке Псковской области по полицейским, закончившаяся убийством и самоубийством 14 ноября 2016 г.; массовое убийство 9 человек ночью 4 июня 2017 г. в садоводстве «50 лет Октября» в поселке Редкино под Тверью; стрельба 5 сентября 2017 г. ученика 9-го класса в школе в подмосковной Ивантеевке; и, пожалуй, самые резонансные преступления — в колледже в Керчи (17 октября 2018 г.) и Нижегородской области (12 октября 2020 г.).

В целях совершенствования правового режима оборота оружия представляется важным в первую очередь провести анализ действующего правового механизма, определить причины и условия девиантного поведения с оружием, выявить слабые места в действующем порядке приобретения оружия, выработать адекватные меры противодействия негативным явлениям

и тенденциям, сформулировать необходимые организационные и правовые меры.

Общедоступные аналитические материалы свидетельствуют, что преступления в Керчи и Нижегородской области являются результатом длительной подготовки; преступления планировались и осуществлялись поэтапно. Однако большинство преступлений с применением оружия носят характер внезапно возникшего конфликта на почве личной неприязни, хулиганских мотивов и т.д.

Установленные Федеральным законом от 13.12.1996 № 150-ФЗ «Об оружии»² запреты и ограничения, в том числе запрет на приобретение и владение оружием лицами, ранее судимыми за совершение тяжких и особо тяжких преступлений с применением оружия; повторно привлеченными к административной ответственности за нарушения общественного порядка и общественной безопасности; имеющими медицинские противопоказания, а также другие ограничения представляются вполне очевидными и обоснованными. Однако даже самый поверхностный анализ вскрывает необходимость их пересмотра.

Так, например, в качестве медицинских противопоказаний действующие правовые акты устанавливают Перечень заболеваний, при наличии которых противопоказано владение оружием. Указанный Перечень определяется Правительством РФ и включает в себя две группы заболеваний: болезни глаза, а также психические расстройства и расстройства поведения. Последняя группа медицинских противопоказаний к владению гражданским оружием, согласно международной классификации болезней, относится к V классу — психические расстройства и расстройства поведения (F00–F99) — и включает практически все психические расстройства, исключая зависимость от табака; поведенческие синдромы, связанные с физиологическими нарушениями и физическими факторами, такими как различного рода

¹ Росгвардия разоружит россиян. В Федеральный закон «Об оружии» собираются внести новые ограничения // Новая газета. 16.08.2019. С. 18. URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2019/08/15/81612-rosgvardiya-razoruzhit-rossiyan> (дата обращения: 27.10.2020).

² СЗ РФ. 1996. № 51. Ст. 5681.

расстройства приема пищи или бессонница; нарушение психологического развития, а также поведенческие и эмоциональные расстройства, которые обычно начинаются в детском и подростковом возрасте, и неуточненные психические расстройства.

Таким образом, с учетом указанных исключений противопоказаниями к владению оружием выступают F0 — деменция (приобретенное слабоумие) различной этиологии; F1 — психические и поведенческие расстройства вследствие злоупотребления психоактивными веществами; F2 — шизофрения, шизотипические и бредовые расстройства; F3 — аффективные расстройства настроения (маниакальное и депрессивное поведение); F4 — невротические, стрессовые и соматоформные расстройства; F6 — расстройства зрелой личности и поведения у взрослых (в том числе истерическое и тревожное (уклоняющееся) расстройство личности); F7 — умственная отсталость.

Столь широкий перечень противопоказаний на первый взгляд представляется весьма обоснованным. Однако при внимательном изучении к используемому подходу в установлении правоограничений на владение гражданским оружием возникают вопросы. Какое, например, значение для целей законодательства об оружии имеет:

- легкое когнитивное расстройство (F06.7) — в целом благоприятно протекающее заболевание, сопровождаемое ухудшением памяти, трудностями обучения, ситуационными колебаниями настроения со слабой выраженностью;
- постэнцефалитный синдром (F07.1) — обратимый неспецифический синдром, сопровождающийся общим недомоганием, апатией или раздражительностью, легкой когнитивной дисфункцией; наблюдаются различные неврозоподобные синдромы в виде нарушений сна, аппетита, повышенной утомляемости, психической и другой истощаемости;
- ипохондрическое расстройство (F45.2) — постоянная озабоченность состоянием здо-

- ровья, когда нормальные ощущения воспринимаются как симптомы заболевания;
 - соматоформная дисфункция вегетативной нервной системы (F45.3). Симптоматика, предъявляемая пациентом, подобна той, которая возникает при повреждении органа или системы органов, преимущественно или полностью иннервируемых и контролируемых вегетативной нервной системой, т.е. сердечно-сосудистой, желудочно-кишечной, дыхательной и мочеполовой систем. Симптомы обычно бывают двух типов, ни один из которых не указывает на нарушение конкретного органа или системы. Первый тип симптомов — это жалобы, основанные на объективных признаках вегетативного раздражения, таких как сердцебиение, потливость, покраснение, тремор и выражение страха и беспокойства относительно возможного нарушения здоровья. Второй тип симптомов — субъективные жалобы неспецифического или изменчивого характера, такие как быстротечные боли по всему телу, ощущение жара, тяжести, усталости или вздутия живота, которые пациент соотносит с каким-либо органом или системой органов;
 - патологическое влечение к азартным играм (F63.0);
 - расстройства половой идентификации, сексуального предпочтения, психологические и поведенческие расстройства, связанные с половым развитием и ориентацией (F64, F65, F66)³.
- Указанные расстройства, включенные в качестве медицинских противопоказаний к владению гражданским оружием, навряд ли являются реальной проблемой. Тяжело себе представить, как патологическая озабоченность состоянием здоровья или расстройства половой идентификации могут влиять на риски общественно опасного поведения психически больных лиц.
- Даже краткий реферативный обзор показывает, что установление строго медицинских критериев — наличие у лица болезненного

³ См.: Чуркин А. А., Мартышов А. Н. Практическое руководство по применению МКБ-10 в психиатрии и наркологии. М. : ГНЦ СиСП имени В. П. Сербского, 2010. С. 17–92.

состояния психики — в качестве условий допуска к гражданскому оружию является спорным элементом административно-правового регулирования, устанавливающего основы лицензионно-разрешительной политики.

В уголовно-правовой доктрине при решении вопроса об общественно опасном поведении психически больных используется более комплексный подход, при котором различие правовых последствий определяется не видом психического расстройства, а тем, в какой мере оно нарушает способность лица к осознанно-волевому поведению во время совершения инкриминируемого ему деяния⁴. В работах по криминологии и судебной психиатрии констатируется, что преступное поведение не является показателем психического заболевания⁵, а значит, для эффективной превенции преступлений с применением оружия диапазон факторов, составляющих перечень медицинских противопоказаний к владению гражданским оружием, должен быть если не расширен, то по крайней мере подлежит изучению и учету при принятии решения в ходе психолого-психиатрического освидетельствования лиц в целях определения противопоказаний к владению оружием.

Последние данные по росту числа лиц с пограничными психическими расстройствами и уменьшению числа лиц, признанных невменяемыми⁶, делает актуальным изучение осо-

бенностей агрессии лиц с заболеваниями, не исключающими вменяемости⁷.

В уголовном законодательстве отсутствует перечень диагнозов, которыми охватываются понятия «хроническое психическое расстройство», «временное психическое расстройство», «слабоумие», «иное болезненное состояние психики». Такой подход представляется более оправданным. Тем более что анализ уголовно-правовой статистики и результаты эмпирических исследований свидетельствует о разнообразии мотивов преступлений, совершенных с оружием: корыстные мотивы; хулиганские побуждения; облегчение совершения других преступлений; сокрытие иных преступлений; превышение пределов необходимой обороны; личные низменные мотивы; мотивы, не имеющие низменного содержания, не влияющие на ответственность (ревность, месть и др.)⁸. Специфично, что следователи и дознаватели ОВД на вопрос о наиболее типичных мотивах преступлений, связанных с использованием оружия, сразу после корыстного (64 %) называют ревность (42 %) и месть (28 %)⁹. Указанное свидетельствует скорее об актуальности выявления не психических заболеваний, а пограничных нервно-психических расстройств.

С учетом изложенного представляется необходимым пересмотреть действующие правового ограничения на приобретение и владение

⁴ Спасенникова М. Г. К вопросу о медицинском критерии невменяемости // Актуальные проблемы медицины и биологии. 2018. № 1. С. 22.

⁵ См.: Гомонов Н. Д., Сальников В. П. Судебно-психиатрическая экспертиза как этап в расследовании уголовного дела // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2001. № 2 (10). С. 77–87; Гомонов Н. Д., Труш В. М., Пирогов П. П., Тимохов В. П. Криминологические аспекты криминальной агрессии // Юридическая наука: история и современность. 2019. № 8. С. 147–155; Гомонов Н. Д., Труш В. М., Тимохов В. П. Личность преступника с психическими девиациями // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия: Экономика и право. 2018. № 5. С. 156–164.

⁶ См.: Макушкин Е. В., Мохонько А. Р., Муганцева Л. А. Судебно-психиатрическая экспертная служба Российской Федерации в 2018 г. (по материалам отраслевой статистической отчетности Минздрава России) // Психическое здоровье. 2019. № 7. С. 3–15.

⁷ Телешева К. Ю. Клинико-социальные характеристики лиц, склонных к импульсивной агрессии // Наука. Исследования. Практика: сборник избранных статей по материалам Международной научной конференции. СПб., 2020. С. 59.

⁸ Корин И. С. Особенности криминалистической методики расследования преступлений, связанных с применением огнестрельного оружия: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 39.

⁹ Корин И. С. Указ. соч. С. 262–263.

гражданским оружием, определить варианты совершенствования диагностики психических и психологических состояний, в первую очередь связанных со склонностью к насилию, агрессии и депрессии, а также суициду.

В настоящее время порядок проведения медицинского освидетельствования на наличие медицинских противопоказаний к владению оружием установлен приказом Министерства здравоохранения РФ от 30.06.2016 № 441н¹⁰. В соответствии с п. 23 указанного порядка психиатрическое освидетельствование врачебной комиссией лиц в целях определения противопоказаний к владению оружием проводится в случае выявления в ходе осмотра врачом-психиатром у освидетельствуемого симптомов и синдромов заболевания, при наличии которого противопоказано владение оружием.

Однако, как известно, по своим психологическим характеристикам лица с пограничной психической патологией в нормальном эмоциональном состоянии существенно не отличаются от здоровых лиц. Более того, на ранних этапах развития эмоциональных расстройств многие лица активно скрывают свои переживания, опасаясь негативного отношения окружающих и госпитализации, а многие — не осознают их наличие¹¹.

В то же время анализ клинико-психологических факторов криминальной агрессии показывает, что лица, обвиняемые в агрессивных преступлениях, обследованные в ходе комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы, лишь в 33 % случаев являлись психически здоровыми, а 67 % обследованных, несмотря на вменяемость, имеют различные психиче-

ские расстройства. При этом значение имеет не только агрессивность психически больных, но и недостаточность ингибирующих факторов (затормаживающих агрессию). Несформированность регуляторных механизмов легко проявляется под воздействием алкогольного опьянения, групповых воздействий, психотравмирующих обстоятельств¹².

С учетом изложенного становится актуальным вопрос определения методики психолого-психиатрического исследования, позволяющего на основе объективных критериев выявить симптомы и синдромы заболевания, при наличии которого противопоказано владение оружием, в ходе осмотра врачом-психиатром, а также определения пограничных нервно-психических расстройств.

Подобного рода исследования востребованы для многих работ и профессий с повышенным уровнем ответственности, и обязанность проходить соответствующие обследования нормативно закреплена для работников, например, атомной промышленности; персонала воздушных судов, водного и автомобильного транспорта; локомотивных бригад; сотрудников правоохранительных органов и спецслужб.

В соответствии с ч. 7 ст. 213 ТК РФ отдельные категории работников обязаны проходить психиатрическое освидетельствование не реже одного раза в пять лет.

Однако объем психофизиологических исследований у различных категорий работников существенно отличается, так же как и их направленность. Например, для работников транспорта приоритетно время реакции¹³, для

¹⁰ Приказ Минздрава России от 30.06.2016 № 441н «О порядке проведения медицинского освидетельствования на наличие медицинских противопоказаний к владению оружием и химико-токсикологических исследований наличия в организме человека наркотических средств, психотропных веществ и их метаболитов» // Российская газета. 09.12.2016.

¹¹ *Зотов М. В.* Методологические основы ранней диагностики пограничных нервно-психических расстройств // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 12 : Психология. Социология. Педагогика. 2009. № 4. С. 247–248.

¹² См.: *Сафуанов Ф. С., Калашникова А. С., Царьков А. Е.* Клинико-психологические факторы криминальной агрессии // Психология и право. 2017. Т. 7. № 4. С. 44–58.

¹³ См.: *Черненко Е. В.* Особенности прогнозирования профессиональной надежности водителей автотранспорта с учетом психофизиологических характеристик // Актуальные проблемы транспортной медицины. 2013. № 1 (31). С. 133–139.

операторов опасных производственных объектов — сонное состояние, опьянение¹⁴ и т.д. Для целей нашего исследования оптимальным представляется анализ формализованных психодиагностических методик, применяемых для отбора кандидатов на службу в правоохранительные и военные органы. Во-первых, для обеих целевых групп проявление агрессии является вариацией нормы, которая не ассоциируется с девиантным поведением; во-вторых, для указанных лиц большее значение имеют ингибирующие факторы и самоконтроль; в-третьих, легитимность намерений при применении оружия как определяющий фактор допуска к оружию.

Анализ исследований, посвященных факторам личностно-профессиональной пригодности для службы в правоохранительных органах¹⁵, позволяет предложить следующую организационную модель психодиагностики лиц, претендующих на приобретение гражданского оружия, его применение в целях, установленных законодательством об оружии.

Система психологического исследования должна включать такие этапы, как психологическое тестирование и собеседование.

В качестве тестовых методик исследования целесообразно использовать набор опросников и тестов: прогрессивные матрицы Дж. Равена; методика «Аналогии»; краткий отборочный тест В. Н. Бузина, Э. Ф. Вандерлик; методика «Словарь»; многомерный метод исследования личности Ф. Б. Березина; опросник «Мотивационный профиль»; «Методика изучения правосознания», методика «Оценка субъективной локализации контроля над значимыми событиями»; методика «Оценка уровня волевой саморегуляции». Указанные методики широко апробированы¹⁶ и не нуждаются в дополнительном, даже реферативном, описании.

Преимуществом формализованных методов является возможность проводить коллективные (массовые) обследования с автоматизированным анализом данных. Широкое применение указанных методик на практике свидетельствует об их валидности, но в то же время при массовом использовании они не лишены такого недостатка, как натренированность. Легко предположить, что в случае многократного безуспешного прохождения тестовой части испытуемый начнет давать «правильные» ответы.

¹⁴ См.: Нигрей А. А. Идентификация критических состояний оператора опасных производств: первичный анализ данных, выделение признаков // Информационные технологии и автоматизация управления : материалы XI Всероссийской науч.-практ. конференции студентов, аспирантов, работников образования и промышленности. Омск, 2020. С. 112–121.

¹⁵ См.: Деулин Д. В., Алексеев Д. Е. Факторы личностно-профессиональной пригодности кандидатов на службу в органы внутренних дел // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2020. Т. 25. № 1 (80). С. 14–18 ; Золотова Е. В. Особенности проведения аттестации сотрудников, не прошедших проверку на профессиональную пригодность к действиям в условиях, связанных с применением физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия // Научный портал МВД России. 2019. № 3 (47). С. 124–131 ; Караваев А. Ф., Крук В. М., Носс И. Н., Виноградов М. В. Проблемы личностно-профессиональной диагностики в профотборе кандидатов на службу в органы внутренних дел и оценки надежности сотрудника // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2015. № 3 (62). С. 106–113 ; Маздогова З. З. Профессиональный психологический отбор на службу в органы внутренних дел Российской Федерации: порядок и трудности // Пробелы в российском законодательстве. 2019. № 3. С. 202–204.

¹⁶ См.: Белянина И. В., Киселева Е. М., Фомичева Л. М. Теоретические основы психодиагностики : учебное пособие. Москва — Берлин : Директ-Медиа, 2019 ; Волкова Н. В., Бочанова Н. С., Ледина А. Н., Молчанова О. В. Программа компьютерной обработки и тестирования «Прогрессивные матрицы Дж. Равена (взрослый, детский)» (ПКОИТ «Прогрессивные матрицы Дж. Равена (для взрослых и детей)»). Свидетельство о регистрации программы для ЭВМ RU 2016612243, 20.02.2016. Заявка № 2015663150 от 30.12.2015 ; Филиппченкова С. И., Балакшина Е. В. Конструирование психодиагностического инструментария в психологических исследованиях : учебное пособие. Тверь : Тверской государственный технический университет, 2019.

С учетом указанных недостатков приведенных психодиагностических методик представляется целесообразным использовать также результаты психофизиологического исследования. За основу могут быть приняты методика оценки суицидального риска «Сигнал»¹⁷, методика оценки эмоциональной устойчивости «Регуляция психоэмоционального состояния — РПЭС»¹⁸ или другие, основанные на объективных закономерностях функционирования центральной нервной системы человека.

Высокая валидность и надежность указанных методик основывается на оценке работы центральной нервной системы¹⁹, параметры которой находятся в числе определяющих эффективность любой деятельности, в особенности когнитивной²⁰.

Суть методики «Сигнал» заключается в просмотре предложений с нейтральным и суицидальным содержанием. В ходе обследования периодически возникает звуковой сигнал, на который обследуемый должен отреагировать нажатием кнопки. Время сенсомоторной реакции, являясь надежным показателем степени внимания к воспринимаемому материалу нейтрального и суицидального содержания, показывает у лиц с истинным суицидальным настроением выраженную задержку сенсомоторной реакции.

Суть методики «Регуляция психоэмоционального состояния — РПЭС» состоит в оценке психологического эффекта у лиц с агрессивным поведением, дефектами эмоционально-волевой сферы и слабым самоконтролем — такие индивиды произвольно переключаются на стрессогенные факторы и не способны отвлекаться от них²¹.

Конечно, важно понимать оценочный характер, который носят рекомендации и выводы психодиагностических методик. Поэтому их результаты всегда интерпретируются в ходе наблюдения и клинической беседы, которая позволяет выявить риски девиантного, в том числе суицидального, поведения, психические особенности, проявляющиеся в речи, мимике, пантомимике, поведении в целом.

Предложенная модель не является принципиально новой — она, по существу, дополняет организационно-правовую модель проведения медицинского освидетельствования на наличие медицинских противопоказаний к владению оружием, применяемую в настоящее время, посредством активного использования формализованных психодиагностических методик, получивших широкую апробацию и доказавших свою эффективность.

Помимо вышеперечисленного, можно высказать еще ряд доводов в пользу предложенной модели государственной лицензионно-разрешительной политики в области оборота оружия. Резонансные преступления порождают публичную дискуссию, которая не может не найти отклик со стороны государства. Однако ее характер, ожидания общественности не всегда являются объективным отражением действительности. Так, одним из обсуждаемых вопросов является возраст лиц, совершивших массовые расстрелы, и дискуссия о запрете на приобретение оружия лицами, не достигшими 21 года или не отслужившими в армии²². Такая постановка вопроса навряд ли может быть признана прагматичной. Следует отметить, что основная доля преступлений и правонарушений с применением оружия, вызывающих общественный

¹⁷ Зотов М. В. Указ. соч. С. 249–250.

¹⁸ См.: Зотов М. В. Указ. соч. С. 251–252; Зотов М. В., Петрукович В. М., Журавлева О. П. Способ оценки эмоциональной устойчивости. Патент на изобретение № 2240038 от 25.11.2004.

¹⁹ См.: Данилова Н. Н. Психофизиология: учебник. М.: Аспект Пресс, 2012. С. 13–27; Ильин Е. П. Психофизиология состояний человека. СПб.: Диалект, 2005. С. 285–289.

²⁰ Антохин Е. Ю., Будза В. Г., Антохина Р. И., Епанчинцева Г. А. Психофизиологическая оценка подростков, совершивших суицидальную попытку // Оренбургский медицинский вестник. 2020. Т. 8. № 2 (30). С. 52.

²¹ Зотов М. В. Указ. соч. С. 251–252.

²² Право и оружие. Стоит ли менять закон об оружии? // URL: <https://iz.ru/1075542/video/pravo-i-oruzhie-stoit-li-meniati-zakon-ob-oruzhii> (дата обращения: 27.10.2020).

резонанс, — это происшествия с огнестрельным оружием ограниченного поражения, право на приобретение которого возникает именно с 21-летнего возраста. Кроме того, исследования клинично-социальных особенностей как психически здоровых лиц, так и лиц с психическими заболеваниями, совершивших импульсивно-агрессивные преступления против жизни и здоровья, показывают, что наименьшее количество правонарушений совершается в периоды 17–19 и 46–60 лет, а период с наиболее высоким риском импульсивной агрессии — 20–35 лет²³, у лиц с расстройством личности отмечается преобладание правонарушений в возрасте 26–35 лет (65 %) ²⁴.

Автор отдает себе отчет в том, что всякое ограничение права возможно только в конституционно-правовом смысле ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. И здесь весьма важен баланс частных и публичных интересов, так как в силу требований ст. 13 Федерального закона от 13.12.1996 № 150-ФЗ «Об оружии» медицинское обследование проводится за счет соискателя права. С учетом изложенного представляется целесообразным предложенный в статье организационно-правовой механизм применять лишь при первичном обращении за получением лицензии на приобретение оружия, а также в случае решения врача-психиатра при очередном (не реже одного раза в пять лет) обследовании.

Автор, приглашая к дискуссии об ограничении права на приобретение и владение гражданским оружием по медицинским показаниям, полагает, что следует учитывать еще одно важное обстоятельство — внедрение предлагаемой модели должно защищать не только публичные интересы, но и права медицинского персонала. Так, в ходе расследования уголовного дела, возбужденного в связи с приобретением М. огнестрельного оружия, из которого впоследствии 12 октября 2020 г. в деревне Большеорловское

Борского района Нижегородской области он совершил убийство трех человек, а также ранил еще троих, следственными органами также предъявлено обвинение психиатру-наркологу в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 293 УК РФ. По версии следствия, в июле 2020 г. обвиняемый вследствие недобросовестного отношения к своим обязанностям произвел осмотр 18-летнего М. ненадлежащим образом, в результате чего у освидетельствуемого не были выявлены психические расстройства и расстройства поведения, при наличии которых противопоказано владение оружием. Как полагают следователи, решение, принятое обвиняемым, имело юридические последствия: на основании него предоставлена лицензия на приобретение оружия. Вину в совершении инкриминируемого деяния обвиняемый на момент подготовки настоящей статьи не признал, и заключен под стражу²⁵.

Как показывает приведенный выше анализ, действующий порядок медицинского освидетельствования на наличие медицинских противопоказаний к владению оружием предусматривает только осмотр врачом-психиатром в целях выявления симптомов и синдромов заболевания, при наличии которого противопоказано владение оружием. В ходе такого осмотра весьма сложно выявить указанные симптомы и синдромы, так как психические особенности, проявляющиеся в речи, мимике, пантомимике, в поведении в целом, часто активно отрицаются и скрываются обследуемыми на ранних этапах развития эмоциональных расстройств. Фактически в настоящее время решение о наличии или об отсутствии противопоказаний к владению гражданским оружием принимается исходя из того, состоит обследуемый на учете по поводу заболевания или нет, имеются явные, внешне выраженные расстройства психики или нет. Даже в случае,

²³ Дмитриева Т. Б., Шостакович Б. В. Агрессия и психическое здоровье : монография. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2002. С. 45–64.

²⁴ Телешева К. Ю. Указ. соч. С. 60.

²⁵ В Нижегородской области врач, обвиняемый в халатности при освидетельствовании юноши, впоследствии совершившего убийство людей, заключен под стражу. 19.10.2020 // URL: <https://sledcom.ru/news/item/1508711/?tab=images> (дата обращения: 27.10.2020).

когда врач-психиатр интуитивно считает нецелесообразной выдачу положительного заключения, он в отсутствие конкретных маркеров лишен правовой и организационной возможности отказать в выдаче заключения. Думается, наличие в распоряжении врача-психиатра результатов психофизиологического обследования не только существенно облегчит принятие решения, но и создаст формальные предпосылки для вынесения объективного заключения, с одной стороны, а с другой — защитит от уголовного преследования при соблюдении нормативно установленной процедуры принятия решения по результатам медицинского освидетельствования на наличие медицинских противопоказаний к владению оружием.

С учетом изложенного для совершенствования правовых основ, регламентирующих порядок реализации прав граждан на приобретение гражданского оружия, владение им, необходимо внести в Федеральный закон от 13.12.1996 № 150-ФЗ «Об оружии» следующие изменения:

1) в ч. 15 ст. 13 первое и второе предложение изложить в следующей редакции: «Для получения лицензии на приобретение оружия гражданин Российской Федерации обязан представить в федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в сфере оборота оружия, или его территориальный орган по месту жительства заявление, составленное по установленной форме, документ, удостоверяющий гражданство Российской Федерации, документы о прохождении соответствующей подготовки и периодической проверки знания правил безопасного обращения с оружием и наличия навыков безопасного обращения с оружием, медицинское заключение об отсутствии медицинских противопоказаний к владению оружием, полученное после прохождения *психологического и психофизиологического исследований*, а также медицинское заключение об отсутствии в организме человека наркотических средств, психотропных веществ и их метаболитов, полученное после прохождения химико-токсикологических исследований наличия в организме человека наркотических средств, психотропных веществ и

их метаболитов, и другие предусмотренные настоящим Федеральным законом документы. Медицинское заключение об отсутствии медицинских противопоказаний к владению оружием, *полученное после прохождения психологического и психофизиологического исследований*, и медицинское заключение об отсутствии в организме человека наркотических средств, психотропных веществ и их метаболитов, полученное после прохождения химико-токсикологических исследований наличия в организме человека наркотических средств, психотропных веществ и их метаболитов, представляются гражданами Российской Федерации, впервые приобретающими гражданское огнестрельное оружие, гражданское огнестрельное оружие ограниченного поражения, газовые пистолеты, револьверы, спортивное пневматическое оружие или охотничье пневматическое оружие»;

2) часть 22 ст. 13 изложить в следующей редакции: «Граждане Российской Федерации, являющиеся владельцами гражданского огнестрельного оружия, гражданского огнестрельного оружия ограниченного поражения, газовых пистолетов, револьверов, спортивного пневматического оружия, охотничьего пневматического оружия, охотничьего метательного стрелкового оружия, не реже одного раза в пять лет обязаны представлять в федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный в сфере оборота оружия, или его территориальный орган медицинское заключение об отсутствии медицинских противопоказаний к владению оружием *без прохождения психологического и психофизиологического исследований* и медицинское заключение об отсутствии в организме человека наркотических средств, психотропных веществ и их метаболитов, полученное после прохождения химико-токсикологических исследований наличия в организме человека наркотических средств, психотропных веществ и их метаболитов. *Для уточнения диагноза (состояния здоровья) освидетельствуемый может быть направлен для прохождения*

психологического и психофизиологического исследований. Граждане Российской Федерации, проходящие службу в государственных военизированных организациях и имеющие воинские звания либо специальные звания

или классные чины юстиции, представляют документы, подтверждающие прохождение ими службы в соответствующей организации и наличие воинского либо специального звания или классного чина юстиции».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антохин Е. Ю., Будза В. Г., Антохина Р. И., Епанчинцева Г. А. Психофизиологическая оценка подростков, совершивших суицидальную попытку // Оренбургский медицинский вестник. — 2020. — Т. 8. — № 2 (30). — С. 51–57.
2. Белянина И. В., Киселева Е. М., Фомичева Л. М. Теоретические основы психодиагностики : учебное пособие. — Москва — Берлин : Директ-Медиа, 2019. — 181 с.
3. В Нижегородской области врач, обвиняемый в халатности при освидетельствовании юноши, впоследствии совершившего убийство людей, заключен под стражу. 19.10.2020 // URL: <https://sledcom.ru/news/item/1508711/?tab=images> (дата обращения: 27.10.2020).
4. Гомонов Н. Д., Сальников В. П. Судебно-психиатрическая экспертиза как этап в расследовании уголовного дела // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. — 2001. — № 2 (10). — С. 77–87.
5. Гомонов Н. Д., Труш В. М., Пирогов П. П., Тимохов В. П. Криминологические аспекты криминальной агрессии // Юридическая наука: история и современность. — 2019. — № 8. — С. 147–155.
6. Гомонов Н. Д., Труш В. М., Тимохов В. П. Личность преступника с психическими девиациями // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия : Экономика и право. — 2018. — № 5. — С. 156–164.
7. Данилова Н. Н. Психофизиология : учебник. — М. : Аспект Пресс, 2012. — 368 с.
8. Деулин Д. В., Алексеев Д. Е. Факторы личностно-профессиональной пригодности кандидатов на службу в органы внутренних дел // Психопедагогика в правоохранительных органах. — 2020. — Т. 25. — № 1 (80). — С. 14–18.
9. Дмитриева Т. Б., Шостакович Б. В. Агрессия и психическое здоровье : монография. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2002. — 464 с.
10. Золотова Е. В. Особенности проведения аттестации сотрудников, не прошедших проверку на профессиональную пригодность к действиям в условиях, связанных с применением физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия // Научный портал МВД России. — 2019. — № 3 (47). — С. 124–131.
11. Зотов М. В. Методологические основы ранней диагностики пограничных нервно-психических расстройств // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 12 : Психология. Социология. Педагогика. — 2009. — № 4. — С. 247–254.
12. Ильин Е. П. Психофизиология состояний человека. — СПб. : Диалект, 2005. — 412 с.
13. Караваев А. Ф., Крук В. М., Носс И. Н., Виноградов М. В. Проблемы личностно-профессиональной диагностики в профотборе кандидатов на службу в органы внутренних дел и оценки надежности сотрудника // Психопедагогика в правоохранительных органах. — 2015. — № 3 (62). — С. 106–113.
14. Корин И. С. Особенности криминалистической методики расследования преступлений, связанных с применением огнестрельного оружия : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2015. — 272 с.
15. Маздогова З. З. Профессиональный психологический отбор на службу в органы внутренних дел Российской Федерации: порядок и трудности // Пробелы в российском законодательстве. — 2019. — № 3. — С. 202–204.
16. Макушкин Е. В., Мохонько А. Р., Муганцева Л. А. Судебно-психиатрическая экспертная служба Российской Федерации в 2018 г. (по материалам отраслевой статистической отчетности Минздрава России) // Психическое здоровье. — 2019. — № 7. — С. 3–15.

17. Нигрей А. А. Идентификация критических состояний оператора опасных производств: первичный анализ данных, выделение признаков // Информационные технологии и автоматизация управления : материалы XI Всероссийской научно-практической конференции студентов, аспирантов, работников образования и промышленности. — Омск, 2020. — С. 112–121.
18. Право и оружие. Стоит ли менять закон об оружии? // URL: <https://iz.ru/1075542/video/pravo-i-oruzhie-stoit-li-meniat-zakon-ob-oruzhii> (дата обращения: 27.10.2020).
19. Практическое руководство по применению МКБ-10 в психиатрии и наркологии / А. А. Чуркин, А. Н. Мартюшов. — М. : ГНЦ СиСП имени В. П. Сербского, 2010. — 132 с.
20. Росгвардия разоружит россиян. В Федеральный закон «Об оружии» собираются внести новые ограничения // Новая газета № 90 от 16.08.2019 С. 18–19 URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2019/08/15/81612-rosgvardiya-razoruzhit-rossiyan> (дата обращения: 27.10.2020).
21. Сафуанов Ф. С., Калашникова А. С., Царьков А. Е. Клинико-психологические факторы криминальной агрессии // Психология и право. — 2017. — Т. 7. — № 4. — С. 44–58.
22. Спасенникова М. Г. К вопросу о медицинском критерии невменяемости // Актуальные проблемы медицины и биологии. — 2018. — № 1. — С. 21–25.
23. Телешева К. Ю. Клинико-социальные характеристики лиц, склонных к импульсивной агрессии // Наука. Исследования. Практика : сборник избранных статей по материалам Международной научной конференции. — СПб., 2020. — С. 59–62.
24. Филиппченкова С. И., Балакшина Е. В. Конструирование психодиагностического инструментария в психологических исследованиях : учебное пособие. — Тверь : Тверской государственный технический университет, 2019. — 80 с.
25. Черненко Е. В. Особенности прогнозирования профессиональной надежности водителей автотранспорта с учетом психофизиологических характеристик // Актуальные проблемы транспортной медицины. — 2013. — № 1 (31). — С. 133–139.

Материал поступил в редакцию 4 ноября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Antohin E. Yu., Budza V. G., Antohina R. I., Epanchineva G. A. Psihofiziologicheskaya ocenka podrostkov, sovershivshih suicidalnuyu popytku // Orenburgskij medicinskij vestnik. — 2020. — Т. 8. — № 1 (30). — С. 51–57.
2. Belyanina I. V., Kiseleva E. M., Fomicheva L. M. Teoreticheskie osnovy psihodiagnostiki : uchebnoe posobie. — Moskva — Berlin : Direkt-Media, 2019. — 181 s.
3. V Nizhegorodskoj oblasti vrach, obvinyaemyj v halatnosti pri osvidetelstvovanii yunoshi, vposledstviy sovershivshogo ubijstvo lyudej, zaklyuchen pod strazhu. 19.10.2020 // URL: <https://sledcom.ru/news/item/1508711/?tab=images> (data obrashcheniya: 27.10.2020).
4. Gomonov N. D., Salnikov V. P. Sudebno-psihiatricheskaya ekspertiza kak etap v rassledovanii ugolovnogo dela // Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii. — 2001. — № 1 (10). — С. 77–87.
5. Gomonov N. D., Trush V. M., Pirogov P. P., Timohov V. P. Kriminologicheskie aspekty kriminalnoj agressii // Yuridicheskaya nauka: istoriya i sovremennost. — 2019. — № 8. — С. 147–155.
6. Gomonov N. D., Trush V. M., Timohov V. P. Lichnost prestupnika s psihicheskimi deviaciyami // Sovremennaya nauka: aktualnye problemy teorii i praktiki. Seriya : Ekonomika i pravo. — 2018. — № 5. — С. 156–164.
7. Danilova N. N. Psihofiziologiya : uchebnik. — М. : Aspekt Press, 2012. — 368 s.
8. Deulin D. V., Alekseev D. E. Faktory lichnostno-professionalnoj prigodnosti kandidatov na sluzhbu v organy vnutrennih del // Psihopedagogika v pravoohranitelnyh organah. — 2020. — Т. 25. — № 1 (80). — С. 14–18.

9. Dmitrieva T. B., Shostakovich B. V. *Agressiya i psicheskoe zdorove : monografiya.* — SPb. : Yuridicheskij centr-Press, 2002. — 464 s.
10. Zolotova E. V. *Osobennosti provedeniya attestacii sotrudnikov, ne proshedshih proverku na professionalnuyu prigodnost k dejstviyam v usloviyah, svyazannyh s primeneniem fizicheskoy sily, specialnyh sredstv i ognestrelnogo oruzhiya // Nauchnyj portal MVD Rossii.* — 2019. — № 1 (47). — S. 124–131.
11. Zotov M. V. *Metodologicheskie osnovy rannej diagnostiki pogranych nervno-psicheskikh rasstrojstv // Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Seriya 12 : Psichologiya. Sociologiya. Pedagogika.* — 2009. — № 4. — S. 247–254.
12. Ilin E. P. *Psichofiziologiya sostoyanij cheloveka.* — SPb. : Dialekt, 2005. — 412 s.
13. Karavaev A. F., Kruk V. M., Noss I. N., Vinogradov M. V. *Problemy lichnostno-professionalnoj diagnostiki v profotbore kandidatov na sluzhbu v organy vnutrennih del i ocenki nadezhnosti sotrudnika // Psichopedagogika v pravoohranitelnyh organah.* — 2015. — № 1 (62). — S. 106–113.
14. Korin I. S. *Osobennosti kriminalisticheskoy metodiki rassledovaniya prestuplenij, svyazannyh s primeneniem ognestrelnogo oruzhiya : dis. ... kand. yurid. nauk.* — M., 2015. — 272 s.
15. Mazdogova Z. Z. *Professionalnyj psichologicheskij otbor na sluzhbu v organy vnutrennih del Rossijskoj Federacii: poryadok i trudnosti // Probely v rossijskom zakonodatelstve.* — 2019. — № 3. — S. 202–204.
16. Makushkin E. V., Mohonko A. R., Muganceva L. A. *Sudebno-psichiatricheskaya ekspertnaya sluzhba Rossijskoj Federacii v 2018 g. (po materialam otraslevoj statisticheskoy otchetnosti Minzdrava Rossii) // Psicheskoe zdorove.* — 2019. — № 7. — S. 3–15.
17. Nigrej A. A. *Identifikaciya kriticheskikh sostoyanij operatora opasnyh proizvodstv: pervichnyj analiz dannyh, vydelenie priznakov // Informacionnye tekhnologii i avtomatizaciya upravleniya : materialy XI Vserossijskoj nauchno-prakticheskoy konferencii studentov, aspirantov, rabotnikov obrazovaniya i promyshlennosti.* — Omsk, 2020. — S. 112–121.
18. *Pravo i oruzhie. Stoit li menyat zakon ob oruzhii? // URL: <https://iz.ru/1075542/video/pravo-i-oruzhie-stoit-li-meniat-zakon-ob-oruzhii> (data obrashcheniya: 27.10.2020).*
19. *Prakticheskoe rukovodstvo po primeneniyu MKB-10 v psichiatrii i narkologii / A. A. Churkin, A. N. Martyushov.* — M. : GNC SiSP imeni V. P. Serbskogo, 2010. — 132 s.
20. *Rosgvardiya razoruzhit rossiyan. V Federalnyj zakon «Ob oruzhii» sobirayutsya vnesti novye ogranicheniya // Novaya gazeta № 90 ot 16.08.2019 S. 18–19 URL: <https://novayagazeta.ru/articles/2019/08/15/81612-rosgvardiya-razoruzhit-rossiyan> (data obrashcheniya: 27.10.2020).*
21. Safuanov F. S., Kalashnikova A. S., Carkov A. E. *Kliniko-psichologicheskie faktory kriminalnoj agressii // Psichologiya i pravo.* — 2017. — T. 7. — № 4. — S. 44–58.
22. Spasennikova M. G. *K voprosu o medicinskom kriterii nevmenyaemosti // Aktualnye problemy mediciny i biologii.* — 2018. — № 1. — S. 21–25.
23. Telesheva K. Yu. *Kliniko-socialnye harakteristiki lic, sklonnyh k impulsivnoj agressii // Nauka. Issledovaniya. Praktika : sbornik izbrannyh statej po materialam Mezhdunarodnoj nauchnoj konferencii.* — SPb., 2020. — S. 59–62.
24. Filippchenkova S. I., Balakshina E. V. *Konstruirovaniye psichodiagnosticheskogo instrumentariya v psichologicheskikh issledovaniyah : uchebnoe posobie.* — Tver : Tverskoj gosudarstvennyj tekhnicheskij universitet, 2019. — 80 s.
25. Chernenko E. V. *Osobennosti prognozirovaniya professionalnoj nadezhnosti voditelej avtotransporta s uchetom psichofiziologicheskikh harakteristik // Aktualnye problemy transportnoj mediciny.* — 2013. — № 1 (31). — S. 133–139.

Правовое регулирование редомициляции в Российской Федерации

Аннотация. Летом 2020 г. Российская Федерация приступила к корректировке соглашений об избежании двойного налогообложения, заключенных с иностранными государствами. Президентом РФ обозначена цель данного мероприятия — обеспечить взимание налога с дивидендов и иных выплат в размере не менее 15 %. Чрезвычайно любопытно, что изменение налоговых соглашений в данном направлении коррелирует с правовым институтом редомициляции иностранных компаний в российскую юрисдикцию (в специальные административные районы на островах Октябрьский и Русский). Новые положения соглашений об избежании двойного налогообложения в совокупности с процедурой редомициляции, а также ранее созданным механизмом добровольного декларирования счетов и активов потенциально способны вывести борьбу с офшоризацией отечественной экономики на новый уровень.

Целью исследования выступает сравнение финансовых и иных условий деятельности международной компании, зарегистрированной в порядке редомициляции в российском специальном административном районе, и организации, зарегистрированной в «низконалоговой» (офшорной) юрисдикции. Для достижения поставленной цели применялись аналитический и сравнительно-правовой методы исследования, которые позволили сделать следующие выводы: в изменяющихся обстоятельствах российские специальные административные районы приближаются по условиям осуществления коммерческой деятельности и объему предоставляемых финансовых преференций к традиционным офшорным юрисдикциям. Однако для того, чтобы активизировать процесс редомициляции иностранных компаний на острова Октябрьский и Русский, необходимо устранить недостатки правового регулирования путем внесения изменений в действующие нормативные правовые акты.

Ключевые слова: редомициляция; международные компании; специальные административные районы; остров Октябрьский; остров Русский; офшоры; соглашения об избежании двойного налогообложения; деофшоризация экономики; добровольное декларирование активов и счетов; доходы бюджета.

Для цитирования: Кондукторов А. С. Правовое регулирование редомициляции в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 43–56. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.043-056.

© Кондукторов А. С., 2021

* Кондукторов Антон Сергеевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры таможенного, административного и финансового права Саратовского национального исследовательского государственного университета имени Н. Г. Чернышевского
Астраханская ул., д. 83, г. Саратов, Россия, 410012
ask-87@mail.ru

Legal Regulation of Re-Domiciliation in the Russian Federation

Anton S. Konduktorov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Customs, Administrative and Financial Law, Saratov National Research State University named after N. G. Chernyshevsky
ul. Astrakhanskaya, d. 83, Saratov, Russia, 410012
ack-87@mail.ru

Abstract. In summer 2020, the Russian Federation initiated amendments to agreements on double taxation avoidance concluded with foreign States. The President of the Russian Federation outlined the goal of this procedure, namely: to ensure the collection of tax on dividends and other payments in the amount of at least 15%. It is extremely curious that the change in such tax agreements correlates with the legal institution of the re-domiciliation of foreign companies to the Russian jurisdiction (to special administrative regions on the Oktyabrsky and Russian Islands). New provisions of agreements on the avoidance of double taxation in conjunction with the re-domiciliation procedure, as well as the existing mechanism for voluntary declaration of accounts and assets, can potentially bring the fight against offshorization of the domestic economy to a new level.

The aim of the study is to compare the financial and other operating conditions of an international company registered in the order of re-domiciliation in a Russian special administrative region and an organization registered in a "low-tax" (offshore) jurisdiction. To achieve this goal, analytical and comparative legal research methods were used, which made it possible to draw the following conclusions: in the changing circumstances, the Russian special administrative regions are approaching in terms of the conditions for carrying out commercial activities and the volume of financial preferences provided to traditional offshore jurisdictions. However, in order to activate the process of re-domiciliation of foreign companies to the Oktyabrsky and Russian Islands, it is necessary to eliminate the shortcomings of legal regulation by amending the existing regulatory legal acts.

Keywords: re-domiciliation; international companies; special administrative regions; Oktyabrsky Island; Russian island; offshore; agreements on avoidance of double taxation; deoffshorization of the economy; voluntary declaration of assets and accounts; budget revenues.

Cite as: Konduktorov AS. Pravovoe regulirovanie redomitsilyatsii v Rossiyskoy Federatsii [Legal Regulation of Redomiciliation in the Russian Federation]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):43-56. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.043-056. (In Russ., abstract in Eng.).

3 августа 2018 г. был принят Федеральный закон № 290-ФЗ «О международных компаниях и международных фондах»¹ (далее — Закон о международных компаниях), который отечественная пресса чрезвычайно эффективно, хотя и юридически неточно, нарекла «законом о российских офшорах»². Данный правовой акт создал основу для так называемой

редомициляции иностранных компаний в российскую правовую юрисдикцию.

В самом общем виде редомициляцию определяют как «изменение личного закона юридического лица вследствие перехода его из одной национальной юрисдикции в другую без потери его правосубъектности»³. Она «предполагает изменение государства регистрации... на дру-

¹ Федеральный закон от 03.08.2018 № 290-ФЗ «О международных компаниях и международных фондах» (в ред. от 26.11.2019) // СЗ РФ. 2018. № 32 (ч. I). Ст. 5083.

² См., например: Острова специального назначения: нужны ли России государственные офшоры // URL: <https://www.rbc.ru/opinions/economics/14/06/2018/5b2252d59a7947533ae5010b> (дата обращения: 13.10.2020).

³ Газдюк Н. Ю. Редомицилирование (редомициляция) юридических лиц в контексте евразийской экономической интеграции (частноправовой аспект) // Беларусь в современном мире : материалы XVIII Меж-

гое государство регистрации... при сохранении активов, прав и обязанностей по ранее заключенным сделкам»⁴.

Исходя из положений указанного Закона редомициляция в РФ является комплексным организационно-правовым процессом, предусматривающим смену национальной правовой принадлежности (с иностранной на российскую), сопровождающуюся присвоением специфического статуса «международной компании».

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о международных компаниях редомициляцию можно осуществить лишь на две территории, именуемые специальными административными районами, — остров Октябрьский Калининградской области и остров Русский Приморского края (их правовое положение урегулировано Федеральным законом от 03.08.2018 № 291-ФЗ «О специальных административных районах на территориях Калининградской области и Приморского края»⁵).

Таким образом, правовой механизм редомициляции начал действовать и стал доступен для использования еще в 2018 г., однако так и не приобрел популярность. По оперативным данным АО «Корпорация развития Калининградской области», по состоянию на 25 сентября 2020 г. на острове Октябрьский зарегистрировано 33 международных компании⁶. На острове Русский, согласно отчету АО «Корпорация развития Дальнего Востока» за 2019 г.⁷, действуют всего 2 участника этого специального административного района. Изложенное свидетельствует о непривлекательности и малоэффективности российской редомициляции как правового института.

Причин не слишком высокой активности иностранных организаций в изменении националь-

ной правовой принадлежности как минимум несколько. Разумеется, редомициляция влечет для перешедшей в российскую юрисдикцию компании наступление целого комплекса правовых последствий, не все из которых желательны для редомицилянта. Но это едва ли можно считать главной проблемой. Представляется, что основная причина непопулярности редомициляции в РФ состоит в следующем: для иностранных компаний, в первую очередь контролируемых российскими бенефициарами и тесно связанных с внутрироссийскими экономическими отношениями, по-прежнему значительно более выгодны офшорные юрисдикции. Действующая система межгосударственных договоров об избежании двойного налогообложения позволяет выстраивать организационно-управленческие схемы, при которых зарегистрированная в офшоре компания помогает уклониться от уплаты значительной части налогов в государстве фактического осуществления коммерческой деятельности. Поэтому редомициляция иностранных организаций в РФ не выглядит (по крайней мере до последнего времени) мероприятием, сулящим ощутимые преимущества, тем более в сравнении с «офшорными выгодами».

Как известно, государством, недополучающим налоговые доходы в результате включения в схемы корпоративного управления зарегистрированных в офшорах компаний, является и Российская Федерация. Однако следует полагать, что наша страна всерьез намерена решить данную проблему: в 2020 г. Россия начала планомерную работу по корректировке соглашений об избежании двойного налогообложения. 25 марта 2020 г. Президент РФ упомянул⁸ проблему уклонения от уплаты налогов и

дунар. науч. конференции, посвящ. 98-летию образования Белорусского государственного университета. Минск : БГУ, 2019. С. 174.

⁴ Долинская В. В. Редомициляция или «трансграничная миграция компаний» // Проблемы современного законодательства России и зарубежных стран : материалы VIII Междунар. науч.-практ. конференции. Иркутск : Иркутский институт (филиал) ВГУЮ, 2019. С. 155.

⁵ СЗ РФ. 2018. № 32 (ч. I). Ст. 5084.

⁶ URL: <https://www.russiasar.com/tpost/xhIk5I4ifc-25-sentyabrya-2020-goda-v-spetsialnom-ad> (дата обращения: 02.10.2020).

⁷ URL: <https://erdc.ru/about-sar/> (дата обращения: 02.10.2020).

⁸ Обращение Президента РФ от 25.03.2020 «К гражданам России» // Российская газета. 2020. № 65.

дал поручение Правительству скорректировать заключенные с иностранными государствами договоры об избежании двойного налогообложения таким образом, чтобы ставка налога на дивиденды (и иные выплачиваемые проценты) составила 15 %.

В результате уже 8 сентября 2020 г. был подписан Протокол об изменении соглашения об избежании двойного налогообложения с Кипром⁹; 13 августа 2020 г. был согласован, а 1 октября 2020 г. подписан Протокол о внесении изменений в соглашение об избежании двойного налогообложения с Республикой Мальта¹⁰; 6 октября 2020 г. Министерству финансов распоряжением Правительства РФ поручено провести соответствующие переговоры с Люксембургом¹¹. Данные протоколы существенно сни-

зили привлекательность схем, выстраиваемых с использованием Кипра и Мальты непосредственно в качестве низконалоговых юрисдикций либо в качестве «транзитных» пунктов на пути в иные офшоры¹². Следует полагать, что если работа по модификации договоров об избежании двойного налогообложения будет продолжена, то применение в целях уклонения от уплаты налогов компаний, зарегистрированных в офшорных юрисдикциях, будет со временем становиться все более и более сложным и все менее и менее выгодным.

Однако нельзя не обратить внимание на то обстоятельство, что «обесценение» традиционных офшоров, выражающееся в снижении преимуществ, получаемых в результате их использования, актуализирует процедуру редо-

⁹ Протокол о внесении изменений в Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Кипр об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал от 05.12.1998 (подписан в г. Никосии 8 сентября 2020 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Информационное сообщение Министерства финансов РФ от 14.08.2020 «О согласовании проекта Протокола о внесении изменений в налоговое соглашение между Российской Федерацией и Мальтой» // URL: https://minfin.gov.ru/ru/document/?id_4=131239-informatsionnoe_sobshchenie_o_soglasovanii_proekta_protokola_o_vnesenii_izmenenii_v_nalogovoe_soglasenie_mezhdu_rossiiskoi_federatsiei_i_maltoi (дата обращения: 13.10.2020) ; Протокол о внесении изменений в Конвенцию между Правительством Российской Федерации и Правительством Мальты об избежании двойного налогообложения и о предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы от 24.04.2013 (подписан в г. Москве 1 октября 2020 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Распоряжение Правительства РФ от 06.10.2020 № 2570-р «О подписании Протокола о внесении изменений в Соглашение между Российской Федерацией и Великим Герцогством Люксембург об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество от 28.06.1993» // СЗ РФ. 2020. № 41. Ст. 6494.

¹² Необходимо отметить, что ряд изменений, произошедших в национальных законодательствах Республики Кипр и Республики Мальта, послужили основанием для их исключения из «перечня офшоров», утвержденного Минфином России (приказ Минфина РФ от 13.11.2007 № 108н «Об утверждении Перечня государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (офшорные зоны)» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2007. № 50). Тем не менее фактическая реализация Кипром и Мальтой указанных законодательных изменений вызывает сомнения, поэтому данные страны по-прежнему пользуются репутацией офшорных территорий. Необходимость же использования «транзитных» (если можно так выразиться) государств обусловлена тем, что Российская Федерация, как правило, не заключает соглашения об избежании двойного налогообложения с государствами, включенными в «перечень офшоров». Поэтому использование для уклонения от уплаты налогов компаний, зарегистрированных в офшорах, возможно только с применением организаций, зарегистрированных в «транзитных» юрисдикциях — то есть в государствах, которые заключили соглашения об избежании двойного налогообложения как с РФ, так и с офшорной территорией.

мициляции иностранных компаний в российскую правовую юрисдикцию, придавая новый импульс применению Закона о международных компаниях.

В связи с изложенным целью настоящего исследования выступает сравнительный анализ правовых условий деятельности в специальных административных районах РФ и условий деятельности, предоставляемых традиционными офшорами. Для достижения обозначенной цели необходимо решение следующих вопросов: способна ли российская правовая конструкция международной компании эффективно заменить конструкцию организации, зарегистрированной в офшорной юрисдикции? Привлекательна ли редомициляция в РФ с финансово-правовой и организационной точки зрения? Какие корректировки необходимо внести в законодательство, чтобы повысить привлекательность редомициляции?

Необходимо отметить, что «офшорная тематика» исследуется в основном представителями экономической науки, что обуславливает неправовой взгляд на проблему: анализируются мировые финансовые потоки¹³; трансграничное движение денежных средств рассматривается с позиций эффективности инвестиций¹⁴. Юридическая (точнее — организационно-правовая) сторона данного вопроса исследована значительно скромнее.

Редомициляция как правовой институт пока вовсе не получила должной научной рефлексии в отечественной литературе. Например, электронная библиотека Elibrary.ru по поисковому запросу «редомициляция» выводит перечень из 17 публикаций (по состоянию на 20 октября 2020 г.), общее число цитирований которых равно семи¹⁵. Кроме того, большая часть работ

по вопросу редомициляции носит гражданско-правовую, а не финансовую направленность.

Однако еще менее «популярны» у исследователей вопросы изменения соглашений об избежании двойного налогообложения. Это обусловлено, конечно же, новизной тематики — лишь 25 марта 2020 г. Президент РФ дал старт этому направлению государственно-организационной и научно-исследовательской работы. Корректировка указанных соглашений на данный момент упоминается в считаном числе источников¹⁶.

Представляется, что комплексное исследование данной проблематики по трем указанным направлениям (деофшоризация, редомициляция, изменение налоговых соглашений) не только интересно и перспективно, но и объективно необходимо.

Поэтому рассмотрим правовой статус международной компании, возникшей в результате редомициляции в российскую юрисдикцию, и сравним его с правовым положением офшорной организации по следующим параметрам:

- 1) налогообложение;
- 2) валютное регулирование;
- 3) обеспечение конфиденциальности информации;
- 4) исходная государственная принадлежность иностранной компании;
- 5) международный характер осуществления хозяйственной деятельности;
- 6) обязательность инвестиционной деятельности;
- 7) возможность принудительного прекращения статуса международной компании.

Как известно, большинство офшорных юрисдикций по перечисленным параметрам имеют высокую степень привлекательности (или «пра-

¹³ Хейфец Б. А. Роль офшоров в глобальной экономике // *Мировая экономика и международные отношения*. 2008. № 11. С. 67–76.

¹⁴ Туруев И. Б. Офшоры — тормоз развития или экономическая необходимость // *Вестник МГИМО*. 2014. № 1. С. 136–140.

¹⁵ При этом из 7 цитат 6 отсылают к работе В. А. Канашевского (*Канашевский В. А. Международная компания как особый вид юридического лица // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2018. № 6. С. 104–108).

¹⁶ См., например: *Парамонова А. В., Смирнов Е. Н. Международная конкуренция офшорных юрисдикций за привлечение иностранного капитала // Вестник евразийской науки*. 2020. № 3.

вовой свободы») для зарегистрированных на их территориях компаний¹⁷. Попробуем выяснить, как обстоят дела в данной сфере в российских специальных административных районах.

1. Налогообложение. По логике законодателя главным преимуществом островов Октябрьский и Русский, способным привлечь иностранные компании в российскую правовую юрисдикцию, является «облегченный» режим налогообложения, выражающийся в предоставлении ряда преференций. Главные из них сводятся к следующим положениям:

- подпункт 1.1 п. 3 ст. 284 Налогового кодекса РФ¹⁸ предусматривает обложение дивидендов, полученных международной компанией, налогом на прибыль организаций по ставке 0 %;
- дивиденды, выплачиваемые международными компаниями иностранным лицам, облагаются по ставке 5 %. При этом данная налоговая ставка применяется как к налогу на прибыль организаций (пп. 1.2 п. 3 ст. 284 НК РФ), так и к налогу на доходы физических лиц (абз. 8 п. 3 ст. 224 НК РФ);
- прибыль в виде доходов международной компании от реализации акций (или долей участия в уставном капитале) российских и иностранных организаций облагается налогом на прибыль организаций по ставке 0 % (п. 4.1 ст. 284 НК РФ) при соблюдении положений ст. 284.7 НК РФ.

Применение перечисленных налоговых преференций ограничено соблюдением ряда условий, основным из которых является соответствие международной компании статусу холдинговой. Данный статус устанавливается

на основе критериев, перечисленных в ст. 24.2 НК РФ. Они сводятся к своевременному раскрытию финансовой информации (предоставление финансовой отчетности и положительного аудиторского заключения) и необходимости установления контроля над компанией со стороны ее бенефициаров до 1 января 2017 г.

Может показаться, что перечисленные налоговые преимущества не столь значительны по сравнению с некоторыми офшорами, которые предоставляют не меньшие преференции почти без предварительных условий. Однако, оценивая положения НК РФ, следует держать в уме описанное выше изменение соглашений об избежании двойного налогообложения: применение нулевой ставки по налогу на прибыль при получении международной компанией дивидендов (даже при необходимости соблюсти некоторые дополнительные условия), несомненно, намного выгоднее удержания 15 % от выплачиваемой суммы дивидендов на основании договора об избежании двойного налогообложения. Последовательное изменение Российской Федерацией данных договоров делает совокупный финансовый результат налогообложения в российских специальных административных районах как минимум сопоставимым с финансовым результатом налогообложения в офшорных юрисдикциях (а в некоторых случаях, возможно, и более выгодным)¹⁹.

В свою очередь, в твердости намерений Правительства РФ изменить соглашения об избежании двойного налогообложения сомневаться не приходится. Подтверждением этому является упоминавшийся выше пример Кипра: на начальной стадии переговоров представи-

¹⁷ См., например: *Доронина Н. Г.* Правовое регулирование офшорных зон по российскому законодательству // Журнал российского права. 2012. № 6. С. 107–111; *Панова Г. С., Туруев И. Б., Ярыгина И. З.* Деофшоризация как фактор развития национальной экономики // Вестник МГИМО. 2014. № 2. С. 102–112.

¹⁸ СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

¹⁹ Необходимо учитывать, что работа по совершенствованию налогообложения международных компаний продолжается: 02.07.2020 издано распоряжение Правительства РФ № 1723-р «Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») реализации механизма управления системными изменениями нормативно-правового регулирования предпринимательской деятельности «Трансформация делового климата» «Корпоративное управление, специальные административные районы, процедура банкротства, оценочная деятельность»» (СЗ РФ. 2020. № 29. Ст. 4689), предусматривающее подготовку дополнительных налоговых преференций для редомицилированных в РФ иностранных организаций.

тели кипрской стороны предприняли попытки согласовать изменения, нивелирующие для Российской Федерации желаемый эффект и размывающие сами цели корректировки налогового соглашения. В ответ Минфин РФ 3 августа 2020 г. объявил о процедуре денонсации российско-кипрского договора об избежании двойного налогообложения²⁰. В результате этого своеобразного ультиматума Республика Кипр приняла предлагаемые условия и подписала Протокол о внесении изменений в соглашение об избежании двойного налогообложения в желаемом РФ виде.

2. Валютное регулирование. Валютно-правовой режим международной компании урегулирован наиболее просто и непротиворечиво. Действующее законодательство РФ, в первую очередь Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»²¹, содержит закрытый перечень ограничений на совершение валютных операций. Большая часть из них распространяется на лиц, обладающих статусом валютного резидента РФ. Организации, не являющиеся резидентами, вынуждены претерпевать значительно меньшее количество валютных ограничений. Подпункт «е.1» п. 7 ч. 1 ст. 1 указанного Федерального закона устанавливает, что редомицилированные в РФ иностранные организации признаются нерезидентами, что автоматически исключает применение к ним подавляющего числа валютных ограничений. В частности, нерезиденты вправе без ограничений осуществлять между собой переводы иностранной валюты и валюты Российской Федерации (как со счетов в иностранных банках на счета в российских банках, так и наоборот); на нерезидентов не распространяются требования о репатриации валюты; ограничения на совершение валютных операций между нерезидентами и резидентами также фактически отсутствуют.

Подобный подход законодателя к регулированию валютной деятельности редомицилированных организаций следует признать наиболее гибким и привлекательным, так как ограничения

на совершение валютных операций, в том числе на перевод денежных средств в РФ (из РФ), явно не добавляют привлекательности статусу международной компании.

3. Обеспечение конфиденциальности информации. Соккрытие сведений о происхождении капитала и его действительных владельцах (бенефициарах) считается одним из основных преимуществ использования офшоров. Действительно, «безналоговые/низконалоговые» юрисдикции, как правило, тщательно оберегают информацию о владельцах зарегистрированных на их территории компаний и не предусматривают ни предоставления соответствующих сведений при проведении финансовых операций, ни их раскрытия в порядке оказания взаимной правовой помощи.

Закон о международных компаниях содержит аналогичную правовую норму: «Доступ к... сведениям (документам, содержащим сведения) об участниках международной компании, о лице, имеющем право без доверенности действовать от имени международной компании, ограничивается... на основании заявления международной компании» (ч. 1 ст. 6). Однако данное положение не исключает доступа к соответствующей информации для российских уполномоченных органов — Федеральной налоговой службы, Росфинмониторинга, Центрального банка и др. (ч. 3 ст. 6 Закона о международных компаниях). Учитывая, что положения о редомициляции ориентированы в первую очередь на возвращение в РФ иностранных компаний, страной происхождения капитала которых является Россия, доступность для отечественных государственных органов соответствующей информации является нежелательной для их бенефициаров. Сам факт использования фактическими владельцами офшорных компаний «безналоговых/низконалоговых» юрисдикций часто обусловлен именно необходимостью скрыть определенные сведения от национальных (в данном случае российских) контролирующих органов.

Описанное противоречие могло бы стать существенным препятствием для редомициляции

²⁰ URL: https://minfin.gov.ru/ru/press-center/?id_4=37137 (дата обращения: 17.10.2020).

²¹ СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

иностранных компаний российского происхождения в РФ. Преодолеть это препятствие законодатель попытался посредством Федерального закона от 08.06.2015 № 140-ФЗ «О добровольном декларировании физическими лицами активов и счетов (вкладов) в банках и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»²² (далее — Закон о добровольном декларировании). Закон предусматривал освобождение от юридической ответственности лиц, задекларировавших в добровольном порядке свои счета и иные активы²³. Указанный Закон имел срочное действие и подлежал реализации в три этапа, последний из которых ограничивался периодом с 1 июня 2019 г. по 29 февраля 2020 г. При этом добровольное декларирование (сопровождающееся освобождением от юридической ответственности) в течение третьего этапа имело обязательным условием процедуру редомициляции контролируемых декларантом иностранных компаний в РФ.

Данный механизм потенциально снимает описанное выше противоречие — между желанием скрыть определенную информацию от российских контролирующих органов и необходимостью раскрыть им соответствующие сведения. Но здесь есть один недостаток: третий этап добровольного декларирования, как указано выше, уже завершился. То есть воспользоваться при редомициляции указанным механизмом после 29 февраля 2020 г. невозможно. Это снова актуализирует описанное препятствие на пути изменения иностранной правовой юрисдикции на российскую.

Однако в данном контексте не вполне понятно, почему необходимо ограничивать третий этап добровольного декларирования определенным сроком? Представляется, что следует распространить действие Закона о добровольном декларировании на случаи редомициляции иностранных компаний в РФ без ограничения во времени. Это стало бы дополнительным импульсом для «возвращения на Родину» офшорных организаций, принадлежащих российским бенефициарам, в условиях изменения договоров об избежании двойного налогообложения.

4. Исходная государственная принадлежность иностранной компании. В соответствии с п. 4 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях процедурой редомициляции в российскую правовую юрисдикцию могут воспользоваться лишь иностранные организации, зарегистрированные «в государстве, которое является членом или наблюдателем Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) и (или) членом Комитета экспертов Совета Европы по оценке мер противодействия отмыванию денег и финансированию терроризма (Манивэл)».

Попробуем оценить, как соотносятся между собой обозначенные данной правовой нормой государства и круг территорий, обобщенно именуемых «офшорные юрисдикции».

Как уже было сказано, в Российской Федерации исчерпывающий перечень офшоров²⁴ закреплен в приказе Министерства финансов РФ от 13.11.2007 № 108н (далее — Приказ № 108н). На данный момент только шесть из 40 территорий, предусмотренных данным приказом, удо-

²² СЗ РФ. 2015. № 24. Ст. 3367.

²³ Следует отметить, что целесообразность подобного «великодушия» Российской Федерации является неоднозначной и спорной. Имеет ли смысл освобождение лиц, добровольно задекларировавших счета и активы, от налоговой, административной и тем более уголовной ответственности даже без компенсации вреда, причиненного бюджетной системе, — вопрос, требующий самостоятельного исследования. Однако вступление в силу Закона о добровольном декларировании подтверждает, что в настоящий момент Российская Федерация признает подобный механизм целесообразным. Не будем спорить с законодателем и некритично воспримем данную позицию.

²⁴ Отметим, что понятие «офшор» используется среди экспертов, в СМИ и научной литературе в достаточно широком смысле. Иногда офшорами называют и вполне уважаемые государства (например, Швейцарию — за высокие стандарты конфиденциальности информации, Ирландию — за низкие ставки по налогу на прибыль), хотя правомерность подобного мнения требует дополнительного обоснования.

влетворяют требованиям п. 4 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях:

- 1) Лихтенштейн — член Манивэл;
- 2) Малайзия (остров Лабуан) — член ФАТФ;
- 3) Монако — член Манивэл;
- 4) Сан-Марино — член Манивэл;
- 5) острова Кюрасао и Сен-Мартен входят в состав Королевства Нидерландов, которое является членом ФАТФ;
- 6) остров Мэн и Нормандские острова (Гернси, Джерси, Сарк и Олдерни) входят в состав Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, которое является членом ФАТФ²⁵.

Следует отметить, что редомициляция также возможна из ряда государств, исключенных из перечня, утвержденного Приказом № 108н, но сохраняющих в силу ряда особенностей национального законодательства «традиционную офшорную репутацию». К таковым относятся Кипр — член Манивэл (исключен из Приказа № 108н с 1 января 2013 г.), Мальта — член Манивэл (исключена из Приказа № 108н с 1 января 2015 г.) и Гонконг — член ФАТФ (исключен из Приказа № 108н с 1 января 2018 г.).

Из вышеизложенного следует, что в Группе разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) или Комитете экспертов Совета Европы по оценке мер противодействия отмыванию денег и финансированию терроризма (Манивэл) участвует абсолютное меньшинство государств и территорий, перечисленных в Приказе № 108н. Таким образом, для иностранных организаций, зарегистрированных в большинстве государств, признаваемых Российской Федерацией офшорами, процедура редомициляции недоступна.

Данное ограничение выглядит необоснованным: не усматривается никаких разумных поводов для подобного запрета на переход

иностранных организаций в российскую юрисдикцию. Следует полагать, что иностранные организации российского происхождения присутствуют и на тех офшорных территориях, которые не сочли необходимым присоединиться к ФАТФ или Манивэл. И Российская Федерация не менее заинтересована в их возвращении в отечественную юрисдикцию. Поэтому прямой запрет на редомициляцию из государств, не участвующих в ФАТФ или Манивэл, нецелесообразен. В любом случае правовая система РФ в большей мере соответствует стандартам ФАТФ, чем законодательство государств, перечисленных в Приказе № 108н. Это означает, что редомициляция иностранных компаний из указанных государств на острова Октябрьский и Русский существенно улучшила бы правовое регулирование их деятельности (в части соответствия международным стандартам в области борьбы с отмыванием денег).

Таким образом, полная отмена ограничений по признаку государственной принадлежности (то есть п. 4 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях) могла бы увеличить число иностранных компаний, желающих воспользоваться процедурой российской редомициляции в условиях изменения заключенных РФ соглашений об избежании двойного налогообложения.

5. Международный характер осуществления хозяйственной деятельности. Пункт 1 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях (в ред. от 26.11.2019) предусматривает, что статус международной компании предоставляется иностранному юридическому лицу, которое «на момент принятия решения об изменении своего личного закона, но в любом случае не позднее 1 января 2018 года... осуществляет хозяйственную деятельность на территории нескольких государств, в том числе на территории Российской Федерации». Это исключает из числа

Не затрагивая вопросов детерминации понятий, ограничимся прямым упоминанием лишь территорий, «официально признанных» Российской Федерацией офшорными юрисдикциями и включенных в Приказ № 108н (тем более что полученные выводы имеют универсальное значение и допускают расширительное толкование).

²⁵ FATF Members and Observers // URL: <http://www.fatf-gafi.org/> (дата обращения: 06.10.2020) ; Members and observers // URL: <https://www.coe.int/en/web/moneyval/moneyval-brief/members> (дата обращения: 06.10.2020).

потенциальных редомицилянтов две группы организаций:

- 1) иностранные компании, которые по каким-либо причинам, например в связи с международными санкциями, прекратили хозяйственную деятельность в РФ. Буквальное толкование указанной правовой нормы не позволяет таким организациям (в том числе отечественного происхождения) сменить иностранную юрисдикцию на российскую. Однако есть основания полагать, что Российская Федерация намерена устранить данное препятствие: Министерством экономического развития подготовлен законопроект (ID04/13/08-20/00107575²⁶), предусматривающий исключение требования об осуществлении хозяйственной деятельности в РФ из п. 1 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях. Следует уточнить, что на момент подготовки данной статьи указанный законопроект не был внесен для рассмотрения в Государственную Думу РФ, поэтому его нормативные перспективы пока не ясны;
- 2) исходя из п. 1 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях не могут претендовать на редомициляцию в РФ иностранные компании, осуществляющие хозяйственную деятельность исключительно в одном государстве. Хотя здесь возможна некоторая двусмысленность толкования: что понимать под термином «хозяйственная деятельность»? Достаточно ли редомицилянту для подтверждения факта осуществления хозяйственной деятельности являться учредителем юридического лица (сдавать финансовую отчетность и уплачивать налоги) в государстве, отличным от государства его национальной принадлежности? Или же «хозяйственная деятельность» предполагает ее фактическое осуществление — производство товаров, работ, услуг? Закон не дает ответа. Однако, в любом случае, в требовании осуществле-

ния хозяйственной деятельности не менее чем в двух государствах не усматривается созидательной логики: на достижение какого положительного эффекта направлено данное условие? Кажется, что оно преследует единственную цель — оправдать присвоение редомицилированной в РФ организации наименования международной компании.

Таким образом, нормы п. 1 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях лишь ограничивают процесс редомициляции и препятствуют достижению целей данного Закона. В связи с изложенным необходимо исключить из п. 1 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях как положение о необходимости осуществления хозяйственной деятельности на территории нескольких государств, так и положение об осуществлении хозяйственной деятельности на территории Российской Федерации.

6. Обязательность инвестиционной деятельности. Статья 2 Закона о международных компаниях предусматривает в качестве условия редомициляции на территорию специальных административных районов необходимость инвестиций в Российской Федерации. При этом основания для инвестиций могут быть разнообразны: инвестициями признаются как капитальные вложения, производимые на основании Федерального закона от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»²⁷, так и не охватываемые данным Законом взносы в уставный капитал, фонды или имущество российских юридических лиц. Юридическое обязательство иностранной компании по осуществлению инвестиций урегулировано достаточно «вольнo» (и даже, на первый взгляд, без необходимой юридической конкретики). Непосредственные условия инвестирования могут определяться специальным инвестиционным контрактом, концессионным соглашением, соглашением о государственно-частном

²⁶ Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О международных компаниях и международных фондах» в части уточнения правового регулирования международных компаний» (ID проекта 04/13/08-20/00107575) // URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=107575> (дата обращения: 18.10.2020).

²⁷ СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

(муниципально-частном) партнерстве, иным договором или даже простым «заявлением о намерении» осуществить инвестиции. Однако, если учесть, что неисполнение инвестиционных обязательств на основании ч. 2–3 ст. 10 Закона о международных компаниях может повлечь принудительное прекращение статуса международной компании, становится очевидно, что излишнего правового регулирования процедура осуществления инвестиций и не требует.

Таким образом, законодательство о редомициляции предоставляет достаточно широкие возможности для обязательных инвестиционных вложений по самым разнообразным правовым основаниям (а ч. 16 ст. 5 Закона о международных компаниях даже отменяет процедуру предварительного согласования осуществления инвестиций, предусмотренную Федеральными законами от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»²⁸ и от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»²⁹), что достаточно удобно для международной компании.

«Неудобна» же для международной компании сама необходимость осуществления инвестиций, хотя их минимальный размер и ограничен определенной суммой — 50 млн руб. Однако следует отметить, что осуществление в той или иной форме минимального объема инвестиций — распространенная практика офшорных юрисдикций. Поэтому необходимость инвестиционной деятельности при редомициляции иностранной компании в российскую правовую юрисдикцию ни в коем случае нельзя рассматривать как недостаток действующего правового регулирования или преимущество традиционных офшоров перед отечественными специальными административными районами.

7. Возможность принудительного прекращения статуса международной компании.

Закон о международных компаниях предусматривает следующие основания лишения международной компании данного статуса:

- 1) части 1–3 ст. 10 регулируют процедуру плановой или внеплановой ревизии редомицилированной в РФ иностранной компании. Если в результате ревизии выявлено несоответствие международной компании базовым требованиям к ее организации (осуществление деятельности менее чем в двух государствах, неисполнение обязательств по осуществлению инвестиций в РФ, непредставление документов, подтверждающих прекращение правового статуса в государстве первоначальной регистрации), управляющая компания специального административного района³⁰ выносит представление о необходимости устранения нарушений. В случае его неисполнения по истечении полугода принимается решение о прекращении статуса международной компании;
- 2) часть 9.1 ст. 10 предусматривает прекращение статуса международной компании вслед за утратой статуса участника специального административного района (по основаниям, предусмотренным Федеральным законом от 03.08.2018 № 291-ФЗ «О специальных административных районах на территориях Калининградской области и Приморского края»). В этом контексте вызывают интерес правовые последствия прекращения статуса международной компании. Согласно ч. 11 ст. 10 Закона о международных компаниях со дня прекращения статуса международной компании хозяйственное общество имеет права и несет обязанности в соответствии с Федеральным законом от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»³¹ или Федеральным законом от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционер-

²⁸ СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

²⁹ СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

³⁰ Управляющими компаниями островов Октябрьский и Русский являются АО «Корпорация развития Калининградской области» и АО «Корпорация развития Дальнего Востока» соответственно.

³¹ СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

ных обществах»³². То есть к утратившей статус международной компании организации применяются общие нормы законодательства РФ, регулирующие правовое положение юридических лиц. Иными словами, такая компания преобразуется из международной в «стандартную» российскую.

Очевидно, что перспектива подобной трансформации правового статуса не отвечает интересам бенефициаров международной компании. Следовательно, при возникновении угрозы утраты статуса международной компании они предпримут попытку осуществить обратную редомициляцию — из Российской Федерации в иностранную правовую юрисдикцию. И именно здесь их будет поджидать неприятный сюрприз.

Статья 11 Закона о международных компаниях устанавливает, что международная компания вправе изменить свой личный закон посредством регистрации в иностранном государстве только с согласия Правительства РФ. По своей сути данная норма вводит разрешительную процедуру. Ее целесообразность весьма сомнительна, так как вызывает два вопроса: во-первых, по какой причине законодатель, столь настойчиво предлагая иностранным компаниям редомицилироваться в РФ, в принципе ограничивает для них свободу обратной редомициляции? Во-вторых, почему согласование данной процедуры необходимо осуществлять на столь высоком уровне? Было бы логично отнести это полномочие к компетенции управляющих компаний специальных административных районов, в крайнем случае — Минэкономразвития РФ.

Следует полагать, что иностранные организации, оценивая риски редомициляции в РФ, не хотели бы оказаться фактическими заложниками Российской Федерации. А подобная перспектива, как следует из вышеизложенного, вполне реальна: ревизия управляющей компании специального административного района, лишение статуса международной компании, отказ Правительства РФ в обратной редомициляции в иностранное государство — вот последовательность действий, в результате которых некогда иностранная организация становится

пленником российской правовой юрисдикции. Очевидно, что вероятность (даже незначительная, но реальная) подобного развития событий препятствует редомициляции иностранных компаний в РФ.

С другой стороны, большинство указанных выше оснований прекращения статуса международной компании (и неосуществление инвестиций, и непредставление документов, подтверждающих ликвидацию в иностранном государстве, и пр.) также являются достаточно обоснованными. Простая их отмена не повысит качества правового регулирования в данной области, а, наоборот, создаст законодательные пробелы и неопределенность в правоприменительной практике.

Решение описанной проблемы видится в следующем: необходимо изменить ст. 11 Закона о международных компаниях таким образом, чтобы предоставить международной компании (в том числе организации, утратившей статус международной компании) неограниченную свободу обратной редомициляции из Российской Федерации в юрисдикцию любого иностранного государства, национальное законодательство которого допускает подобную процедуру. Это ликвидирует возможность «принудительного превращения» иностранной компании в российскую организацию и, следовательно, снимет все опасения по этому поводу.

В результате сравнительного исследования необходимо заключить, что по ряду параметров специальные административные районы РФ не уступают офшорным территориям:

- в сфере налогообложения условия осуществления деятельности в офшорных юрисдикциях и на островах Октябрьский и Русский являются сопоставимыми (с учетом «ужесточения» соглашений об избежании двойного налогообложения и предоставления налоговых преференций в специальных административных районах);
- положения о валютном регулировании деятельности международных компаний, зарегистрированных в специальных административных районах, позволяют утверждать, что

³² СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

- российское законодательство обеспечивает почти предельный уровень «валютной свободы» для иностранных организаций, редомицилированных в РФ. Здесь специальные административные районы не уступают традиционным офшорным юрисдикциям;
- обязательность инвестиционной деятельности — равнозначный фактор, который присущ как специальным административным районам, так и большинству офшоров. Данный параметр не определяет преимущества ни одной из сопоставляемых правовых конструкций;
 - конфиденциальность информации: правовой механизм преодоления проблем в этой сфере уже создан (институт освобождения от юридической ответственности в ходе третьего этапа добровольного декларирования счетов и активов). Хотя он, в силу ограничения срока применения, уже не может использоваться. Необходимо лишь возобновить действие Закона о добровольном декларировании применительно к редомициляции иностранных компаний в РФ. Тогда можно будет говорить о сопоставимых последствиях применения российского законодательства о редомициляции и законодательства офшорных государств в сфере защиты (конфиденциальности) информации о бенефициарах. Однако ряд сопоставленных параметров указывает на явное преимущество офшорных юрисдикций:
 - ограничение редомициляции в российские специальные административные районы по признаку исходной государственной принадлежности иностранной компании является значимым законодательным недостатком, который обуславливает большую привлекательность офшоров;
 - еще одним обстоятельством, определяющим преимущество офшоров, является закреп-

ленная в п. 1 ч. 3 ст. 2 Закона о международных компаниях обязанность осуществления хозяйственной деятельности на территории нескольких государств, в том числе в РФ;

- возможность принудительного прекращения статуса международной компании в системном единстве с необходимостью получения согласия Правительства РФ на редомициляцию из Российской Федерации в иностранную правовую юрисдикцию — также аргумент не в пользу специальных административных районов.

В целях устранения обозначенных недостатков необходимо реализовать следующие изменения законодательства:

1. Возобновить (без ограничения во времени) действие третьего этапа декларирования, предусмотренного ст. 5 Федерального закона «О добровольном декларировании физическими лицами активов и счетов (вкладов) в банках и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», применительно к случаям редомициляции иностранных компаний в РФ.

2. Исключить п. 1 ч. 3 ст. 2 Федерального закона «О международных компаниях и международных фондах».

3. Исключить п. 4 ч. 3 ст. 2 Федерального закона «О международных компаниях и международных фондах».

4. Изменить ст. 11 Федерального закона «О международных компаниях и международных фондах» таким образом, чтобы предоставить международной компании (а также организации, утратившей статус международной компании) неограниченную свободу обратной редомициляции из Российской Федерации в юрисдикцию любого иностранного государства, национальное законодательство которого допускает подобную процедуру.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Газдюк Н. Ю. Редомицилирование (редомициляция) юридических лиц в контексте евразийской экономической интеграции (частноправовой аспект) // Беларусь в современном мире : материалы

- XVIII Междунар. науч. конференции, посвящ. 98-летию образования Белорусского государственного университета. — Минск, 2019. — С. 173–177.
2. *Долинская В. В.* Редомициляция или «трансграничная миграция компаний» // Проблемы современного законодательства России и зарубежных стран : материалы VIII Междунар. науч.-практ. конференции. — Иркутск, 2019. — С. 152–158.
 3. *Доронина Н. Г.* Правовое регулирование офшорных зон по российскому законодательству // Журнал российского права. — 2012. — № 6. — С. 107–111.
 4. *Канашевский В. А.* Международная компания как особый вид юридического лица // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2018. — № 6. — С. 104–108.
 5. *Панова Г. С., Туруев И. Б., Ярыгина И. З.* Деофшоризация как фактор развития национальной экономики // Вестник МГИМО. — 2014. — № 2. — С. 102–112.
 6. *Парамонова А. В., Смирнов Е. Н.* Международная конкуренция офшорных юрисдикций за привлечение иностранного капитала // Вестник евразийской науки. — 2020. — № 3.
 7. *Туруев И. Б.* Офшоры — тормоз развития или экономическая необходимость // Вестник МГИМО. — 2014. — № 1. — С. 136–140.
 8. *Хейфец Б. А.* Роль офшоров в глобальной экономике // Мировая экономика и международные отношения. — 2008. — № 11. — С. 67–76.

Материал поступил в редакцию 28 ноября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Gazdyuk N. Yu.* Redomicilirovanie (redomicilyaciya) yuridicheskikh lic v kontekste evrazijskoj ekonomicheskoy integracii (chastnopravovoj aspekt) // Belarus v sovremennom mire : materialy XVIII Mezhdunar. nauch. konferencii, posvyashch. 98-letiyu obrazovaniya Belorusskogo gosudarstvennogo universiteta. — Minsk, 2019. — S. 173–177.
2. *Dolinskaya V. V.* Redomicilyaciya ili «transgranichnaya migraciya kompanij» // Problemy sovremennogo zakonodatelstva Rossii i zarubezhnyh stran : materialy VIII Mezhdunar. nauch.-prakt. konferencii. — Irkutsk, 2019. — S. 152–158.
3. *Doronina N. G.* Pravovoe regulirovanie ofshornyh zon po rossijskomu zakonodatelstvu // Zhurnal rossijskogo prava. — 2012. — № 6. — S. 107–111.
4. *Kanashevskij V. A.* Mezhdunarodnaya kompaniya kak osobyj vid yuridicheskogo lica // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya. — 2018. — № 6. — S. 104–108.
5. *Panova G. S., Turuev I. B., Yarygina I. Z.* Deofshorizaciya kak faktor razvitiya nacionalnoj ekonomiki // Vestnik MGIMO. — 2014. — № 2. — S. 102–112.
6. *Paramonova A. V., Smirnov E. N.* Mezhdunarodnaya konkurenciya ofshornyh yurisdikcij za privlechenie inostrannogo kapitala // Vestnik evrazijskoj nauki. — 2020. — № 3.
7. *Turuev I. B.* Ofshory — tormoz razvitiya ili ekonomicheskaya neobhodimost // Vestnik MGIMO. — 2014. — № 1. — S. 136–140.
8. *Hejfec B. A.* Rol ofshorov v globalnoj ekonomike // Mirovaya ekonomika i mezhdunarodnye otnosheniya. — 2008. — № 11. — S. 67–76.

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.057-065

Л. А. Чеговадзе*,
Т. В. Дерюгина**

Правовая природа платы за односторонний отказ от исполнения обязательства

Аннотация. В статье анализируется возможность одностороннего отказа от исполнения обязательства посредством выплаты денежной суммы. Исследуется многоаспектность развития правоотношения, связанного с исполнением обязательства, в контексте возможности воспользоваться различными правовыми средствами защиты на каждом этапе правоотношения. Показывается трансформация юридических статусов кредитора и должника в процессе осуществления прав и исполнения обязанностей. Обосновывается, что в зависимости от стадии развития правоотношения во взаимных обязательствах кредитор и должник попеременно меняются возможностями требовать исполнения и выполнять обязанности. Неисполнение обязанности на любом этапе приводит к возможности предъявлять требования о защите права. Указывается, что согласование в договоре обязанности должника выплатить кредитору определенную денежную сумму в случае отказа от исполнения не меняет правовую природу обязательства и не делает его денежным. Доказывается, что отказ от исполнения обязательства становится юридически возможным только после исполнения обязанности по выплате контрагенту денежной суммы. Устанавливается юридическая природа такой замены в сравнении с новацией долга в заемное обязательство. Доказывается, что иное толкование закона нарушает баланс интересов должника и кредитора.

Ключевые слова: договорное обязательство; исполнение обязательства; принципы исполнения обязательства; интересы сторон обязательства; кредитор; должник; встречное предоставление; неисполнение обязательства; односторонний отказ от исполнения обязательства; денежная плата за отказ от исполнения; имущественные потери; правовое состояние; компенсация потерь; возмещение убытков.

Для цитирования: Чеговадзе Л. А., Дерюгина Т. В. Правовая природа платы за односторонний отказ от исполнения обязательства // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 57–65. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.057-065.

© Чеговадзе Л. А., Дерюгина Т. В., 2021

* Чеговадзе Людмила Алексеевна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и трудового права, гражданского процесса Московского университета МВД России имени В. Я. Кикотя ул. Академика Волгина, д. 12, г. Москва, Россия, 117437
chegov@mail.ru

** Дерюгина Татьяна Викторовна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и трудового права, гражданского процесса Московского университета МВД России имени В. Я. Кикотя ул. Академика Волгина, д. 12, г. Москва, Россия, 117437
sofija96@mail.ru

The Legal Nature of Payment for Unilateral Refusal to Fulfill an Obligation

Lyudmila A. Chegovadze, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Civil and Labor Law, Civil Procedure, Vladimir Kikot Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia
ul. Akademika Volgina, d. 12, Moscow, Russia, 117437
chegov@mail.ru

Tatiana V. Deryugina, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Civil and Labor Law, Civil Procedure, Vladimir Kikot Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia
ul. Akademika Volgina, d. 12, Moscow, Russia, 117437
sofija96@mail.ru

Abstract. The paper analyzes the possibility of unilateral refusal to fulfill an obligation through the payment of a monetary sum. The multidimensionality of the development of a legal relationship related to the fulfillment of an obligation is investigated in the context of the opportunity to use various legal remedies at each stage of a legal relationship. The paper shows the transformation of the legal statuses of the creditor and the debtor in the process of exercising rights and fulfilling obligations. It is substantiated that, depending on the stage of development of the legal relationship in mutual obligations, the creditor and the debtor alternately change their capabilities to demand performance and fulfill obligations. Failure to fulfill an obligation at any stage leads to the possibility of making claims for the protection of the right. It is indicated that the agreement in the contract of the obligation of the debtor to pay the creditor a certain amount of money in the event of refusal to perform the obligation does not change the legal nature of the obligation and does not make it monetary. It is proved that the refusal to fulfill the obligation becomes legally possible only after the fulfillment of the obligation to pay the counterparty a sum of money. The author establishes the legal nature of such a replacement in comparison with the novation of debt into a debt obligation. It is proved that a different interpretation of the law violates the balance of interests between the debtor and the creditor.

Keywords: contractual obligation; fulfillment of an obligation; principles of performance of the obligation; interests of the parties to the obligation; creditor; debtor; counter provision; failure to fulfill an obligation; unilateral refusal to fulfill an obligation; monetary payment for refusal to perform; property losses; legal status; compensation for losses; compensation for damages.

Cite as: Chegovadze LA, Deryugina TV. Pravovaya priroda platy za odносторонний otkaz ot ispolneniya obyazatelstva [The Legal Nature of Payment for Unilateral Refusal to Fulfill an Obligation]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):57-65. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.057-065. (In Russ., abstract in Eng.).

...Правовые мысли и идеи, которые законодатель желает подчеркнуть в нормах, должны полноценно раскрываться в теории, в юридической литературе.

К. В. Нам¹

О существование гражданских прав и исполнение обязанностей характеризуется стадийностью, связанной с динамичностью обязательства, проявляющейся в непрерывной трансформации взаимных прав и обязанностей должника и кредитора. Когда лица обязываются передать вещь, выполнить работу, оказать

услугу, оплатить товар и т. п., возникает взаимно обусловленная связь встречных предоставлений должника и кредитора. В каждом договорном обязательстве существует «изначальный» должник — сторона, которая предоставление по обязательству делает первой. В результате правовое состояние сторон меняется: предо-

¹ Нам К. В. Эстония в контексте принципа добросовестности // Закон. 2020. № 4. С. 38–46.

ставив исполнение, должник делается кредитором; приняв исполнение, кредитор становится должником.

Состояние стороны в обязательстве обусловлено встречностью имущественных предоставлений, само же предоставление обусловлено исполнением обязательства контрагентом. Вне зависимости от очередности действий встречным признается последующее исполнение обязательства, которое обусловлено предшествующим исполнением. Важен не учет, кто первый, кто второй, а понимание: стал ли должник кредитором ввиду предоставленного им по обязательству. И «оживилось» ли его право требовать встречное исполнение.

В этом контексте можно говорить о состоявшихся и несостоявшихся обязательствах. К числу первых следует относить те, в которых правовое состояние сторон полярно изменилось. Несостоявшееся обязательство можно проиллюстрировать на примере: по договору продажи недвижимости согласованы: 1) предоплата с рассрочкой платежа и 2) передача недвижимости по истечении месяца после даты окончательного расчета. При подписании договора продавец обязан передать покупателю документы о праве собственности на продаваемую вещь. Продавец документы не вручил, в ответ на запросы покупателя в разумные сроки не представил. Покупатель приостановил исполнение платежей, а затем отказался от договора и потребовал возратить перечисленные денежные средства. Гражданский кодекс РФ (п. 3 ст. 328) на этот случай формулирует правило: «Ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне». Покупателя нельзя понуждать судом: его имущественные интересы под угрозой неисполнения со стороны продавца и он приостановил исполнение в целях их защиты. Продажа недвижимости специфична: без документов нельзя ни подтвердить наличие права собственности, ни передать вещь в собственность покупателя.

Здесь обязательство не состоялось ни с одной из сторон: продавца нельзя признать креди-

тором — его переход в это состояние обусловлен передачей документов, этим же обусловлен платеж цены за продаваемую им недвижимость. Не изменилось и правовое состояние покупателя: то, что он исполнял обязательство, не сделало его должником, от которого можно требовать исполнения. Имущественные интересы покупателя под угрозой, угроза реальна, и он вправе защищаться. У него есть два варианта правового поведения: отказаться от договора на основании ст. 450.1, 456, 464 ГК РФ и потребовать возврата денег. На основании п. 2 ст. 328 ГК РФ можно требовать возмещения убытков. Другой вариант: понуждать продавца к предоставлению документов и, убедившись в наличии у него прав на продаваемую недвижимость, восстановить приостановленное исполнение и требовать передачи недвижимости. И тот и другой вариант покупателю обеспечены юридически.

Состоявшееся с одной стороны обязательство нарушается тем, что, когда у «бывшего» должника возникло право на получение встречного предоставления, нынешний должник отказывается предоставить исполнение. Неисполнение обязательства приводит к тому, что согласно п. 1 ст. 393 ГК РФ должник обязан возместить кредитору убытки. Требование о возмещении убытков кредитор предъявляет еще в существующем обязательстве: он вправе претендовать на то положение, в котором находился бы, если бы обязательство было исполнено (п. 2 ст. 393 ГК РФ). Согласно п. 1 ст. 15 ГК РФ закон или договор могут уменьшить размер подлежащих возмещению убытков.

Исходим из того, что гражданско-правовое регулирование договорных обязательств нацелено на их исполнение по принципу «равным за равное». В случае неравноценности предоставлений либо полного его отсутствия с одной стороны включается механизм защиты имущественных интересов. Существо защиты — ответная реакция на недопустимое поведение контрагента. Обязательство трактуется «ты мне — я тебе», в этом состоит имущественный баланс в положении сторон. При отказе должника от исполнения баланс отношений также должен выдерживаться. В этих целях законодатель в п. 2 ст. 328 ГК РФ вводит общее правило о равно-

ценности предоставлений и о праве кредитора требовать возмещения убытков, когда предоставления не равноценны. Поддерживая баланс интересов сторон, суды указывают на необходимость равноценного встречного предоставления сторон². «Зеркальность» действий сторон по обязательству обеспечивает справедливость двусторонних имущественных отношений.

Отказ должника исполнить обязательство приводит к дисбалансу договорных отношений сторон. В силу ст. 310 ГК РФ отказ недопустим и нарушение запрета дает единственно возможную квалификацию одностороннего отказа в качестве правонарушения. Недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства «разбавлена» правилом п. 3 ст. 310 ГК РФ о случаях допустимости отказа: «...общим правилом является то, что односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, а предусмотренные законами и иными правовыми актами случаи (когда это допускается) представляют собой исключения из указанного общего правила»³. Исключения могут вводиться и договором. При этом и предоставленный нормативно, и «договорный отказ может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства»⁴.

Согласование в договоре обязанности должника выплатить кредитору определенную денежную сумму в случае отказа от исполнения не изменяет способ исполнения обязательства — оно не становится денежным. Здесь также не

работает правило, что перечень оснований прекращения обязательств не является закрытым, поэтому стороны могут в своем соглашении предусмотреть не упомянутое в законе или ином правовом акте основание прекращения обязательства и прекратить как договорное, так и внедоговорное обязательство, а также определить последствия его прекращения⁵. Вряд ли относительно выплат должника можно признать корректными и разъяснения Пленума Верховного Суда РФ в постановлении от 22.11.2016 № 54⁶ (далее — Постановление Пленума № 54). В последнем абзаце п. 15 данного документа сказано: «По смыслу п. 3 ст. 310 ГК РФ не допускается взимание платы за односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение его условий, вызванные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства другой его стороной». Однако это следует не из «смысла п. 3 ст. 310 ГК РФ», а из содержания ст. 328 ГК РФ: недопустимо обременять кредитора денежной выплатой за реализацию права на защиту в ответ на запрещенные законом действия должника.

Не соответствует закону и пункт 16 Постановления Пленума № 54: «По смыслу п. 3 ст. 310 ГК РФ обязанность по выплате указанной в нем денежной суммы возникает у соответствующей стороны в результате осуществления права на односторонний отказ от исполнения обязательства или на одностороннее изменение его условий, то есть в результате соответствующего изменения или расторжения договора (п. 2

² См.: определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 18.09.2018 № 49-КГ18-48 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.02.2021).

³ *Витрянский В. В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2018. С. 345.

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.05.2020 № Ф05-3715/2020 по делу № А40-164858/2019 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.02.2021); постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 20.02.2020 № Ф06-57834/2020 по делу № А49-8123/2019 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.02.2021).

⁵ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» // Российская газета. 25.06.2020. № 136.

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 1. С. 6.

ст. 450.1 ГК РФ). Если иное не предусмотрено законом или договором, с момента осуществления такого отказа... первоначальное обязательство прекращается и возникает обязательство по выплате определенной денежной суммы». Смысл сказанного двоякий: первое — отказ должника от исполнения трактуется как осуществление права и утверждается, что осуществление этого права прекращает обязательство. Второе — неисправный должник получает обязательство по выплате денежной суммы, только если отказ от обязательства приведет к расторжению договора. Ни первое, ни второе неверно: обязательство прекращается надлежащим исполнением, сложением долга, но никак не отказом от исполнения. Когда закон или стороны связывают прекращение обязательства с отказом должника, обязательство прекращает не факт его неисполнения, а выплата должником определенной денежной суммы. В силу ст. 310 ГК отказ от исполнения обязательства становится юридически возможным лишь после исполнения обязанности по выплате контрагенту соответствующей денежной суммы (а не наоборот, как это предусмотрено в Постановлении № 54)⁷.

Здесь отношения сторон прекращаются вследствие выплаты денежной суммы и договор расторгается также в результате «оплаты» должником своего отказа от исполнения обязательства. В отсутствие факта оплаты соглашение о денежной сумме за отказ и сам отказ в совокупности должны квалифицироваться как новация долга в заемное обязательство (ст. 808 ГК), как это делают суды при расторжении договора с отсрочкой возврата денежных средств⁸. Договоренностью о выплате денег обязательство не новирруется, а отказом от исполнения не прекращается. Недопустимый отказ от исполнения обязательства становится допустимым вследствие того, что должник оплачивает деньгами то, что им не будет предоставлено в натуре, и

предупреждает возможные потери кредитора. Таким образом, обязательство прекращается не осуществлением должником права на отказ, а исполнением обязанности по выплате кредитору определенной денежной суммы.

В форме осуществления права возможен только встречный отказ кредитора, не получившего предоставление по обязательству. Кредитору закон предоставляет право на односторонний отказ по факту нарушения обязательства должником, и кредиторский отказ есть ответная мера или средство самозащиты. По заключению ВС РФ, если отказ вызван существенным нарушением со стороны контрагента, он допустим и кредитор может взыскать убытки⁹. Иначе обязанность исполнять обязательство без встречного предоставления со стороны контрагента превращает исполнение в дарение.

Кредитору обеспечено право на встречный отказ, когда просроченное исполнение может быть квалифицировано в качестве запрещенного статьей 310 ГК РФ одностороннего отказа от исполнения обязательства. В этом случае возникает право «равно» отреагировать и встречный отказ от исполнения — это правомерное, а не запрещенное поведение. Получается: если одна из сторон не исполнила либо просрочила исполнение обязательства, вторая сторона получает право отказаться от исполнения или приостановить его. В этом контексте односторонний отказ квалифицируют как осуществление права и не санкционируют.

Поведение стороны, встречно отказавшейся от исполнения обязательства, правомерно, оправданно и направлено на обеспечение своих имущественных интересов. «Право на встречное неисполнение» закон предоставляет как способ восстановления имущественного баланса, нарушенного другой стороной непредоставлением должного по обязательству. Например, должник/арендодатель не предоставил объект во владение и пользование арендатора. Это

⁷ См. подробнее: *Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 453.

⁸ См.: постановление ФАС Московского округа от 12.01.2007, 19.01.2007 № КГ-А40/13199-06 по делу № А40-15985/06-60-168 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 02.02.2021).

⁹ Определение Верховного Суда РФ от 17.08.2018 № 309-ЭС18-8924 по делу № А50-14983/2017 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.03.2021).

недопустимый отказ должника от исполнения обязательства, и в силу п. 3 ст. 611 ГК РФ арендатор вместо требования об исполнении обязательства в натуре (ст. 12 ГК РФ) вправе требовать расторжения договора и возмещения убытков. По той же схеме, если продавец отказывается передать покупателю проданный товар, в силу п. 1 ст. 463 ГК РФ покупатель вправе отказаться от исполнения своих обязательств по договору купли-продажи. Сравним: в силу п. 4 ст. 497 ГК РФ до передачи товара покупатель вправе отказаться от исполнения договора розничной купли-продажи при условии возмещения продавцу необходимых расходов, понесенных в связи с совершением действий по исполнению договора. Или: заказчик вправе в любое время отказаться исполнять свои обязанности по договору подряда за исключением обязанности возместить издержки подрядчика, приступившего к работам. В то же время, если у заказчика имеется право на встречный отказ, например в связи с очевидностью невыполнения подрядчиком работы в срок, заказчик отказывается исполнять свое обязательство без возмещения убытков.

В договорной практике и до введения п. 3 ст. 310 ГК РФ использовали отказ от исполнения обязательства под выплату денежной суммы. Если суды выясняли, что право на отказ предоставлено договором и взыскиваемая сумма представляет собой «твердую сумму компенсации финансовых потерь»¹⁰ или способ обеспечения надлежащего исполнения обязательств¹¹, требования удовлетворялись. Когда выплатой

денег обуславливался отказ от договора подряда или услуг, суды не взыскивали согласованные сторонами суммы, признавая их штрафной характер, «поскольку возможность взыскания штрафа в случае реализации заказчиком своего законного права на досрочный отказ от договора не может быть признана законной»¹². Суды исходили из того, что, если право предоставлено законом, оно не может быть ограничено соглашением сторон: договорным установлением платы право ограничивается и такое условие ничтожно¹³. Отказавшийся от исполнения должник обязывался предоставить другой стороне «суррогат», замещающий ее имущественные потери. Учитывали, что иногда закон обязывает возместить фактически понесенные расходы (как это сделано в п. 1 ст. 782 ГК РФ), а иногда обязывает уплатить добавочные к потерям суммы: «В случае одностороннего отказа от исполнения договора транспортной экспедиции клиент или экспедитор возмещает другой стороне убытки, вызванные расторжением договора, и уплачивает штраф в размере десяти процентов суммы понесенных экспедитором или клиентом затрат»¹⁴.

В настоящее время суды берут за основу постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16¹⁵, в п. 4 которого действия сторон по установлению обязанности платить за односторонний отказ оцениваются как определение порядка осуществления права на отказ от исполнения договора. При этом не всегда принимается во внимание, что согласно п. 3 при возникнове-

¹⁰ Определение ВАС РФ от 05.09.2013 № ВАС-11470/13 по делу № А76-13943/2012 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13.02.2021).

¹¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 03.11.2015 № 305-ЭС15-6784 по делу № А40-53452/2014 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.02.2021); определение Верховного Суда РФ от 18.04.2016 № 305-ЭС16-3258 по делу № А40-54345/2015 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.02.2021).

¹² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.12.2014 № Ф05-12389/2014 по делу № А40-186042/13-98-1626 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.02.2021).

¹³ См.: постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 22.01.2014 по делу № А-10-699/2013 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.02.2021).

¹⁴ См.: п. 5 ст. 6 Федерального закона от 30.06.2003 № 87-ФЗ (ред. от 18.03.2020) «О транспортно-экспедиционной деятельности» // СЗ РФ. 2003. № 27 (ч. 1). Ст. 2701.

¹⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 5.

нии спора об императивном или диспозитивном характере нормы, регулирующей права и обязанности по договору, суд должен указать, каким образом недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон предопределяет императивность этой нормы либо пределы ее диспозитивности. Есть примеры судебных решений¹⁶, которыми грубо нарушаются имущественные интересы сторон ввиду того, что разъяснения п. 4 рассматриваемого постановления суды полагают «генеральными», позволяющими расставлять приоритеты толкуемых норм.

Эти частные проблемы возникают потому, что нет ответа на общие вопросы: ни норма ст. 310 ГК РФ, ни судебные толкования не раскрывают правовую природу денежной суммы, выплачиваемой за отказ от исполнения обязательства. Деньги могут быть предоставлением в платежных обязательствах, в заемных, в альтернативных и факультативных обязательствах, при новации долга, при выплате отступного, при возмещении потерь, взыскании неустойки и возмещении убытков. О какой денежной сумме идет речь в п. 3 ст. 310 ГК РФ? Как можно истолковать термин «выплата»: как денежное платежное обязательство, как «замену» имущественного предоставления в натуре? Или, к примеру, покупатель по договору поставки отказался оплачивать товар. Какую сумму он обязан выплатить — определенную договором на случай отказа или равную цене товара? Неясно также, может ли кредитор, получивший денежную выплату за отказ, ставить вопрос о защите своих интересов, в частности требовать возмещения убытков.

Пленум в абз. 2 п. 16 Постановления № 54 разъясняет, что если будет доказано очевидное несоответствие размера денежной суммы неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения обязательства, а также

заведомо недобросовестное осуществление права требовать ее уплаты в этом размере, то в таком исключительном случае суд вправе отказать кредитору в ее взыскании полностью или частично как злоупотребляющему правом. Подчеркнута также компенсационная природа платы за односторонний отказ от договора: суд не может снизить плату до размера, который не устраняет для другой стороны последствия отказа от договора, и не может компенсировать иные возможные потери¹⁷. А как быть, если станет очевидным, что определенная сторонами сумма явно недостаточна для поддержания имущественного положения кредитора, интересы которого от неисполнения должника могут серьезно пострадать? Можно в этом случае «добрать» убытками?

Пункт 3 ст. 310 ГК РФ введен в ходе реформы гражданского законодательства и направлен на предупреждение дисбаланса обязательственного правоотношения. Соглашаясь, что в случае отказа от исполнения обязательства должник будет обязан выплатить денежную сумму, кредитор делает попытку избежать имущественных потерь. Учитывая задачу, решаемую выплатой, ее следует квалифицировать как частный случай возмещения неизбежных потерь кредитора. По общему правилу ст. 406.1 ГК РФ возмещение потерь допускается, если они уже понесены или с неизбежностью будут понесены в связи с указанными сторонами обстоятельствами¹⁸. Понятно, что потери кредитора в случае отказа должника от исполнения обязательства неизбежны и напрямую вызываются этим отказом.

Убытки предназначены для восстановления имущественного положения кредитора. В отличие от убытков, применяемых для защиты нарушенных прав, возмещение потерь — это способ предупреждения их нарушения. Из этого следует, что к отношениям сторон по прекращению

¹⁶ См.: постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 16.10.2017 № Ф03-3991/2017 по делу А73-1050 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.02.2021).

¹⁷ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2017) / утв. Президиумом Верховного Суда РФ 15.11.2017 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 11.

¹⁸ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5.

обязательства отказом должника от исполнения надлежит применять ст. 327.1 ГК РФ. Согласимся, что положения п. 3 ст. 310 и ст. 406.1 ГК РФ не предназначены для регулирования ответственности за нарушение обязательств. В то же время нельзя отрицать, что обусловленный оплатой потерь кредитора отказ должника от исполнения обязательства является фактом его неисполнения.

Правовое регулирование отказа должника от исполнения не может быть произвольным и не может зависеть от частной воли сторон. Есть специальный механизм, включающий правовые средства реагирования на неисполнение обязательства должником. Следует предостеречь от выборочного толкования закона. Необходимо обратить внимание на разъяснение ВС РФ, что в случае неясности того, что именно устанавливает соглашение сторон — возмещение потерь или условия ответственности за неисполнение обязательства, подлежат применению нормы об ответственности.

Системное толкование ст. 310, 328, 405, п. 2 ст. 431.1 ГК РФ приводит к выводу, что односторонний отказ должника от исполнения обязательства есть частный случай неисполнения обязательств. Неисполнение обязательства законодатель определяет как неправомерное поведение и как основание для применения различных способов защиты, в первую очередь — возмещения убытков (п. 1 ст. 393 ГК РФ). Неправомерное поведение недопустимо в силу закона, принявший исполнение неисправный должник лишается прав на признание договора недействительным, его противоречивые действия, в силу п. 5 ст. 166 ГК РФ, не имеют правового значения. Именно такой подход позволит решить актуальную проблему недовысказанных убытков в судебных спорах.

Неисполнение обязательства должником всегда нарушает имущественные интересы кредитора. Дисбаланс интересов сторон возможен даже тогда, когда закон или договор разрешают должнику предупредить потери кредитора вы-

платой денег. Воспринимая сумму выплаты за отказ как замещение исполнения обязательства в натуре, необходимо учитывать два аспекта: 1) денежная выплата заменяет кредитору предоставление по обязательству и 2) имеет целью поддержать баланс в отношениях сторон (равным за равное).

Согласование выплаты за отказ должника от исполнения обязательства есть способ превентивной охраны имущественных интересов кредитора. Не являясь мерой ответственности, такая плата способствует разумной оценке лицом наличия необходимых предпосылок для одностороннего отказа и в некотором смысле способствует стабильности гражданского оборота¹⁹. Если данная сумма не выплачена либо недостаточна, имущественное положение кредитора требует восстановления. Тогда кредитору должны быть предоставлены обычные средства защиты против неисполнения должника. Уже упомянутое правило п. 1 ст. 393 ГК гласит: если иное не установлено законом, использование кредитором иных способов защиты нарушенных прав, предусмотренных законом или договором, не лишает его права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства. Представляется, что это же правило должно работать и в ситуации использования кредитором превентивных мер охраны, предупреждающих нарушение его имущественных интересов.

Любое неисполнение обязательства включает механизм защиты. И если потери кредитора из-за отказа должника превышают размер его денежной выплаты, кредитору должна быть обеспечена защита. Универсальный способ защиты — возмещение убытков. Здесь под убытками следует понимать расходы, которые будет вынужден понести кредитор в связи с неисполнением должника и недостаточностью той денежной суммы, которая выплачена ему вместо предоставления по обязательству. Соглашаясь с допустимостью отказа должника

¹⁹ См.: Реформирование гражданского законодательства: общие положения о сделках, обязательствах и договорах : монография / И. З. Аюшеева, И. С. Богданова, Е. С. Болтанова [и др.] ; отв. ред. В. В. Долинская. М. : Проспект, 2018. С. 45.

от исполнения обязательства, кредитор несет риски: 1) неисполнения и 2) недостаточности денежной суммы для покрытия потерь. То, что в момент заключения договора можно разумно предвидеть, зависит от информации, которой обладают стороны или, во всяком случае, сторона, которая позднее допускает нарушение²⁰.

При обусловленном отказе от исполнения обязательства должник освобождается от исполнения обязательства в натуре, соответственно кредитор лишается права на защиту способом понуждения должника к исполнению обязательства в натуре. Согласно п. 2 ст. 396 ГК РФ должник освобождается от исполнения обязательства в натуре, если возместил убытки кредитора и уплатил неустойку за неисполнение. В силу принципа юридического равенства это правило применимо и к случаям «замены» исполнения согласованной выплатой. Поэтому при доказанности явной недостаточности денежной

суммы для возмещения потерь кредитора от неисполнения обязательства должником кредитор должен принадлежать право требования убытков. Статья 310 ГК РФ правила об этом не содержит, но такой вывод вытекает из ст. 15 ГК РФ, носящий общий характер. В этой ситуации работает и правило об убытках п. 2 ст. 328 ГК РФ.

Подводя итог вышеизложенному, необходимо отметить, что поведение сторон обязательства добросовестно, когда обязательство исполнено по принципу «равное за равное». Отступление от этого принципа недопустимо ни при каких условиях. Допустимому в порядке исключения отказу должника от исполнения обязательства должна предшествовать выплата, предупреждающая потери кредитора. Установленный факт недостаточности выплаченной суммы есть основание права кредитора требовать возмещения убытков от неисполнения должником обязательства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ансон В. Договорное право. — М., 1984. — 432 с.
2. Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. — 2-е изд., испр. и доп. — М.: Статут, 2018. — 568 с.
3. Нам К. В. Эстоппель в контексте принципа добросовестности // Закон. — 2020. — № 4. — С. 38–46.
4. Реформирование гражданского законодательства: общие положения о сделках, обязательствах и договорах : монография / И. З. Аюшеева, И. С. Богданова, Е. С. Болтанова [и др.] ; отв. ред. В. В. Долинская. — М.: Проспект, 2018. — 545 с.

Материал поступил в редакцию 14 марта 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Anson V. Dogovornoe pravo. — M., 1984. — 432 s.
2. Vitryanskij V. V. Reforma rossijskogo grazhdanskogo zakonodatelstva: promezhutochnye itogi. — 2-e izd., ispr. i dop. — M.: Statut, 2018. — 568 s.
3. Nam K. V. Estoppel v kontekste principa dobrosovestnosti // Zakon. — 2020. — № 4. — S. 38–46.
4. Reformirovanie grazhdanskogo zakonodatelstva: obshchie polozheniya o sdelkah, obyazatelstvah i dogovorah : monografiya / I. Z. Ayusheeva, I. S. Bogdanova, E. S. Boltanova [i dr.] ; otv. red. V. V. Dolinskaya. — M.: Prospekt, 2018. — 545 s.

²⁰ Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 347–348.

Гражданско-правовая ответственность за нарушение прав на объекты промышленной собственности

Аннотация. В статье рассматриваются концептуальные вопросы юридической ответственности, в частности гражданско-правовой ответственности в сфере промышленной собственности. Отмечается, что институт юридической ответственности подвергается новому теоретико-правовому осмыслению в силу междисциплинарности и межотраслевого характера. Высказывается положение, что истоки проблемы юридической ответственности за нарушение прав на объекты интеллектуальной, в том числе промышленной, собственности — в социально-правовой ответственности, если исходить из позитивной составляющей юридической ответственности. Исследованы виды гражданско-правовой ответственности за нарушение прав на объекты промышленной собственности, а также выявлены актуальные проблемы защиты права промышленной собственности. Обозначен вопрос юридической ответственности в сфере интеллектуальной собственности, созданной системами искусственного интеллекта. Интеллектуальные права подлежат защите как в общем порядке, так и в соответствии со специальными нормами. В судебной практике за нарушение интеллектуальных прав распространен компенсационный характер гражданской ответственности, о чем свидетельствуют материалы судебного дела в рамках арбитражного процесса об отказе в возмещении убытков в виде упущенной выгоды. Законом не установлен перечень допустимых доказательств, на основании которых устанавливается факт нарушения прав на интеллектуальную собственность.

Ключевые слова: правовое регулирование; юридическая ответственность; гражданско-правовая ответственность; интеллектуальные права; промышленная собственность; результаты интеллектуальной деятельности; патент; промышленный образец; товарный знак; промышленное производство.

Для цитирования: Кожевина О. В. Гражданско-правовая ответственность за нарушение прав на объекты промышленной собственности // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 66–75. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.066-075.

© Кожевина О. В., 2021

* Кожевина Ольга Владимировна, доктор экономических наук, профессор Московского государственного технического университета имени Н. Э. Баумана (национальный исследовательский университет) (МГТУ имени Н. Э. Баумана), эксперт Торгово-промышленной палаты Российской Федерации, член Международного союза юристов и экономистов (Франция)
2-я Бауманская ул., д. 5, стр. 3, г. Москва, Россия, 105005
Kozhevina@bmstu.ru

Civil Liability for Violation of Industrial Property Rights

Olga V. Kozhevina, Dr. Sci. (Economics), Professor, Moscow State Technical University named after N. E. Bauman (National Research University); Expert of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation; Member of the International Union of Lawyers and Economists (France)

2-ya Baumanskaya, d. 5, str. 3, Moscow, Russia, 105005

Kozhevina@bmstu.ru

Abstract. The paper deals with conceptual issues of legal liability, in particular civil liability, in the field of industrial property. It is noted that the institution of legal responsibility is subject to new theoretical and legal comprehension due to its interdisciplinarity and intersectoral nature. The author argues that the origins of the problem of legal responsibility for violation of rights to intellectual property, including industrial property, come from social and legal responsibility, provided we rely on the positive component of legal responsibility. The author examines the types of civil liability for violation of rights to industrial property objects and determines topical problems of protection of industrial property rights. The paper focuses on the issue of legal responsibility in the field of intellectual property created by artificial intelligence. Intellectual property rights are subject to protection both according to the standard procedure and special rules. In judicial practice, the compensatory nature of civil liability is applied to the infringement of intellectual rights, as evidenced by the proceedings of the court case in the framework of the arbitration process concerning the refusal to compensate for losses in the form of lost profits. The law does not provide for the list of admissible evidence (legal test), on the basis of which the fact of violation of intellectual property rights is established.

Keywords: legal regulation; legal responsibility; civil liability; intellectual rights; industrial property; results of intellectual activity; patent; industrial model; trademark; industrial production.

Cite as: Kozhevina OV. Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost za narushenie prav na obekty promyshlennoy sobstvennosti [Civil Liability for Violation of Industrial Property Rights]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):66-75. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.066-075. (In Russ., abstract in Eng.).

Право интеллектуальной собственности имеет четыре основных раздела, применимых к различным типам объектов: авторское право, патенты, товарный знак и коммерческая тайна. Ответственность в первую очередь связана с нарушением исключительных прав на товарный знак, авторских прав и патентных прав. За нарушение интеллектуальных прав предусмотрена гражданская, административная и уголовная ответственность. Меры гражданско-правовой ответственности применяются для устранения имущественных последствий правонарушений.

Гражданско-правовая ответственность относится к виду юридической ответственности.

Гражданско-правовое воздействие на экономику имеет существенное значение для формирования системы обеспечения благоприятного инновационно-инвестиционного климата и устойчивого развития всех секторов экономики, особенно промышленного производства¹.

Институт юридической ответственности подвергается теоретико-правовому переосмыслению в контексте его интегративного понимания². Теория юридической ответственности в современной юриспруденции, тесно взаимодействуя с междисциплинарными исследованиями, распространяется также на социально-правовую ответственность. Аналогичный тезис приводится Р. В. Шагиевой, утверждающей,

¹ Кожевина О. В., Кожевина В. И. Вопросы регулирования и социально-правовой ответственности бизнеса // Бизнес в законе. 2007. № 4. С. 184.

² Реформа обязательственного права России: проблемы и перспективы : монография / под ред. Е. В. Богдановой. М. : Проспект, 2018. 416 с.

что переосмысление системы прав человека с соотношением ответственности субъекта перед обществом формирует образ и модель поведения ответственного человека³.

А. В. Малько рассматривает элементы социальной ответственности, а также обосновывает взаимосвязь юридической и социальной ответственности, относит юридическую ответственность к разновидности социальной ответственности⁴.

Утверждение взаимной ответственности государства и членов гражданского общества в качестве необходимого условия становления правового государства потребовало признания института ответственности как общечеловеческой ценности. В данном случае предполагается широкий подход к толкованию юридической ответственности — с позиции теории позитивной ответственности. В узком смысле юридическая ответственность выполняет функцию наказания, выступая одной из государственно-принудительных мер за правонарушение⁵. По мнению О. Е. Кутафина, юридическая ответственность есть негативная реакция государства за совершенное правонарушение в виде применения по отношению к виновному мер государственного воздействия⁶. С позиции А. В. Малько, юридическая ответственность — необходимость лица подвергнуться мерам государственного принуж-

дения за неправомерное поведение⁷. А. В. Малько, Д. А. Липинский, Р. С. Маркунин полагают, что от эффективности юридической ответственности зависит функционирование ее видов, формирование правового государства и предупреждение правонарушений. По их мнению, превенция правонарушений посредством позитивной юридической ответственности осуществляется «мягкими» способами и средствами⁸.

Юридическая ответственность, как сложное правовое явление, сочетает негативные и позитивные элементы⁹. Из диалектического взаимодействия позитивной и негативной составляющих юридической ответственности следует, что позитивная ответственность может предупреждать как правонарушения, так и негативную юридическую ответственность. Н. И. Матузов, будучи сторонником позитивной (проспективной) ответственности, акцентирует внимание на постоянном правомерном поведении и отсутствии противоправных действий, что свидетельствует об ответственности личности перед обществом¹⁰. Б. Т. Базылев¹¹, Л. Б. Малинин, Л. Б. Смирнов¹², рассматривая сущность позитивной юридической ответственности, утверждают, что в реальном правомерном поведении присутствует осознанное соблюдение закона, правовых норм. Д. А. Липинский также особое внимание уделяет проблемам макро-

³ Шагиева Р. В. Юридическая ответственность: теоретико-правовое осмысление основных подходов к ее пониманию // Вестник Московского областного университета. Серия : Юриспруденция. 2019. № 1. С. 40.

⁴ Малько А. В., Липинский Д. А., Маркунин Р. С. Юридическая ответственность как средство предупреждения правонарушений: актуальные проблемы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 7–10.

⁵ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск : Свердловский юридический институт, 1972. Т. 2. 401 с.

⁶ Кутафин О. Е. Основы государства и права. М. : Юрист, 2002. С. 432.

⁷ Малько А. В. Теория государства и права. М. : Юрист, 2005. С. 243.

⁸ Малько А. В., Липинский Д. А., Маркунин Р. С. Указ. соч. С. 13–14.

⁹ Бутакова Н. А., Пирожкова Н. П. Юридическая ответственность: понятие, виды // Научные труды Северо-Западной академии государственной службы. 2012. № 1 (5). С. 252.

¹⁰ Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов : Изд-во Саратовского гос. ун-та, 1987. 293 с.

¹¹ Базылев Б. Т. Юридическая ответственность (теоретические вопросы). Красноярск : Изд-во Красноярского гос. ун-та, 1985. 120 с.

¹² Малинин Л. Б., Смирнов Л. Б. Уголовно-исполнительное право. М. : Межрегиональный институт экономики и права, Контракт, Волтер Клувер, 2009. 368 с.

уровня юридической ответственности, позитивной ответственности¹³.

Юридическая ответственность базируется на принципах гуманизма, законности, обоснованности, справедливости, неотвратимости, своевременности наказания, однократности, презумпции невиновности, целесообразности, состязательности.

Представляется, что истоки проблемы юридической ответственности за нарушение прав на объекты интеллектуальной, в том числе промышленной, собственности — именно в социально-правовой ответственности, управленческо-правовой культуре бизнеса и реального сектора экономики, производства. Бизнес служит обществу, он порожденный общественным развитием институт и должен нести ответственность, являться примером законопослушания в условиях рыночной экономики, цифровизации общества, стремительного развития конкуренции. Например, патентный поверенный также несет гражданско-правовую имущественную ответственность перед доверителями в случае частной практики, основанной на принципе полного возмещения убытков¹⁴. Заключение патентного поверенного может повлечь нарушение исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (РИД), в том числе при перемещении через таможенную границу Российской Федерации, а также нарушение правил регистрации объектов интеллектуальной собственности в другой юрисдикции. В случае сговора действия поверенного могут быть квалифицированы как соучастие в преступлении с уголовной ответственностью.

Для наступления гражданской ответственности необходимы специфические основания,

образующие состав гражданского правонарушения: противоправность поведения в виде действия или бездействия; наличие убытков (вреда); причинно-следственная связь противоправного поведения, повлекшего убытки потерпевшего или причинение вреда; наличие вины правонарушителя. Ю. В. Ячменев полагает, что материальная ответственность есть не что иное, как санкция. В ряде случаев имеет место кумуляция санкций, т. е. вместе с основным наказанием применяется еще и дополнительное взыскание в материальной форме, например конфискация (ст. 243 ГК РФ)¹⁵. За нарушение патентных прав возможна конфискация и уничтожение контрафактного товара¹⁶.

На основании п. 1 ст. 1252 ГК РФ защита исключительных прав на РИД осуществляется предъявлением требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним; о возмещении убытков — к лицу, неправомерно использовавшему РИД или средство индивидуализации без заключения соглашения с правообладателем (бездоговорное использование) либо иным образом нарушившему его исключительное право и причинившему ему ущерб; о публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя — к нарушителю исключительного права. Гражданско-правовая ответственность может заключаться в запрете на продажу товара и в возмещении убытков правообладателю. При этом нарушитель несет ответственность без вины, а правообладатель должен доказать наличие убытков, причиненных конкретным нарушителем

¹³ Липинский Д. А., Репетева О. Е., Романова В. В. Институт юридической ответственности. М.: РИОР, Инфра-М, 2019. 230 с.

¹⁴ Федеральный закон от 30.12.2008 № 316-ФЗ «О патентных поверенных» (последняя редакция) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_83197/ (дата обращения: 15.06.2021). См. также: Артюхина И. Е. Правовая характеристика мер ответственности, применяемых к патентному поверенному за допущенные им нарушения // Современное право. 2010. № 2. С. 67.

¹⁵ Ячменев Ю. В. Гражданско-правовая ответственность. СПб.: ИВЭСЭП, 2010. 172 с.

¹⁶ Yeh B. T. Intellectual Property Rights Violations: Federal Civil Remedies and Criminal Penalties Related to Copyrights, Trademarks, Patents, and Trade Secrets. May 27, 2016. URL: <https://copyrightalliance.org/wp-content/uploads/2016/09/RL34109.pdf> (дата обращения: 15.06.2021).

при условии наличия и иных нарушителей¹⁷. Независимо от вины ответственность в сфере использования объектов промышленной собственности может наступить на основании п. 3 ст. 401 ГК РФ. К видам гражданско-правовой ответственности относят договорную (отчуждение патента) и внедоговорную (нарушение прав патентообладателя)¹⁸. Часть IV ГК РФ (ст. 1253, 1515, 1537) прямо указывает на ответственность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей за нарушение исключительных прав, незаконное использование товарного знака и наименования места происхождения товара.

В. А. Бобрышев отмечает проблему изъятия из гражданского оборота продукта (товаров, иного имущества), изготовленного (приобретенного, полученного) с нарушением исключительных прав на РИД¹⁹. Автор полагает, что это является неосновательным обогащением, ссылаясь на ст. 1102, 1104 и 1105 ГК РФ. При совершении правонарушений в сфере интеллектуальной собственности экономический субъект объективно является потерпевшим. Вопросы о возмещении убытков и возврате неосновательного обогащения являются гражданско-правовыми претензиями и должны быть разрешены в процессе гражданского (арбитражного) судопроизводства.

Интересна юридическая ответственность в сфере интеллектуальной собственности, созданной системами искусственного интеллекта (ИИ). Европейский парламент в конце 2020 г. принял три резолюции, в том числе режим гражданской ответственности для искусственного интеллекта²⁰. В резолюции Европейского парламента о режиме гражданской ответственности за

искусственный интеллект отмечается, что нет необходимости полного пересмотра хорошо функционирующих режимов ответственности в странах — членах Европейского Союза. Тем не менее, подчеркивая сложность, связность, непрозрачность и уязвимость, возможность модификации посредством обновлений, способность к самообучению и потенциальную автономию систем искусственного интеллекта, а также множество вовлеченных субъектов, Европейский парламент заявляет, что гражданская ответственность является одной из важных проблем. Резолюция фокусируется на исках о гражданской ответственности к оператору системы ИИ: ответственность оператора оправдана тем фактом, что он несет ответственность за риск, связанный с системой ИИ, поскольку во многих случаях это первое контактное лицо для потерпевшего. В резолюции также подчеркивается, что должны применяться различные правила ответственности, с опорой на риск-ориентированный подход. Четкие критерии и определения еще обсуждаются, с тем чтобы обеспечить высокий уровень правовой определенности в ЕС. Проблема права интеллектуальной собственности при разработке технологий искусственного интеллекта комплексно не рассматривалась Европейской комиссией.

Относительно создания РИД искусственным интеллектом ведется очень много споров, особенно с учетом того, что в недалеком будущем, возможно, юниты (носители) ИИ обретут правосубъектность²¹. Юнит ИИ понимается как интеллектуальная компьютерная система, которая способна сама мыслить, планировать, обучаться, обмениваться информацией, решать,

¹⁷ Гольский Д. Ответственность за нарушение патентного права // URL: <https://www.vvcl.ru/2014/09/otvetstvennost-za-narushenie-patentnogo-prava/> (дата обращения: 14.06.2021).

¹⁸ Егорова М. А. Некоторые особенности реализации прав на изменение и расторжение договора в российском праве // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 4 (56). С. 236–242.

¹⁹ Бобрышев В. А. Ответственность за нарушения прав хозяйствующих субъектов на результаты интеллектуальной деятельности // Законы России. 2008. № 1. С. 50, 52.

²⁰ EP's Resolutions on Ethical Framework, Civil Liability and Intellectual Property Rights for AI // URL: <https://ai-regulation.com/news-eps-resolutions-on-ethical-framework-civil-liability-and-intellectual-property-rights-for-ai/> (дата обращения: 14.06.2021).

²¹ Галтфанов Р., Карлиев Р., Галифанов Г. Искусственный интеллект и проблемы реального и виртуального права авторства // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2021. № 2. С. 25.

воспринимать и выполнять команды в режиме диалога, кроме того, вполне адекватно взаимодействовать с внешней средой, исключая человеческий фактор и эмоциональную составляющую. Роботизация экономики порождает новые вопросы и для законодателя на стыке юридических и технических аспектов. Искусственный интеллект за последние пять лет значительно проник в промышленность, образование, медицину, государственное управление, уже сейчас наблюдаются примеры не только позитивного, но и негативного влияния — в силу неотработанности технологий искусственного интеллекта. Прогресс развития носителей искусственного интеллекта (юнитов) такой, что они, подобно человеку, способны самостоятельно генерировать оригинальные творческие результаты на основе переработки, анализа и обобщения информации.

Гражданская ответственность за правонарушение в сфере интеллектуальной собственности наступает независимо от привлечения лица к уголовной или административной ответственности. Субъектом правонарушения может быть юридическое (гражданская, административная) или физическое лицо (гражданская, административная, уголовная ответственность).

Согласно официальным данным судебной статистики²² за 2020 г. поступило 476 заявлений по экономическим спорам, возникшим из гражданских правоотношений. Рассмотренных дел об оспаривании нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы заявителя в области правовой охраны, в том числе по промышленной собственности, включающей патентные права, права на селекционные достижения, права на секреты производства (ноу-хау), права использования РИД в составе единой технологии, а также о возмещении вреда в 2020 г. не было. Рассмотрено 894 дела (удовлетворены требования по 307) о предоставлении или прекращении правовой охраны РИД и средств индивидуализации (за

исключением объектов авторских и смежных прав, топологий интегральных микросхем). Из рассмотренных дел значительное количество касается:

- оспаривания ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о признании недействительным патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец — 63 дела (удовлетворены требования по 14);
- отказа в признании недействительным решения о предоставлении правовой охраны товарному знаку, наименованию места происхождения товара и о предоставлении исключительного права на такое наименование — 111 дел (удовлетворены требования по 24);
- выдачи патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец — 2 дела;
- установления патентообладателя — 18 дел (удовлетворены требования по 2).

Интересен пример о взыскании убытков, причиненных незаконным использованием полезной модели. Следует отметить, что взыскание убытков, причиненных нарушением патента, встречается крайне редко, о чем свидетельствуют приведенные выше статистические данные. В 2020 г. дело направлено на третий круг рассмотрения. В 2016 г. в суд обратилось общество «Квант» и, сославшись на незаконное использование предприятием «Сенсор» полезной модели «Дроссельная заслонка» по патенту истца на полезную модель, потребовало взыскать упущенную выгоду в размере примерно 3,5 млн руб. Такой упущенной выгодой истец в силу п. 2 ст. 15 ГК РФ считал доход (выручку), полученный ответчиком от продажи контрафактных изделий. Апелляционным судом и Судом по интеллектуальным правам поддержана позиция, что выручка ответчика от продажи контрафакта действительно является упущенной выгодой истца. Как установлено судами, истец после

²² Отчет о работе Суда по интеллектуальным правам (первая инстанция) за 2020 год // Судебный департамент при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=5670> (дата обращения: 15.06.2021).

появления на рынке ответчика не смог продавать свои изделия и, следовательно, выручка ответчика одновременно является неполученным доходом истца. В 2018 г. Верховный Суд РФ направил дело на новое рассмотрение, указав, что при предъявлении иска о возмещении упущенной выгоды истцу необходимо представить доказательства реальности получения дохода. При новом рассмотрении в удовлетворении иска было отказано, истец не доказал возможность получения упущенной выгоды. Постановлением от 08.09.2020 Суд по интеллектуальным правам отменил судебные акты, отправив дело на новое рассмотрение. Он указал, что установление факта нарушения исключительного права на полезную модель само по себе исключает возможность освобождения ответчика от мер имущественной ответственности, а отказ в удовлетворении имущественных требований является необоснованным ограничением правообладателя в судебной защите. Поэтому если возникновение убытков, возмещения которых требует истец, является обычным последствием допущенного ответчиком нарушения, то наличие причинной связи между нарушением и доказанными убытками предполагается. Суд по интеллектуальным правам отметил, что при нормальных условиях гражданского оборота (при соблюдении ответчиком исключительного права истца) правообладатель мог получить упущенную выгоду. Таким образом, ответчик, обязанный соблюдать законодательство, должен был изыскать правовые средства для получения продукции истца или прав на использование полезной модели и тем самым стать источником имущественной выгоды для последнего. Суд констатировал, что нарушение исключительного права посредством вывода на рынок контрафактного товара естественным образом влечет для правообладателя снижение его доходов. Соответственно, возникновение у правообла-

даря упущенной выгоды в результате нарушения ответчиком исключительного права является обычным последствием и не требует доказывания²³.

13 апреля 2021 г. по данному делу вынесено определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ. Суд оставил без изменения судебные акты об отказе в возмещении убытков в виде упущенной выгоды, причиненных нарушением исключительного права истца на полезную модель, в связи с недоказанностью истцом совокупности условий, необходимой для взыскания указанных убытков. Верховный Суд поддержал суды первой и апелляционной инстанций. Введение в оборот контрафактных товаров само по себе не свидетельствует о возникновении у правообладателя упущенной выгоды. В первой закупке, кроме истца, участвовало еще несколько организаций, и предложенная истцом цена не была наименьшей после заявки ответчика. Во второй закупке истец вообще не участвовал. Факт закономерного снижения доходов правообладателя из-за контрафактного товара не освобождает от доказывания обстоятельств, необходимых для взыскания упущенной выгоды²⁴.

В механизме правового регулирования юридическая ответственность занимает важное место. Юридическая ответственность — регулятор общественных отношений с позиции как побуждения к правомерному поведению, так и неотвратимости наказания за правонарушение. Экономически более выгодно не допускать противоправное поведение, тем более если рассматривать нарушения закона в сфере исключительных прав. Социальная сторона юридической ответственности — в позитивном ее толковании.

Проведенное исследование свидетельствует о многообразии подходов ученых-цивилистов к определению форм и содержания юридической ответственности с учетом развития граж-

²³ Лабзин М. В. Топ-13 IP-споров 2020 года. Самые громкие судебные дела в сфере интеллектуальной собственности. 24 марта 2021 г. // URL: https://www.intellectpro.ru/press/works/top_13_ip_sporov_2020_goda/ (дата обращения: 15.06.2021).

²⁴ Определение СК по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 13.04.2021 № 309-ЭС17-15659 по делу № А34-5796/2016 // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/400584220/> (дата обращения: 15.06.2021).

данского общества и предупреждения правонарушений. Гражданско-правовая ответственность содержательно ближе к позитивной (проспективной), в отличие от административной и уголовной.

Интеллектуальные права подлежат защите как в общем порядке, так и в соответствии со специальными нормами. В судебной практике по нарушению интеллектуальных прав распространён компенсационный характер гражданской ответственности, о чем свидетельствуют материалы судебного дела в рамках арбитражного процесса об отказе в возмещении убытков в виде упущенной выгоды. Законом не предусмотрен перечень допустимых доказательств, на основании которых устанавливается факт

нарушения прав на интеллектуальную собственность²⁵.

В Российской Федерации защита прав на объекты промышленной собственности носит межотраслевой характер, реализуется нормами гражданского, административного и уголовного законодательства. Специфика обусловлена также комплексностью объектов промышленной собственности (ч. 1 ст. 1225 ГК РФ), к которой относятся изобретение, полезная модель, промышленный образец, селекционное достижение, топология интегральной микросхемы, секреты производства (ноу-хау), фирменное наименование, товарный знак и знак обслуживания, наименование места происхождения товара, коммерческое обозначение.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Проблемы теории права. — Свердловск : Свердловский юридический институт, 1972. — Т. 2. — 401 с.
2. Артюхина И. Е. Правовая характеристика мер ответственности, применяемых к патентному поверенному за допущенные им нарушения // Современное право. — 2010. — № 2. — С. 67–60.
3. Базылев Б. Т. Юридическая ответственность (теоретические вопросы). — Красноярск : Изд-во Красноярского гос. ун-та, 1985. — 120 с.
4. Бобрышев В. А. Ответственность за нарушения прав хозяйствующих субъектов на результаты интеллектуальной деятельности // Законы России. — 2008. — № 1. — С. 50–56.
5. Бутакова Н. А., Пирожкова Н. П. Юридическая ответственность: понятие, виды // Научные труды Северо-Западной академии государственной службы. — 2012. — № 1 (5). — С. 251–265.
6. Галтфанов Р., Карлиев Р., Галифанов Г. Искусственный интеллект и проблемы реального и виртуального права авторства // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2021. — № 2. — С. 19–32.
7. Гольский Д. Ответственность за нарушение патентного права // URL: <https://www.vvcl.ru/2014/09/otvetstvennost-za-narushenie-patentnogo-prava/> (дата обращения: 14.06.2021).
8. Егорова М. А. Некоторые особенности реализации прав на изменение и расторжение договора в российском праве // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2019. — № 4 (56). — С. 236–242.
9. Кожевина О. В., Кожевин В. И. Вопросы регулирования и социально-правовой ответственности бизнеса // Бизнес в законе. — 2007. — № 4. — С. 184–186.
10. Кутафин О. Е. Основы государства и права. — М. : Юрист, 2002. — 458 с.

²⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». Общие вопросы защиты интеллектуальных прав // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_323470/c01923bc1d0db60508e82c505d7d29b544e91443/ (дата обращения: 15.06.2021).

11. Лабзин М. В. Топ-13 IP-споров 2020 года. Самые громкие судебные дела в сфере интеллектуальной собственности. 24 марта 2021 г. // URL: https://www.intellectpro.ru/press/works/top_13_ip_sporov_2020_goda/ (дата обращения: 15.06.2021).
12. Липинский Д. А., Репетева О. Е., Романова В. В. Институт юридической ответственности. — М. : РИОР, Инфра-М, 2019. — 230 с.
13. Малинин Л. Б., Смирнов Л. Б. Уголовно-исполнительное право. — М. : Межрегиональный институт экономики и права, Контракт, Волтер Клувер, 2009. — 368 с.
14. Малько А. В. Теория государства и права. — М. : Юрист, 2005. — 304 с.
15. Малько А. В., Липинский Д. А., Маркунин Р. С. Юридическая ответственность как средство предупреждения правонарушений: актуальные проблемы // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2020. — № 4. — С. 4–24.
16. Матузов Н. И. Правовая система и личность. — Саратов : Изд-во Саратовского гос. ун-та, 1987. — 293 с.
17. Реформа обязательственного права России: проблемы и перспективы : монография / под ред. Е. В. Богдановой. — М. : Проспект, 2018. — 416 с.
18. Шагиева Р. В. Юридическая ответственность: теоретико-правовое осмысление основных подходов к ее пониманию // Вестник Московского областного университета. Серия : Юриспруденция. — 2019. — № 1. — С. 39–50.
19. Ячменев Ю. В. Гражданско-правовая ответственность. — СПб. : ИВЭСЭП, 2010. — 172 с.
20. EP's Resolutions on Ethical Framework, Civil Liability and Intellectual Property Rights for AI // URL: <https://ai-regulation.com/news-eps-resolutions-on-ethical-framework-civil-liability-and-intellectual-property-rights-for-ai/> (дата обращения: 14.06.2021).
21. Yeh B. T. Intellectual Property Rights Violations: Federal Civil Remedies and Criminal Penalties Related to Copyrights, Trademarks, Patents, and Trade Secrets. May 27, 2016 // URL: <https://copyrightalliance.org/wp-content/uploads/2016/09/RL34109.pdf> (дата обращения: 15.06.2021).

Материал поступил в редакцию 17 июня 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseev S. S. Problemy teorii prava. — Sverdlovsk : Sverdlovskij juridicheskij institut, 1972. — Т. 2. — 401 s.
2. Artyuhina I. E. Pravovaya harakteristika mer otvetstvennosti, primenyaemyh k patentnomu poverennomu za dopushchennye im narusheniya // Sovremennoe pravo. — 2010. — № 2. — С. 67–60.
3. Bazylev B. T. Yuridicheskaya otvetstvennost (teoreticheskie voprosy). — Krasnoyarsk : Izd-vo Krasnoyarskogo gos. un-ta, 1985. — 120 s.
4. Bobryshev V. A. Otvetstvennost za narusheniya prav hozyajstvuyushchih subektov na rezultaty intellektualnoj deyatel'nosti // Zakony Rossii. — 2008. — № 1. — С. 50–56.
5. Butakova N. A., Pirozhkova N. P. Yuridicheskaya otvetstvennost: ponyatie, vidy // Nauchnye trud Severo-Zapadnoj akademii gosudarstvennoj sluzhby. — 2012. — № 1 (5). — С. 251–265.
6. Galtfanov R., Karliev R., Galifanov G. Iskusstvennyj intellekt i problemy real'nogo i virtual'nogo prava avtorstva // Intellektual'naya sobstvennost. Promyshlennaya sobstvennost. — 2021. — № 2. — С. 19–32.
7. Golskij D. Otvetstvennost za narushenie patentnogo prava // URL: <https://www.vvcl.ru/2014/09/otvetstvennost-za-narushenie-patentnogo-prava/> (data obrashcheniya: 14.06.2021).
8. Egorova M. A. Nekotorye osobennosti realizacii prav na izmenenie i rastorzhenie dogovora v rossijskom prave // Vestnik Universiteta imeni O.E. Kутафина (MGYuA). — 2019. — № 1 (56). — С. 236–242.
9. Kozhevina O. V., Kozhevina V. I. Voprosy regulirovaniya i socialno-pravovoj otvetstvennosti biznesa // Biznes v zakone. — 2007. — № 4. — С. 184–186.
10. Kutafin O. E. Osnovy gosudarstva i prava. — М. : Yurist, 2002. — 458 s.

11. Labzin M. V. Top-13 IP-sporov 2020 goda. Samye gromkie sudebnye dela v sfere intellektualnoj sobstvennosti. 24 marta 2021 g. // URL: https://www.intellectpro.ru/press/works/top_13_ip_sporov_2020_goda/ (data obrashcheniya: 15.06.2021).
12. Lipinskij D. A., Repeteva O. E., Romanova V. V. Institut yuridicheskoy otvetstvennosti. — M. : RIOR, Infra-M, 2019. — 230 s.
13. Malinin L. B., Smirnov L. B. Ugolovno-ispolnitelnoe pravo. — M. : Mezhtsestvennyy institut ekonomiki i prava, Kontrakt, Volter Kluver, 2009. — 368 s.
14. Malko A. V. Teoriya gosudarstva i prava. — M. : Yurist, 2005. — 304 s.
15. Malko A. V., Lipinskij D. A., Markunin R. S. Yuridicheskaya otvetstvennost kak sredstvo preduprezhdeniya pravonarushenij: aktualnye problemy // Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki. — 2020. — № 4. — S. 4–24.
16. Matuzov N. I. Pravovaya sistema i lichnost. — Saratov : Izd-vo Saratovskogo gos. un-ta, 1987. — 293 s.
17. Reforma obyazatelstvennogo prava Rossii: problemy i perspektivy : monografiya / pod red. E. V. Bogdanovoj. — M. : Prospekt, 2018. — 416 s.
18. Shagieva R. V. Yuridicheskaya otvetstvennost: teoretiko-pravovoe osmyslenie osnovnyh podhodov k ee ponimaniyu // Vestnik Moskovskogo oblastnogo universiteta. Seriya : Yurisprudenciya. — 2019. — № 1. — S. 39–50.
19. Yachmenev Yu. V. Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost. — SPb. : IVESEP, 2010. — 172 s.
20. EP's Resolutions on Ethical Framework, Civil Liability and Intellectual Property Rights for AI // URL: <https://ai-regulation.com/news-eps-resolutions-on-ethical-framework-civil-liability-and-intellectual-property-rights-for-ai/> (data obrashcheniya: 14.06.2021).
21. Yeh B. T. Intellectual Property Rights Violations: Federal Civil Remedies and Criminal Penalties Related to Copyrights, Trademarks, Patents, and Trade Secrets. May 27, 2016 // URL: <https://copyrightalliance.org/wp-content/uploads/2016/09/RL34109.pdf> (data obrashcheniya: 15.06.2021).

Право пожизненного проживания дарителя как условие в договоре дарения

Аннотация. В статье рассматривается вопрос о возможности включения права пожизненного проживания дарителя в договор дарения недвижимого имущества. Актуальность темы обусловлена большим количеством судебных споров, которые возникают после заключения договора дарения в связи с выселением дарителя из жилого помещения. Среди теоретиков нет единой точки зрения о допустимости включения условия о пожизненном проживании в договор дарения, так как данное условие может быть расценено в качестве встречного предоставления. Ситуация осложняется тем, что право пожизненного проживания не упомянуто ни в Гражданском кодексе, ни в Жилищном кодексе Российской Федерации. Тем не менее суды, как правило, признают данное условие в договоре действительным. Предлагается включать в договор дарения отменительное или отлагательное условие. Отменительное условие заключается в том, что при нарушении права пожизненного проживания дарителя правоотношение прекращается с момента нарушения права. Отлагательное условие предусматривает следующее: при нарушении права пожизненного проживания у дарителя возникает право отменить дарение. Это позволит, во-первых, закрепить за дарителем право отменить дарение, если его право пожизненного проживания нарушается. Во-вторых, это разрешит теоретические споры, так как отменительное и отлагательное условия являются дополнительными и не меняют каузы сделки.

Ключевые слова: дарение; договор дарения; даритель; право пожизненного проживания; отлагательное условие; отменительное условие; отмена дарения; сделки под условием; судебная практика; Единый государственный реестр недвижимости.

Для цитирования: Митрофанова И. А. Право пожизненного проживания дарителя как условие в договоре дарения // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 76–81. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.076-081.

The Donor's Right to Reside for Life as a Condition in the Gift Agreement

Irina A. Mitrofanova, Methods Specialist, Notary Chamber of the Volgograd Region
ul. Prazhskaya, d. 1, Volgograd, Russia, 400005
advance100@inbox.ru

Abstract. The paper discusses the issue of the possibility of including the donor's right to live for life in the real estate gift agreement. The relevance of this topic is predetermined by the large number of legal disputes that arise after the conclusion of a gift agreement in connection with the eviction of the donor from the living premises. There is no common point of view among theorists about the admissibility of the condition of life-long residence in the gift agreement, since this condition can be regarded as consideration. The situation is complicated by the fact that the right to live for life is not mentioned either in the Civil Code of the Russian Federation or in the Housing Code

© Митрофанова И. А., 2021

* Митрофанова Ирина Александровна, методист Нотариальной палаты Волгоградской области
Празжская ул., д. 1, г. Волгоград, Россия, 400005
advance100@inbox.ru

of the Russian Federation. Nevertheless, the courts, as a rule, recognize this condition in the contract as valid. It is proposed to include a canceling or suspensive condition in the gift agreement. Under the canceling condition, in case of violation of the donor's right to live for life, the legal relationship terminates from the moment of violation of the right. The suspensive condition stipulates the following: in case of violation of the right of life-long residence, the donor has the right to cancel the gift. This will allow, firstly, to secure for the donor the right to cancel the gift if his right to live for life is violated. Secondly, this will resolve theoretical disputes, since the canceling and suspensive conditions are supplementary and do not change the causation of the transaction.

Keywords: gift; gift agreement; donor; the right to live for life; suspensive condition; canceling condition; cancellation of the gift; conditional transactions; arbitrage practice; Unified state register of real estate.

Cite as: Mitrofanova IA. Pravo pozhiznennogo prozhivaniya daratelya kak uslovie v dogovore dareniya [The Donor's Right to Reside for Life as a Condition in the Gift Agreement]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):76-81. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.076-081. (In Russ., abstract in Eng.).

Сделки, совершенные под условием, являются договорными конструкциями, позволяющими более гибко регулировать гражданско-правовые отношения, а также снижать риски возникновения неблагоприятных последствий после заключения сделки. В настоящее время нельзя отметить широкое и повсеместное использование таких договоров. Однако включение условия в сделку может решить насущные практические задачи.

Одной из таких задач является снижение рисков неблагоприятных последствий для дарителя при заключении договора дарения. Нередки случаи, когда после заключения договора дарения недвижимого имущества даритель (как правило, гражданин преклонного возраста), вопреки устным обещаниям одаряемого, высылается в принудительном порядке из жилого помещения и попадает в трудную жизненную ситуацию. Выходом может стать включение в договор дарения условия о пожизненном проживании дарителя в жилом помещении, передаваемом в дар.

Об актуальности проблемы свидетельствует и обширная судебная практика. Так, на портале «Судебные и нормативные акты Российской Федерации» по запросу «дарение с правом пожизненного проживания» найдено 5 527 дел, рассмотренных судами общей юрисдикции в период с 1 января 2019 г. по 1 апреля 2021 г.¹

Среди исследователей данной темы не сложилось единого мнения о допустимости включения дополнительных условий в договор дарения. Так, С. Н. Соловых полагает, что если в договоре дарения жилого помещения оговаривается условие сохранения права проживания дарителя, то данная сделка не может считаться безвозмездной, соответственно, должна рассматриваться как притворная и ничтожная. К такой сделке должны применяться правила ст. 168 ГК РФ².

А. Бычков, напротив, считает, что необходимо различать встречные обязательства сторон и условия сделки. И в случае договора дарения право пожизненного проживания дарителя нельзя рассматривать как встречное обязательство. Это условие сделки, которое даритель вправе включить в договор³.

На наш взгляд, ситуацию нужно рассматривать с двух точек зрения: теоретической и практической. Если главенствующую роль отводить теории, то появляется естественное желание сохранить правовую чистоту сделки. Дарение в чистом виде не предполагает никаких встречных обязательств, встречного исполнения, наложения обременения, т.е. возмездности в любом выражении. С практической же точки зрения включение условия о пожизненном проживании дарителя в договор дарения является насущной потребностью, что становится ясным при анализе судебной практики.

¹ Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 01.04.2021).

² Соловых С. Н. Дарение в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 177.

³ Бычков А. Договор дарения: юридическая квалификация, особенности и риски // Новая бухгалтерия. 2017. № 9.

Судебная практика идет в направлении признания условия о пожизненном проживании дарителя в качестве действительного в сделке. Подобный вывод содержится, например, в определении Липецкого областного суда от 09.07.2012 № 33-1459/2012⁴. Суд обосновал свою позицию тем, что сохранение права пожизненного проживания носит символический характер по сравнению с действиями, которые совершает даритель. В договоре прямо указана безвозмездность передачи имущества. В то же время суд ссылается на ст. 421 Гражданского кодекса РФ (свобода договора), а также упоминает о том, что стороны могут заключать договоры, в которых содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами. Довод о том, что пожизненное право проживания является встречным обязательством в договоре дарения и поэтому договор должен быть признан недействительным, был признан несостоятельным.

Необходимо отметить, что условие о пожизненном проживании не исключает всех рисков, так как даритель все же лишается права собственности на имущество и, даже сохраняя за собой право проживать в жилом помещении, не может ограничить нового собственника в полномочиях распоряжения данным имуществом.

Например, решением Белорецкого межрайонного суда Республики Башкортостан от 29.07.2020 по делу № 2-929/2020⁵ отказано в удовлетворении исковых требований гражданки П. к своему сыну о признании договора дарения недействительным. Гражданка П. подарила сыну квартиру, указав в договоре дарения, что она сохраняет за собой право пожизненного проживания. В последующем одаряемый заключил договор займа денежных средств под залог подаренной квартиры. Долг не вернул, поэтому в судебном порядке на квартиру было обращено взыскание. Истица утверждала, что

в момент заключения договора не осознавала последствий совершаемых действий, была в заблуждении, просила признать договор дарения недействительным. Договор был признан действительным, в том числе в части, закрепляющей за истицей право пожизненного проживания. Конечно, это не помешало переходу права собственности к третьему лицу в порядке взыскания.

Решением Калининского районного суда г. Уфы Республики Башкортостан от 20.05.2020 по делу № 2-15/2020⁶ было отказано в удовлетворении исковых требований К. о признании договора дарения недействительным и применении последствий недействительности сделки. Судом установлено, что истица подарила квартиру своему брату. Квартира является ее единственным жилищем. В договоре дарения было предусмотрено право пожизненного проживания дарителя. После смерти брата квартира перешла в собственность его наследников по закону — супруги и детей. Даритель потребовала признать договор недействительным, так как после отчуждения имущества она не только продолжала проживать в квартире, но и оплачивала коммунальные услуги.

Очевидно, что, сохраняя за собой право проживания, даритель рассматривает два варианта: либо продолжать самому проживать в данном жилом помещении, либо проживать вместе с одаряемым(и). Возникает закономерный вопрос: зачем дарить единственное жилье при жизни, если можно составить завещание, и тогда имущество перейдет к определенным лицам после смерти? Рисков лишиться единственного места жительства при этом нет.

Однако завещание не является гарантией того, что имущество перейдет к указанным в нем лицам в полном объеме, особенно если граждане не находятся в родственных отношениях либо есть несколько наследников первой

⁴ Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/WbSDmfUGW6d/> (дата обращения: 05.01.2021).

⁵ Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/VKoeTUg6mv1e/> (дата обращения: 02.04.2021).

⁶ Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/dzxnMn1yC9IF/> (дата обращения: 01.04.2021).

очереди, а право собственности хочется передать только одному из них. В случае если кто-то из законных наследников будет являться обязательным наследником (несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, а также нетрудоспособные иждивенцы наследодателя), наследник по завещанию сможет унаследовать не все завещанное имущество, а лишь его часть. Поэтому иногда заключение договора дарения является единственным выходом из такой ситуации.

А. О. Рыбалов, приводя в пример случай из судебной практики, ставит вопрос: обладает ли право дарителя на пожизненное проживание свойством следования? В договоре дарения было указано условие о пожизненном проживании дарителя в квартире. Одаряемая после заключения договора продала квартиру. Столкнулись интересы новых собственников и дарителя. Новый собственник требовал выселения, а даритель признания права пользования (проживания) квартирой. Суд встал на сторону дарителя, сославшись на то, что новый собственник, покупая квартиру, знал обо всех условиях договора дарения⁷.

Суд в этой ситуации встал на сторону слабой стороны. Однако решение подобных споров осложняется тем, что право пожизненного проживания не указано в Гражданском кодексе РФ. На проблему непоименованных («малоурегулированных», «упомянутых») прав обращает внимание, в частности, С. И. Сулова⁸. В статье 216 ГК РФ перечислены вещные права лиц, не являющихся собственниками. Перечисление носит вполне конкретный характер, по всей видимости, его можно расценивать как закрытый перечень. Но в ст. 292 ГК РФ уже находим указание на право пользования жилым помещением членов семьи собственника. Получается, что список, приведенный в ст. 216 ГК РФ, не является исчер-

пывающим, а следовательно, возможно существование иных ограниченных вещных прав, не упомянутых в законе. Их выделение может базироваться на судебной практике, анализе фактических правоотношений.

Так, встречаются случаи отрицания судебной практикой возможности существования субъективного права дарителя, сохранившего право проживания, при смене собственника.

Например, в решении Семикаракорского районного суда Ростовской области от 12.12.2011 по делу № 2-728/2011⁹ указано на то, что «обязательство одаряемого обеспечить дарителю право пожизненного проживания в подаренном жилом доме является скрытой формой предоставления со стороны одаряемого средств на содержание дарителя. В силу п. 2 ст. 170 ГК РФ притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна». При этом суд сравнил данные отношения с правом проживания на основании договора пожизненного содержания с иждивением.

Чтобы избежать противоречия с теоретической точки зрения, предлагается включать условие о пожизненном проживании дарителя в качестве дополнительного условия договора дарения в соответствии со ст. 157 ГК РФ. То есть если одаряемый своими действиями препятствует проживанию в жилом помещении дарителя, то правоотношения прекращаются (могут быть прекращены) и стороны возвращаются в исходное правовое положение: даритель вновь становится собственником подаренного недвижимого имущества. В этом случае условие о пожизненном проживании не будет входить в основу конструкции сделки, не будет определять ее сущность. Например, в договоре пожизненного содержания с иждивением обеспечение жилищем получателя ренты может входить в круг обязанностей плательщика ренты, и это опре-

⁷ Рыбалов А. О. *Iura in re: numerous clauses vs numerous apertus* // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 7.

⁸ Сулова С. И. *Непоименованные субъективные права на жилые помещения* // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2017. № 1. С. 18.

⁹ Судебные и нормативные акты РФ. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/nLQ59nY26ELI> (дата обращения: 03.09.2019).

деляет суть договора. Получатель ренты отчуждает имущество, а плательщик ренты обеспечивает базовые потребности получателя. Условие о пожизненном проживании получателя ренты в отчуждаемом жилом помещении будет определяющим, неотъемлемым от договора, определяющим его специфику. Более того, плательщик ренты сможет произвести отчуждение жилого помещения только с согласия получателя ренты.

В договоре дарения такого широкого круга обязанностей одаряемого не может быть предусмотрено. Основу дарения составляет кауза *donandi*. Суть дарения — не обеспечить свои потребности за счет отчуждения имущества, а «одарить». Можно ли утверждать, что если даритель сохраняет за собой право пожизненного проживания, то его намерение «одарить» искажается? Конечно, нет.

В соответствии со ст. 157 ГК РФ в сделку может быть включено как отлагательное, так и отменительное условие. Исключений для договора дарения нет. Зачастую желания граждан не совпадают с объективными возможностями, что приводит к дарению единственного недвижимого имущества. Включение условия априори не влияет на специфику возникающих правоотношений, а лишь играет роль «неопределенного срока», служит ограничителем продолжительности правоотношений. Включение такого условия также служит защитой дарителя от выселения.

Возникает вопрос: какого характера должно быть условие — отменительного или отлагательного? Как известно, наступление отлагательного условия ведет к возникновению прав и обязанностей, наступление отменительного условия — к их прекращению. Казалось бы, очевидно, что условие должно быть отменительным, однако есть несколько нюансов.

Сама возможность дарителя в какой-то момент отменить дарение предусмотрена ст. 578 ГК РФ. То есть такая ситуация не будет теоретически парадоксальной. Но, поскольку предметом договора дарения в нашем случае является недвижимое имущество, необходимо учитывать процедуру регистрации прав на это имущество.

Если отменительное условие включается, например, в договор поставки, то при его наступлении поставщик может просто перестать

поставлять товар. Таким образом, договор будет исполнен.

Если отменительное условие наступает после заключения договора дарения недвижимого имущества, то даритель должен обратиться в соответствующие государственные органы для внесения изменений в ЕГРН. То есть моментального прекращения правоотношений быть не может, так как они не носят длящегося характера, обязанность передать имущество уже была исполнена. Но для такого изменения должны быть веские основания. Невозможно представить ситуацию, когда даритель обратится в Росреестр с просьбой перевести на него право собственности в связи с тем, что его выселяют из подаренной им же квартиры. Как доказать нарушение права пожизненного проживания и зарегистрировать за собой право собственности?

В статье 578 ГК РФ указан случай, когда можно включить отменительное условие в договор дарения — если даритель переживет одаряемого. Но в таком случае наступление условия легко доказуемо.

В случае с нарушением права пожизненного проживания единственным выходом видится обращение в судебные органы. Предстоит доказывать, что право нарушено. А затем на основании судебного решения возможно будет восстановить право собственности. При этом важен будет момент прекращения правоотношений — наступление отменительного условия (момент нарушения права).

В статье 578 ГК РФ мы находим указание также на случаи, когда у дарителя возникает право отменить дарение. Например, если одаряемый совершил покушение на жизнь дарителя, жизнь кого-либо из членов его семьи или близких родственников или обращается с подаренной вещью, представляющей для дарителя большую неимущественную ценность, так, что создает угрозу ее безвозвратной утраты. В таком случае речь идет об отлагательном условии, так как его наступление ведет не к сиюминутному прекращению правоотношения, а к возникновению у дарителя права на отмену дарения, которым он может воспользоваться.

Таким образом, нарушение права пожизненного проживания в договоре дарения может

быть указано как в качестве отменительного, так и в качестве отлагательного условия. Последствия будут разными, но и то и другое позволит дарителю защитить свои права в судебном порядке в случае необходимости.

Однако не стоит забывать о том, что одаряемый в любой момент после заключения договора дарения может распорядиться подаренным имуществом. Указание в договоре на право пожизненного проживания дарителя и включение условия о том, что при его нарушении происходит отмена дарения, не может ограничить нового собственника в его правомочиях.

Поэтому если мы говорим об абсолютном соответствии волеизъявлению дарителя, то на квартиру должно быть установлено обременение в виде ограничения оборотоспособности на период до смерти дарителя. Но здесь мы опять сталкиваемся с проблемой непоименованности права пожизненного проживания.

Если одаряемый впоследствии захочет продать имущество, которое приобрел по договору дарения, то право пожизненного проживания за дарителем по логике содержания договора дарения должно сохраняться и при изменении

состава собственников. В идеальном варианте на жилое помещение, являющееся даром, должно устанавливаться обременение в виде запрета на распоряжение со стороны одаряемого до смерти дарителя.

Право пожизненного проживания крайне редко фиксируется регистратором при регистрации права собственности после совершения сделки, что является большим недостатком. Право пожизненного проживания также является обременением жилого помещения, и его следует прописывать в Едином государственном реестре недвижимости, чтобы собственник не мог ввести в заблуждение покупателей имущества.

Подводя итог, можем сделать вывод, что в договор дарения может быть включено право дарителя на пожизненное проживание в отчуждаемом имуществе. Нарушение этого права может фиксироваться как в качестве отменительного, так и в качестве отлагательного условия. Это обусловлено сочетанием вещной и обязательственной природы договора. Использование подобной правовой конструкции будет содействовать защите прав граждан.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бычков А. Договор дарения: юридическая квалификация, особенности и риски // Новая бухгалтерия. — 2017. — № 9.
2. Рыбалов А. О. Iura in re: numerus clausus vs numerus apertus // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. — 2018. — № 7.
3. Соловых С. Н. Дарение в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2003. — 208 с.
4. Сулова С. И. Непоименованные субъективные права на жилые помещения // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. — 2017. — № 1. — С. 17–21.

Материал поступил в редакцию 2 апреля 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bychkov A. Dogovor dareniya: yuridicheskaya kvalifikaciya, osobennosti i riski // Novaya buhgalteriya. — 2017. — № 9.
2. Rybalov A. O. Iura in re: numerus clausus vs numerus apertus // Vestnik ekonomicheskogo pravosudiviya Rossijskoj Federacii. — 2018. — № 7.
3. Solovyh S. N. Darenie v grazhdanskom prave Rossii : dis. ... kand. yurid. nauk. — Saratov, 2003. — 208 s.
4. Suslova S. I. Nepoimenovannye subektivnye prava na zhilye pomeshcheniya // Zakony Rossii. Opyt. Analiz. Praktika. — 2017. — № 1. — S. 17–21.

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.082-090

К. В. Харькина*

Трансграничный корпоративный договор: особенности иностранного элемента

Аннотация. Развитие трансграничных коммерческих отношений приводит к росту количества юридических лиц с иностранным участием. Для обеспечения эффективного управления такими компаниями учредители всё чаще заключают трансграничные корпоративные договоры. При наличии споров на основании данного договора могут возникнуть вопросы его квалификации, в частности по поводу определения того, является ли тот или иной корпоративный договор трансграничным, от чего будет зависеть в том числе круг применимых источников права для разрешения спора. В настоящее время ни на законодательном уровне, ни в судебной практике, ни в доктрине не выработано единого подхода к определению признаков, влияющих на признание того или иного корпоративного договора трансграничным. В связи с этим целью статьи является анализ влияния каждого иностранного элемента (субъект, объект, юридический факт) на признание корпоративного договора трансграничным. Автором анализируется существующая судебная практика и доктрина, моделируются ситуации, которые могут возникнуть в связи с заключением и исполнением трансграничного корпоративного договора, на основании чего автор приходит к обоснованному выводу о том, что единственным практически применимым критерием для выявления трансграничного характера корпоративного договора является его субъект, в то время как ни объект отношений, ни факт заключения и/или исполнения корпоративного договора в иностранной юрисдикции сами по себе не влияют на факт признания корпоративного договора трансграничным.

Ключевые слова: трансграничный корпоративный договор; корпоративный договор; акционерное соглашение; договор об осуществлении прав участников; иностранный элемент; квалифицирующие признаки; участники трансграничного корпоративного договора; стороны трансграничного корпоративного договора; совместное предприятие; личный закон юридического лица.

Для цитирования: Харькина К. В. Трансграничный корпоративный договор: особенности иностранного элемента // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 82–90. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.082-090.

© Харькина К. В., 2021

* Харькина Кристина Владимировна, аспирант кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
KristyKharkina@gmail.com

A Cross-Border Corporate Agreement: Features of a Foreign Element

Kristina V. Kharkina, Postgraduate Student, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
KristyKharkina@gmail.com

Abstract. The development of cross-border commercial relations results in increasing the number of legal entities with foreign participation. To ensure effective management of such companies, founders increasingly conclude cross-border corporate agreements. If disputes arise on the basis of this agreement, questions concerning their qualification may appear, in particular, regarding the determination of whether a particular corporate agreement is cross-border in nature. The range of applicable sources of law for resolving the dispute will depend on the determination. A unified approach to determining the characteristics that affect the recognition of a corporate agreement as cross-border have been developed neither at the legislative level nor in judicial practice or the doctrine. In this regard, the purpose of the paper is to analyze the impact of each foreign element (subject, object, legal fact) on the recognition of a corporate agreement as a cross-border agreement. The author analyzes the existing judicial practice and doctrine, simulates situations that may arise in connection with the conclusion and execution of a cross-border corporate agreement, on the basis of which the author comes to a reasonable conclusion that the only practically applicable criterion for identifying the cross-border nature of a corporate agreement is its subject, while neither the object of the relationship nor the fact of the conclusion and/or execution of a corporate agreement in a foreign jurisdiction affect the fact that a corporate agreement is recognized as cross-border.

Keywords: cross-border corporate agreement; corporate agreement; shareholder agreement; agreement on the exercise of the rights of participants; foreign element; qualifying features; participants in a cross-border corporate agreement; parties to a cross-border corporate agreement; joint venture; personal law of a legal entity.

Cite as: Kharkina KV. Transgranichnyy korporativnyy dogovor: osobennosti inostrannogo elementa [A Cross-Border Corporate Agreement: Features of a Foreign Element]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):82-90. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.082-090. (In Russ., abstract in Eng.).

Многие компании сталкиваются со сложностями в своей деятельности в связи с непростой ситуацией на мировом рынке. Чтобы избежать кризиса и банкротства, компании вынуждены адаптироваться к постоянно изменяющимся условиям. Одним из инструментов, обеспечивающих безопасность компании на нестабильном рынке, является заключение сделки слияния и поглощения (M&A). Несмотря на общий спад количества таких сделок в первой половине 2020 г., их количество все еще остается существенным¹.

При этом постоянно прогрессирующая глобализация мировой экономики и ускорение научно-технического прогресса приводят к увеличению преимущественно трансграничных (а не

национальных) сделок слияния и поглощения. Одним из важнейших документов при заключении сделок слияния и поглощения является корпоративный договор. Заключение корпоративного договора позволяет его сторонам среди прочего выстроить модель эффективного управления компанией, что особенно важно, если сторонами данного договора выступают участники из разных стран.

Наличие того или иного иностранного элемента в корпоративном договоре ведет к признанию его трансграничным, что играет важную роль для правоприменителя. В частности, в связи с признанием корпоративного договора трансграничным может возникнуть вопрос о круге применимых к нему источников права.

¹ Статистика M&A // Информационное агентство АК&М. URL: <http://mergers.akm.ru/stats/31> (дата обращения: 01.11.2020).

Однако в науке международного частного права существует несколько точек зрения о том, какие элементы договора могут влиять на признание того или иного правоотношения трансграничным.

Например, Л. А. Лунц считает трансграничными договоры, в которых хотя бы одна из сторон является иностранной². В. А. Мусин также определяет трансграничный договор как договор, «совершаемый <...> лицами различной государственной принадлежности»³.

В. А. Канашевский же считает, что различная национальная (государственная) принадлежность контрагентов может выступать только в качестве факультативного, а не основного признака внешнеэкономической сделки⁴.

Л. П. Ануфриева иностранным элементом считает любое проявление юридической связи общественного отношения с двумя или более государствами⁵. Данное достаточно широкое определение иностранного элемента позволяет сделать вывод, что любой связи отношения с иностранным правом порядком достаточно для того, чтобы признать отношение осложненным иностранным элементом.

В соответствии с наиболее распространенной в науке международного частного права точкой зрения выделяется три группы иностранных элементов, которые придают отношению трансграничный характер. В частности, в первую группу включают субъектов правоотношений: отношение приобретает трансграничный характер, если его участниками являются физические и/или юридические лица различных

государств⁶. Во вторую группу включают объект правоотношения: отношение считается трансграничным, если объект, по поводу которого возникает отношение, находится за рубежом⁷. К третьей группе относят юридические факты, в результате которых возникают, изменяются или прекращаются правоотношения⁸.

Ученые выделяют три группы иностранных элементов исходя из содержания ст. 1186 ГК РФ, в которой установлены правила определения права, применимого к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом. В пункте 1 указанной статьи содержится неисчерпывающий перечень иностранных элементов: напрямую указаны только субъект («с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц») и объект («в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей»).

Зарубежная доктрина не отличается обилием мнений по вопросу о разновидностях иностранного элемента, которым может быть осложнено правоотношение. Обобщая точки зрения зарубежных авторов, можно отметить, что они придерживаются позиции Л. П. Ануфриевой, то есть признают иностранным элементом любую связь отношения с двумя и более правом порядками⁹.

Подход, при котором проверяется наличие объективной связи правоотношения с избранной сторонами правом порядком, существует в настоящее время в следующих государствах: Польша, США, Ангола, Мозамбик и Макао¹⁰.

Чтобы установить, какой из вышеперечисленных трех иностранных элементов может

² Лунц Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. М. : Юрид. лит., 1973. С. 283.

³ Мусин В. А. Международные торговые контракты. Л., 1986. С. 15.

⁴ Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М. : Волтерс Клувер, 2010.

⁵ Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник : в 3 т. М. : Бек, 2002. Т. 1 : Общая часть. С. 62–63.

⁶ Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. М., 2004. С. 364.

⁷ Дмитриева Г. К. Указ. соч. С. 364.

⁸ Дмитриева Г. К. Указ. соч. С. 364.

⁹ Calster G. van. European Private International Law. 2nd ed. Oxford; Portland : Hart Publishing, 2016. P. 27.

¹⁰ Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts. Preliminary Document No 7 of March 2009 for the attention of the Council of March/April 2009 on General Affairs and Policy of the Conference // URL: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07e.pdf> ; Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М. : Инфотропик Медиа, 2012. С. 264.

влиять на признание корпоративного договора трансграничным, необходимо более детально проанализировать каждый из них применительно к данному виду договора.

Представляется, что единственным иностранным элементом, который может влиять на признание корпоративного договора трансграничным, является субъект отношений.

Однако стоит отметить, что сам по себе вопрос о субъекте трансграничного корпоративного договора не имеет однозначного ответа. Круг субъектов различается в зависимости от применимого к трансграничному корпоративному договору права. В частности, от применимого права зависит возможность участия в корпоративном договоре таких субъектов, как: 1) само юридическое лицо, в отношении которого заключается корпоративный договор; 2) третьи лица, имеющие отношения с юридическим лицом, но не являющиеся его участниками; 3) лица, которые могут стать участниками юридического лица в будущем.

В частности, дискуссионным является вопрос об участии самого юридического лица, в отношении которого заключен договор, в корпоративном договоре, заключенном по российскому праву. Здесь необходимо обратиться к действующему законодательству в данной сфере. Так, в п. 1 ст. 67.2 ГК РФ говорится, что договор об осуществлении корпоративных прав (корпоративный договор) вправе заключить участники хозяйственного общества или некоторые из них. Подобная норма содержится также в п. 3 ст. 8 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹¹, в которой указано, что заключить договор об осуществлении прав участников общества вправе учредители (участники) общества.

По-другому сформулирована норма в Федеральном законе «Об акционерных обществах»¹²: «Акционерным соглашением признается дого-

вор об осуществлении прав, удостоверенных акциями, и (или) об особенностях осуществления прав на акции» (п. 1 ст. 32.1).

Вышеизложенные нормы позволяют сделать вывод о том, что законодатель определяет круг субъектов корпоративных договоров двумя способами. В частности, в ГК РФ и законе об ООО субъекты указаны прямо — это учредители (участники) общества, а в законе об АО указан лишь критерий, позволяющий отнести того или иного субъекта к числу сторон договора, — это наличие прав, удостоверенных акциями, и (или) права распоряжения акциями.

Однако стоит отметить, что ни один из законодательных актов напрямую не говорит о возможности участия самого юридического лица, в отношении которого заключается корпоративный договор, в этом корпоративном договоре.

На сегодня в доктрине сформировалось две основные точки зрения: одни авторы исходят из расширительного толкования положений закона, а вторые — из узкого (буквального) толкования норм. Сторонники первого подхода предлагают руководствоваться расширительным толкованием сторон корпоративного договора и, помимо учредителей или участников общества, в число участников корпоративного договора включают само общество, участники которого заключают корпоративный договор, доверительного управляющего, третьих лиц (будущих акционеров, инвесторов, кредиторов общества), залогодержателя и др.¹³ Сторонники второго подхода буквально толкуют положения закона и делают вывод, что само юридическое лицо, в отношении которого заключается корпоративный договор, не может быть участником корпоративного договора.

К сторонникам второго подхода можно отнести Д. В. Ломакина, который полагает, что ни само общество с ограниченной ответственностью, ни иных лиц (например, лиц, плани-

¹¹ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

¹² Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

¹³ Куделин А. Акционерное соглашение по российскому праву // Корпоративный юрист. 2009. № 10. С. 23–24; Грибкова Т. В. Акционерные соглашения как средство регулирования корпоративных отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 152.

рующих приобрести доли в уставном капитале общества) нельзя отнести к числу сторон договора. По его мнению, сторонами договора об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью могут быть только либо участники общества, либо его кредиторы¹⁴. Подобной точки зрения придерживается И. С. Шиткина, которая не видит никаких оснований для расширительного толкования положений закона, касающихся сторон договора об осуществлении прав участников хозяйственных обществ¹⁵.

Сторонники второй точки зрения подтверждают свои выводы среди прочего тем, что пункт 4 ст. 67.2 ГК РФ обязывает участников хозяйственного общества уведомить само общество о факте заключения корпоративного договора. Из данной нормы авторы делают логичный вывод о том, что если бы законодатель допускал участие самого общества в корпоративном договоре, то уведомлять его о заключенном договоре было бы не нужно.

Поддерживает вторую точку зрения и Е. В. Глухов. Представляется, что следует согласиться с его выводами относительно круга участников корпоративного договора. В частности, он указывает следующее: «Исходя из буквального толкования указанных норм сторонами корпоративного договора, заключаемого в отношении российского хозяйственного общества, могут быть: (i) во-первых, акционеры (участники) СП [здесь и далее под СП Е. В. Глухов понимает совместное предприятие] (т.е. лица, которым на момент заключения корпоративного договора

принадлежат акции (доли участия в уставном капитале) СП) и (ii) во-вторых, кредиторы общества, кредиторы его участников и иные третьи лица в целях защиты охраняемых законом интересов таких лиц»¹⁶.

Подводя итог вышеизложенному, можно сформулировать следующий перечень сторон корпоративного договора, который заключен в отношении российского юридического лица и по российскому праву: 1) участники общества в настоящий момент; 2) кредиторы юридического лица (например, банки, которые предоставили финансирование обществу и получили в этой связи право предварительно согласовывать его определенные действия¹⁷); 3) кредиторы акционеров.

Иное определение участников корпоративного договора возможно в случае подчинения трансграничного корпоративного договора иностранному праву.

К примеру, расширительное толкование сторон корпоративного договора используется в английском праве. В английской доктрине¹⁸ и судебной практике¹⁹ придерживаются возможности участия в корпоративном договоре не только участников общества, но и самого общества, в отношении которого заключается договор.

Противоположный подход превалирует в континентальном праве. В частности, в Швейцарии общество не может быть стороной корпоративного договора²⁰. В немецкой литературе отмечается, что, несмотря на отсутствие прямого запрета на участие общества в корпоративном договоре, само общество никогда не выступает стороной корпоративных договоров²¹.

¹⁴ Ломакин Д. В. Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 8. С. 15.

¹⁵ Корпоративное право : учебный курс / отв. ред. И. С. Шиткина. М., 2011. С. 491.

¹⁶ Глухов Е. В. Корпоративный договор: подготовка и согласование при создании совместного предприятия. М. : М-Логос, 2017. 672 с.

¹⁷ Глухов Е. В. Указ. соч. С. 93.

¹⁸ Thomas K. R., Ryan C. L. The law and practice of shareholders' agreements. LexisNexis Butterworths, 2007. P. 303.

¹⁹ Russell v Northern Bank Development Corporation Ltd. [1992] 1 WLR 588.

²⁰ Ода Х. Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 132–161.

²¹ Ода Х. Указ. соч. С. 140.

Представляется, что наиболее удачное обобщение субъектов трансграничного корпоративного договора, подчиненного иностранному праву, сформулировано Е. В. Глуховым, который отмечает, что в корпоративном договоре всегда участвуют акционеры (участники) общества, а зачастую — само общество, в отношении которого заключается корпоративный договор. Кроме того, Е. В. Глухов среди вероятных сторон корпоративного договора выделяет будущих участников/акционеров общества, которые могут стать стороной договора, например, в случае реализации опциона на приобретение акций (долей участия в уставном капитале)²².

Таким образом, круг субъектов трансграничного корпоративного договора зависит от избранного сторонами применимого к этому договору права. Однако обобщая все вышесказанное, можно отметить, что в целом участниками трансграничного корпоративного договора могут быть иностранные физические и юридические лица, являющиеся учредителями/участниками юридического лица, в отношении которого заключен корпоративный договор, либо иным образом связанные с ним.

Если предположить, что стороной трансграничного корпоративного договора становится юридическое лицо, то данный факт может вызывать другой дискуссионный вопрос. Для того чтобы установить наличие иностранного элемента в корпоративном договоре, правоприменителю необходимо установить, является ли то или иное юридическое лицо иностранным. Иными словами, нужен критерий для определения национальности юридического лица.

В российской и зарубежной доктрине и судебной практике можно выделить два наиболее распространенных подхода к определению национальности юридического лица: теория инкорпорации и теория оседлости. В соответствии с теорией инкорпорации юридическое

лицо принадлежит к правопорядку той страны, в которой оно было учреждено в соответствии с действующим в данной стране законодательством²³. Эта теория превалирует в Великобритании, Ирландии, Швеции, США и Швейцарии²⁴.

Теория оседлости, в отличие от теории инкорпорации, отдает предпочтение не месту регистрации, а месту нахождения центра управления юридического лица (то есть основных исполнительных или распорядительных органов). Таким образом, в соответствии с теорией оседлости личный статут юридического лица — закон страны, в которой находится его центр управления (исполнительные или распорядительные органы юридического лица)²⁵. Данная теория получила распространение в Австрии, Франции, Испании, ФРГ²⁶ и др.

Вопрос установления личного закона юридического лица будет разрешаться уже при квалификации трансграничного корпоративного договора, что является предметом самостоятельного исследования и не будет подробно рассматриваться в рамках настоящей статьи.

Процесс цифровизации не обошел стороной и корпоративное право. В частности, появление новых технологий может в ближайшем будущем привести к пересмотру коллизионных привязок, в том числе применительно к юридическим лицам. Например, внедряются алгоритмы, при которых генеральным директором компании является искусственный интеллект, а весь процесс принятия решений внутри компаний происходит посредством использования блокчейн-технологий. В будущем могут быть разработаны механизмы, при которых компания не будет иметь физического места нахождения, а адресом регистрации компании будет адрес в виртуальной среде. Всё это повлечет невозможность применения устоявшихся схем определения национальности юридического лица, поскольку компания и органы ее управле-

²² Глухов Е. В. Указ. соч. С. 90.

²³ Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. С. 226.

²⁴ Дмитриева Г. К. Указ. соч. С. 226.

²⁵ Дмитриева Г. К. Указ. соч. С. 225.

²⁶ Дмитриева Г. К. Указ. соч. С. 225.

ния будут существовать не в рамках конкретного государства, а в виртуальной среде.

Все вышеизложенное было посвящено субъекту отношений как одному из видов иностранного элемента, обуславливающего трансграничность корпоративного договора. Далее будет рассмотрено влияние иных видов иностранных элементов на признание того или иного корпоративного договора трансграничным.

Юридическим фактом в трансграничном корпоративном договоре будет выступать заключение договора в иностранном государстве. Такая ситуация вполне возможна на практике, однако едва ли факт заключения корпоративного договора в иностранном государстве сам по себе будет воспринят правоприменителем как достаточный элемент, влияющий на квалификацию договора в качестве трансграничного. Более вероятно, что правоприменитель расценит подобное поведение сторон корпоративного договора как искусственное создание иностранного элемента²⁷. Представляется, что факт заключения договора в иностранной юрисдикции может расцениваться в качестве факультативного признака, заслуживающего внимания при определении права, применимого к трансграничному корпоративному договору.

Стоит отметить, что в некоторых случаях место заключения договора рассматривается в качестве достаточной связи отношения с иностранным правовым порядком. В частности, в международных договорах, заключенных в рамках СНГ (Киевское соглашение 1992 г.²⁸ и Минская конвенция 1993 г.²⁹), принцип *lex loci contractus* закреплен в качестве основного из субсидиарных по отношению к принципу автономии воли сторон. По мнению автора, вопрос о наличии «достаточной связи» должен решаться по-сво-

ему в каждом конкретном случае, в зависимости от обстоятельств дела.

Следующий вид иностранного элемента — объект правоотношения — также едва ли сам по себе сможет послужить критерием для отнесения договора к трансграничному. Под объектом обязательственного правоотношения в литературе понимается совершение сторонами обязательственных отношений действий либо воздержание от них³⁰. Таким образом, объект как иностранный элемент в трансграничном корпоративном договоре будет выражаться в совершении действий, составляющих предмет корпоративного договора, в иностранной юрисдикции. Таким действием может быть, например, проведение общего собрания акционеров (участников) общества в государстве, отличном от места учреждения юридического лица, в отношении которого заключен корпоративный договор. На практике же в подавляющем большинстве случаев такие действия совершаются по месту учреждения юридического лица либо по месту нахождения его основных органов управления, которые могут совпадать. Однако, как указывалось выше, факт учреждения юридического лица либо нахождение его органов в иностранном государстве относится к субъекту как иностранному элементу в трансграничных правоотношениях. Наличия же иностранного субъекта будет достаточно для признания корпоративного договора трансграничным, установление объекта в данном случае, вероятнее всего, будет факультативным и останется на усмотрение правоприменителя.

В иностранной литературе встречается точка зрения, в соответствии с которой понятие иностранного элемента необходимо включать в сам корпоративный договор еще на стадии

²⁷ *Масляев А. И.* Акционерные соглашения в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 104.

²⁸ Соглашение стран СНГ от 20.03.1992 «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» // Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ «Содружество». 1992. № 4.

²⁹ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (заключена в г. Минске 22.01.1993) // СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 1472.

³⁰ *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. М. : Статут, 2012. Т. 2 : Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. С. 32.

заклучения³¹. Несмотря на распространенный в настоящее время принцип свободы договора, представляется сомнительной ситуация, когда правоприменитель (особенно в случае рассмотрения спора в государственном суде) при определении наличия или отсутствия иностранного элемента будет руководствоваться исключительно понятием, определенным сторонами в договоре. В связи с этим представляется, что высказанный в иностранной литературе подход, возможно, поможет снизить риски, однако не полностью исключить их.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что единственным практически применимым критерием для определения трансграничности корпоративного договора является субъект корпоративного договора. Ни объект корпоративного договора, ни факт его заключения и/или исполнения в иностранной юрисдикции сами по себе не влияют на факт признания корпоративного договора трансграничным, а могут лишь служить факультативными признаками, указывающими на возможную связь договора с иностранным порядком.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. — М. : Статут, 2012. — Т. 2 : Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. — 535 с.
2. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : учебник : в 3 т. — М. : Бек, 2002. — Т. 1 : Общая часть. — 288 с.
3. *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. — М. : Инфотропик Медиа, 2012. — 640 с.
4. *Глухов Е. В.* Корпоративный договор: подготовка и согласование при создании совместного предприятия. — М. : М-Логос, 2017. — 672 с.
5. *Грибкова Т. В.* Акционерные соглашения как средство регулирования корпоративных отношений : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2011. — 238 с.
6. *Канашевский В. А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. — М. : Волтерс Клувер, 2010. — 608 с.
7. Корпоративное право : учебный курс / отв. ред. И. С. Шиткина. — М., 2011. — 603 с.
8. *Куделин А.* Акционерное соглашение по российскому праву // Корпоративный юрист. — 2009. — № 10. — С. 23–29.
9. *Ломакин Д. В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2009. — № 8. — С. 6–26.
10. *Лунц Л. А.* Курс международного частного права : в 3 т. — М. : Юрид. лит., 1973. — 384 с.
11. *Масляев А. И.* Акционерные соглашения в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010. — 163 с.
12. Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. — М., 2004. — 690 с.
13. *Мусин В. А.* Международные торговые контракты. — Л., 1986. — 152 с.
14. *Ода Х.* Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // Вестник гражданского права. — 2010. — № 1. — С. 132–161.
15. *Calster G. van.* European Private International Law. — 2nd ed. — Oxford; Portland: Hart Publishing, 2016. — 520 p.
16. International handbook on shareholders' agreements / ed. by S. Mock, K. Csach, B. Havel, 2018. — 679 p.
17. *Thomas K. R., Ryan C. L.* The law and practice of shareholders' agreements. — LexisNexis Butterworths, 2007. — 539 p.

Материал поступил в редакцию 1 ноября 2020 г.

³¹ International handbook on shareholders' agreements / ed. by S. Mock, K. Csach, B. Havel, 2018. P. 94.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Agarkov M. M. Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu : v 2 t. — M. : Statut, 2012. — T. 2 : Obshchee uchenie ob obyazatelstvah i ego otdelnyh vidah. — 535 s.
2. Anufrieva L. P. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnyy kurs : v 3 t. — M. : Bek, 2002. — T. 1 : Obshchaya chast. — 288 s.
3. Asoskov A. V. Kollizionnoe regulirovanie dogovornyyh obyazatelstv. — M. : Infotropik Media, 2012. — 640 s.
4. Gluhov E. V. Korporativnyy dogovor: podgotovka i soglasovanie pri sozdanii sovместnogo predpriyatiya. — M. : M-Logos, 2017. — 672 s.
5. Gribkova T. V. Akcionernye soglasheniya kak sredstvo regulirovaniya korporativnyh otnoshenij : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2011. — 238 s.
6. Kanashevskiy V. A. Vneshneekonomicheskie sdelki: materialno-pravovoe i kollizionnoe regulirovanie. — M. : Volters Kluver, 2010. — 608 s.
7. Korporativnoe pravo : uchebnyy kurs / otv. red. I. S. Shitkina. — M., 2011. — 603 s.
8. Kudelin A. Akcionernoe soglasenie po rossijskomu pravu // Korporativnyy yurist. — 2009. — № 10. — S. 23–29.
9. Lomakin D. V. Dogovory ob osushchestvlenii prav uchastnikov hozyajstvennyh obshchestv kak novella korporativnogo zakonodatelstva // Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossijskoj Federacii. — 2009. — № 8. — S. 6–26.
10. Lunc L. A. Kurs mezhdunarodnogo chastnogo prava : v 3 t. — M. : Yuridicheskaya literatura, 1973. — 384 s.
11. Maslyaev A. I. Akcionernye soglasheniya v mezhdunarodnom chastnom prave : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2010. — 163 s.
12. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnyy kurs / otv. red. G. K. Dmitrieva. — M., 2004. — 690 s.
13. Musin V. A. Mezhdunarodnye torgovye kontrakty. — L., 1986. — 152 s.
14. Oda H. Akcionernye soglasheniya: ostorozhnyy shag vpered // Vestnik grazhdanskogo prava. — 2010. — № 1. — S. 132–161.
15. Calster G. van. European Private International Law. — 2nd ed. — Oxford; Portland: Hart Publishing, 2016. — 520 p.
16. International handbook on shareholders' agreements / ed. by S. Mock, K. Csach, B. Havel, 2018. — 679 p.
17. Thomas K. R., Ryan C. L. The law and practice of shareholders' agreements. — LexisNexis Butterworths, 2007. — 539 p.

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.091-098

Л. М. Файзрахманова*,
С. В. Бухмин**

Трансформации института несостоятельности в условиях пандемии COVID-19 в России и некоторых странах Европы

Аннотация. Пандемия вируса COVID-19 стала серьезным вызовом для современной экономической парадигмы в мире, приведшим к резкому снижению спроса и предложения в результате карантина и изменившим поведение потребителей в связи с необходимостью социального дистанцирования. Ее предсказуемым результатом станет глобальный экономический спад, который отразится на многих предприятиях и организациях в различных отраслях промышленности. В этих условиях возникает необходимость цивилизованного урегулирования задолженности неплатежеспособных субъектов перед кредиторами. В статье исследуются законодательные меры в рамках института банкротства, принятые в России и странах Европы (Германия, Италия, Франция) в целях преодоления экономического кризиса, вызванного пандемией вируса COVID-19. Проводится сравнительно-правовой анализ эффективности принимаемых в государствах правовых стимулов. Делается вывод, что большинство правовых мер противодействия кризису в рассмотренных странах имеют идентичную направленность, и для максимальной поддержки должника требуются разноплановые меры, которые будут включать в себя не только правовые средства, но и экономические, финансовые и налоговые стимулы.

Ключевые слова: институт несостоятельности (банкротства); банкротное законодательство; должник; кредитор; реструктуризация долга; мораторий; пандемия вируса COVID-19; защита интересов должника; конкурсные правоотношения; экономический спад.

Для цитирования: Файзрахманова Л. М., Бухмин С. В. Трансформации института несостоятельности в условиях пандемии COVID-19 в России и некоторых странах Европы // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 91–98. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.091-098.

© Файзрахманова Л. М., Бухмин С. В., 2021

* Файзрахманова Лейсан Миннуровна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и административного права юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета

Кремлевская ул., д. 18, г. Казань, Россия, 420008

lmf_leisan@mail.ru

** Бухмин Сергей Владимирович, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и административного права юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета

Кремлевская ул., д. 18, г. Казань, Россия, 420008

bukhmin@rambler.ru

Transformation of the Institution of Insolvency amid the COVID-19 Pandemic in Russia and Some European Countries

Leysan M. Fayzrakhmanova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, Law Faculty, Kazan (Volga Region) Federal University
ul. Kremlevskaya, d. 18, Kazan, Russia, 420008
Imf_leisan@mail.ru

Sergey V. Bukhmin, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer, Department of Constitutional and Administrative Law, Law Faculty, Kazan (Volga Region) Federal University
ul. Kremlevskaya, d. 18, Kazan, Russia, 420008
bukhmin@rambler.ru

Abstract. The COVID-19 virus pandemic has become a major challenge to the modern economic paradigm in the world, leading to a sharp decline in supply and demand as a result of quarantines and changing consumer behavior due to the need for social distancing. Its predictable result will be a global economic downturn that will affect many enterprises and organizations in various industries. In these conditions, the need arises for a civilized settlement of the debts of insolvent entities to creditors. The paper examines legislative measures within the framework of the institution of bankruptcy taken in Russia and European countries (Germany, Italy, France) in order to overcome the economic crisis caused by the COVID-19 virus pandemic. A comparative legal analysis of the effectiveness of legal incentives adopted in states is carried out. It is concluded that most of the legal measures to counter the crisis in the considered countries have an identical focus and for maximum support of the debtor, diverse measures are required, which will include not only legal means, but also economic, financial and tax incentives.

Keywords: institution of insolvency (bankruptcy); bankruptcy legislation; debtor; creditor; debt restructuring; moratorium; COVID-19 pandemic; protection of the interests of the debtor; competitive legal relationship; economic downturn.

Cite as: Fayzrakhmanova LM, Bukhmin SV. Transformatsiya instituta nesostoyatel'nosti v usloviyakh pandemii COVID-19 v Rossii i nekotorykh stranakh Evropy [Transformation of the Institution of Insolvency amid the COVID-19 Pandemic in Russia and Some European Countries]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):91-98. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.091-098. (In Russ., abstract in Eng.).

В мировой правовой доктрине исследования отношений несостоятельности (банкротства) посвящено большое количество работ. Изучение указанных вопросов представляет несомненный интерес, особенно в период глобального экономического спада. Институт несостоятельности является междисциплинарным институтом, учитывающим интересы целого круга субъектов, объединенных общим конкурсным процессом, который не только регулируется сферой гражданского права, но и затрагивает правовые аспекты уголовного, финансового и других отраслей права.

Исторически сложилось так, что во всех странах, включая страны прецедентного права, источниками правового регулирования отношений несостоятельности являются законодательные акты. Банкротное законодательство во всех развитых странах — один из ключевых регуляторов экономической системы, с помощью которого решаются стратегические задачи социально-экономического развития страны.

Во Франции Положения о банкротстве сосредоточены в книге VI Торгового кодекса Франции (Code de Commerce de France)¹, которая состоит из двух титулов. В первый титул включены пра-

¹ France. Code de commerce. (2010) // URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379/2010-03-26 / (дата обращения: 20.08.2020).

вила предупреждения трудного экономического положения должника, а также правила о порядке дружественного урегулирования отношений между должником и его кредиторами. Во втором титуле содержатся правила, регламентирующие судебный порядок восстановления и ликвидации предприятий. Французская система регулирования банкротства характеризуется продолжительной направленностью, где предпочтение отдается реабилитации предприятия должника.

Германская система несостоятельности характеризуется прокредиторской направленностью. В Германии источником правового регулирования отношений, связанных с несостоятельностью, является Положение о несостоятельности (Insolvenzordnung) от 05.10.1994², вступившее в действие с 2000 г. В германском законодательстве основной приоритет отдается защите интересов кредиторов. В Германии банкротство, в отличие от французской системы, подразумевает ликвидацию либо мировое соглашение. Восстановительных процедур не предусмотрено³.

Процедура банкротства в Италии применяется только в отношении хозяйствующих субъектов и регулируется Законом № 267 от 16.03.1942 «Правила проведения процедуры банкротства, процедура превентивного удовлетворения требований, административная процедура банкротства»⁴. Остальные важные правила, которые касаются банкротства, регулируются итальянским Гражданским кодексом. Эти положения относятся прежде всего к хозяйствующим субъектам. Положения итальянского

банкротного закона позволяют сделать вывод, что приоритетной его целью является защита интересов кредиторов. В связи с этим все процедуры в основном направлены на ликвидацию неплатежеспособной компании.

В России в настоящее время действует третий по счету Закон «О несостоятельности (банкротстве)»⁵, принятый в 2002 г., в котором законодатель максимально попытался сбалансировать интересы и должника, и кредитора. Однако с появлением в 2017 г. в вышеуказанном Законе главы III.2 «Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве» можно говорить о том, что в законе появились элементы явно прокредиторского характера⁶.

При проведении настоящего исследования широко применялся сравнительно-правовой метод, который позволил изучить и сопоставить различные меры, принятые государствами в условиях пандемии COVID-19 в рассматриваемой сфере, выявить между ними сходные черты и различия, а также спрогнозировать их возможные последствия. Использование авторами в процессе работы системно-структурного анализа позволило определить основные направления государственной политики в целях выработки адекватного ответа пандемии коронавирусной инфекции для обеспечения стабильности экономических и правовых систем в рассматриваемых странах. Формально-юридический метод стал основой для систематизации государственно-правовых процессов и явлений, имевших место в зарубежных государствах и России в области банкротного законодательства, который авторы использовали совместно

² Germany. Insolvenzordnung (1994) // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/> (дата обращения: 22.08.2020).

³ Closset F., Urban D. The balance of power between creditors and the firm: Evidence from German insolvency law // *Journal of Corporate Finance*. 2019. Vol. 58. № 10. P. 454–477.

⁴ Italy. Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 Disciplina del fallimentodel concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa (1942) // URL: <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/legge%20fallimentare.pdf> (дата обращения: 24.08.2020).

⁵ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

⁶ Файзрахманова Л. М. Актуальные вопросы привлечения должника-налогоплательщика к субсидиарной ответственности при несостоятельности (банкротстве) // *Налоги*. 2018. № 5. С. 27–30.

с всесторонним анализом статистических данных и прежде всего экономических показателей хозяйствующих субъектов.

Пандемия вируса COVID-19 стала серьезным вызовом для современной экономической ситуации во всем мире. С учетом падения спроса на внутреннем рынке и сокращения объемов международной торговли мировую экономику в 2020 г. ожидает глобальный спад. И как следствие, реальная перспектива банкротства большого количества субъектов предпринимательской деятельности, а также обычных граждан.

Согласно прогнозу Международного валютного фонда рецессия затронет мировую экономику и составит 3 %. Экономика еврозоны в целом сократится на 7,5 %, Германии — 7 %, Франции — 7,2 %, Италии — 9,1 %, Испании — 8,0 %, России — 5,5 %⁷. Эксперты также склоняются к мнению, что пандемия примет затяжной характер и может стоить мировой экономике около 35 трлн долл. до 2025 г.⁸

По прогнозу Euler Hermes (крупнейшая международная страховая компания на мировом рынке кредитного страхования), в 2020 г. количество корпоративных банкротств увеличится во всем мире на 13 %, а в странах Западной Европы на 16 %. Согласно исследованию Soface (другого кредитного страховщика) количество дел о несостоятельности будет только расти: к концу 2021 г. количество банкротств во Франции должно увеличиться на 21 %; банкротства затронут более 60 000 компаний, предоставляющих почти 200 000 рабочих мест. В Испании крах ждет 22 % предприятий, в Италии — 37 %. Кризис затронет и экономику Германии — там обанкротятся 12 % предприятий⁹.

В сложившихся условиях органы власти ряда государств в целях преодоления экономического кризиса приняли либерализационные поправки в банкротное законодательство, направленные на поддержку компаний и граждан, пострадавших от пандемии вируса COVID-19. В законодательстве о несостоятельности многих государств можно наблюдать сходные изменения, направленные прежде всего на защиту имущественных интересов должника.

В качестве одного из самых распространенных в мире способов либерализации банкротного законодательства следует выделить временный мораторий на подачу кредиторами заявления о признании должника несостоятельным. Он, как правило, вводится на период действия ограничений, связанных с COVID-19, либо на более продолжительное время, необходимое для предполагаемого восстановления платежеспособности должников. Благодаря принятым мерам количество банкротств в Великобритании, несмотря на кризис, с апреля по июнь снизилось примерно на 30 % по сравнению с прошлым годом. В Германии этот показатель снизился почти на 60 %, аналогичная ситуация наблюдается во Франции и Испании¹⁰. Несомненно, подобная мера не направлена на восстановление экономической активности хозяйствующих субъектов, а позволяет лишь временно отложить наступление несостоятельности должника при отсутствии дополнительных экономических и иных стимулов.

Следующая по популярности мера — это повышение минимальной суммы долга для инициирования процедуры банкротства по сравнению с докризисным временем. Кроме

⁷ International Monetary Fund. World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown // URL: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#top> (дата обращения: 06.09.2020).

⁸ Curran E., O'Brien F. What Else Could Go Wrong for World Economy Before 2020 Is Done // Bloomberg. 6 Sept. 2020. URL: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-09-06/what-else-could-go-wrong-for-world-economy-before-2020-is-done?srnd=premium-europe> (дата обращения: 06.09.2020).

⁹ По прогнозу Euler Hermes количество корпоративных банкротств в странах Западной Европы увеличится на 16 % // URL: https://www.eulerhermes.com/ru_RU/latest-news/bankrotstva_v_evrope_2020_COVID.html (дата обращения: 20.08.2020).

¹⁰ Барков Л. Мораторий на банкротство: в России и за рубежом // <https://pro.rbc.ru/news/5ea2e18d9a7947b459407257> (дата обращения: 21.05.2020).

этого, в пострадавших от COVID-19 странах можно выделить ряд мер, представляющих собой дополнительные гарантии, предусматривающие защиту интересов должника, и направленных на поддержание, возобновление им хозяйственной деятельности или осуществления реструктуризации (например, неприменение финансовых санкций за просрочку исполнения денежных обязательств; смягчение требований к займам, которые акционеры выдают своим компаниям и др.).

Здесь затронуты лишь наиболее популярные меры, используемые государствами. Ниже мы сравнили подходы разных стран в данной сфере и представляем вашему вниманию их краткий обзор.

В Германии 27 марта 2020 г. был принят Закон «О смягчении последствий пандемии COVID-19 в гражданском, банкротном и уголовно-процессуальном законодательстве»¹¹. Согласно данному документу мораторий на банкротство распространяется на все компании, у которых имеются признаки несостоятельности. В отношении них вводится отсрочка до 30 сентября 2020 г. на подачу должником заявления о признании компании несостоятельной (в Германии, как и во многих странах, например во Франции и в России, в законе о банкротстве закреплена обязанность должника при наличии признаков несостоятельности подать заявление о банкротстве). Это правило может быть продлено до 31 марта 2021 г. Вместе с тем следует учесть, что отсрочка применима в отношении только тех компаний, неплатежеспособность которых вызвана пандемией COVID-19 и которые не имели признаков банкротства на 31 декабря 2019 г. Кредиторы вправе будут обратиться с заявлением о банкротстве, если выяснится, что должник уже был неплатежеспособен по состоянию на 1 марта 2020 г.¹²

Изменения предусматривают и ряд дополнительных гарантий, направленных на защиту интересов должника от последующего оспаривания платежей и действий, связанных с поддержанием, возобновлением деятельности или осуществления реструктуризации. Так, платежи, произведенные в период до 30 сентября 2020 г. в ходе осуществления хозяйственной деятельности, можно оспорить, только если кредитор знал, что отсутствует возможность восстановления платежеспособности.

Для финансовой поддержки компаний со стороны их акционеров и третьих лиц предусмотрено снятие ограничений на предоставление финансовой помощи компаниям, имеющим признаки несостоятельности. В Германии отменили правило о субординации займов, которые владельцы акций могут предоставлять компании. Если ранее в случае банкротства компаний такие займы возвращались акционерам лишь после погашения требований других кредиторов, то теперь рассматриваются наравне с обычными требованиями кредиторов.

Во Франции 27 марта 2020 г. были внесены поправки в Закон о банкротстве, изменившие сроки и порядок банкротства для компаний и граждан, испытавших на себе негативные последствия кризиса.

Ранее французское законодательство о банкротстве предписывало должнику, узнавшему о невозможности погашения своей задолженности за счет своих имущественных активов, обратиться в течение 1,5 месяцев с заявлением о банкротстве.

Теперь же организация либо предприниматель могут определить свою платежеспособность по состоянию на 12 марта 2020 г. В случае оценки статуса платежей как отрицательного закон предусматривает возможность подачи заявления должником в течение трех месяцев

¹¹ Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz — COVInsAG) (27 March 2020) // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/covinsag/COVInsAG.pdf> (дата обращения: 21.06.2020).

¹² *Barcaba D., Kaufman E.* COVID-19: Die rechtlichen Auswirkungen auf das Insolvenzrecht // URL: <https://www.twobirds.com/de/news/articles/2020/germany/COVID-19-auswirkungen-auf-das-insolvenzrecht> (дата обращения: 22.05.2020).

после окончания чрезвычайной ситуации. Например, компании могут не подавать на банкротство, если по состоянию на 12 марта они прекратили исполнять свои обязанности перед кредиторами, но срок неуплаты долга при этом у них меньше 45 дней. Кредиторы также не смогут инициировать этот процесс.

Наряду с конкурсным производством, станет возможным применение процедур восстановления платежеспособности (назначение поверенного ad hoc, открытие процедуры санации), а также процедур примирения. Данная предупредительная процедура дает возможность руководству компаний получить содействие в переговорах с кредиторами, реструктурировать долги или иным образом обеспечить платежеспособность юридического лица в период пандемии.

Поправки во французском законодательстве представляют интерес еще и в том плане, что предоставляется возможность совершить отдельные юридические процедуры в электронной форме. Вероятно, в дальнейшем эти нововведения позволят организовать наблюдение без организации слушаний.

В тех случаях, когда у компании нет денежных средств на покрытие текущих расходов (например, на аренду помещения либо выплату заработной платы), открытие процедур банкротства позволит воспользоваться специальными защитными мерами. Прежняя задолженность может быть в этой ситуации заморожена.

Италия также не стала исключением, поскольку самой распространенной мерой следует назвать временный мораторий на подачу кредиторами заявления о признании должника несостоятельным. В изменениях к банкротному законодательству было установлено, что все

заявления о банкротстве, поданные с 9 марта по 30 июня 2020 г., независимо от того, поданы ли они кредиторами или должниками, будут считаться автоматически неприемлемыми. Для определенных процедур реструктуризации срок выполнения условий плана реструктуризации долга будет автоматически продлен на 6 месяцев, если первоначальный крайний срок истекает между 23 февраля 2020 г. и 31 декабря 2021 г.

Изменения затронули и процесс рекапитализации компаний (акционерных обществ и компаний с ограниченной ответственностью). Обычно это требуется, если активы компании падают ниже определенной стоимости. Если рекапитализация не производится, компания считается ликвидированной. Данное регулирование приостановлено до конца 2020 г.¹³

Российские меры в конкурсных правоотношениях в целом сходны с теми ограничительными мерами, которые были введены во многих странах мира, и предоставляют отдельным хозяйствующим субъектам время для того, чтобы преодолеть последствия пандемии. Мораторий на возбуждение дел о банкротстве по заявлению кредиторов в отношении отдельных должников был введен постановлением Правительства РФ от 03.04.2020 № 428¹⁴. Мораторий действовал с 6 апреля по 6 октября 2020 г. и был продлен Правительством РФ до 7 января 2021 г.¹⁵ К сожалению, мораторий распространяется не на все компании, а лишь на системообразующие и стратегические организации. Список этих компаний размещен на сайте ФНС РФ¹⁶.

В период действия моратория предусмотрен целый комплекс мер, направленных на ограничение прав кредиторов: кредиторы не могут инициировать банкротство должника; у

¹³ Fischer K. M. Italien: Coronavirus und Insolvenz // URL: <https://www.gtai.de/gtai-de/trade/recht/rechtsbericht/italien/italien-coronavirus-und-insolvenz-262628> (дата обращения: 23.06.2020).

¹⁴ Постановление Правительства РФ от 03.04.2020 № 428 «О введении моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлению кредиторов в отношении отдельных должников» // СЗ РФ. 2020. № 15 (ч. IV). Ст. 2282.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 01.10.2020 № 1587 «О продлении срока действия моратория на возбуждение дел о банкротстве по заявлению кредиторов в отношении отдельных должников» // СЗ РФ. 2020. № 41. Ст. 6429.

¹⁶ Официальный сайт ФНС России. URL: <https://service.nalog.ru/COVID/> (дата обращения: 10.10.2020).

должника приостанавливается обязанность по обращению в суд с заявлением о банкротстве; приостанавливается исполнительное производство; вводится запрет на обращение взыскания на заложенное имущество.

Вместе с тем наряду с ограничениями прав кредиторов закреплены меры, направленные на предотвращение вывода имущества должниками. Среди последних можно выделить следующие:

- при возбуждении процедуры банкротства в течение 3 месяцев после окончания моратория все сделки должника, совершенные в период моратория, признаются ничтожными, кроме сделок в рамках обычной деятельности, размер которых не превышает 1 % от балансовой стоимости активов;
- запрещается выход участника из ООО с выплатой ему действительной стоимости доли;
- запрещается выплачивать дивиденды и распределять прибыль.

Учитывая сложную эпидемиологическую ситуацию, необходимо максимально использовать возможности института несостоятельности для оказания помощи лицам, которые пострадали от пандемии. Ученые предлагают различные пути ее решения, вплоть до введения в Закон «О несостоятельности (банкротстве)» главы XI.1 «Реабилитация лиц, пострадавших от чрезвычайных ситуаций, и (или) ситуаций чрезвычайного экономического характера, и (или) мероприятий по их предотвращению» с новыми реа-

билитационными механизмами для отдельных категорий должников¹⁷.

Безусловно, внесение поправок в законодательство о банкротстве не является панацеей и оптимальным решением проблем хозяйствующих субъектов, пострадавших от экономических последствий COVID-19. Для максимальной поддержки требуются разноплановые меры, которые будут включать в себя не только правовые средства, но и экономические, финансовые и налоговые стимулы. Учитывая наступление так называемой второй волны пандемии COVID-19 в октябре — декабре 2020 г., принятые государствами меры либо подтверждают свою эффективность, либо просигнализируют о необходимости выработки следующего «рецепта» для выздоровления мировой экономики.

Подводя итоги, отметим, что большинство принятых правовых мер противодействия кризису в рассмотренных странах имеют идентичную направленность. Но вместе с тем более предпочтительным выглядит прагматичный и рационально сбалансированный подход, закрепленный в немецком законе: мораторий на банкротство для тех субъектов, которые способны преодолеть кризис; наличие инструментов, способствующих выходу из кризиса (например, льготное кредитование в период моратория); отсутствие привилегированных и непривилегированных субъектов, как, например, в России, а также жесткого запрета кредиторам банкротить должника.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Барков Л. Мораторий на банкротство: в России и за рубежом // URL: <https://pro.rbc.ru/news/5ea2e18d9a7947b459407257> (дата обращения: 21.09.2020).
2. Карелина С. А., Фролов И. В. Реабилитационный потенциал института несостоятельности (банкротства) при возникновении чрезвычайных ситуаций и ситуаций чрезвычайного экономического характера // Право и экономика. — 2020. — № 6 (388). — С. 5–13.
3. Карелина С. А., Фролов И. В. Институт несостоятельности (банкротства) в правовой системе России и зарубежных стран: теория и практика правоприменения : монография. — М. : Юстицинформ, 2020. — 360 с.

¹⁷ Карелина С. А., Фролов И. В. Реабилитационный потенциал института несостоятельности (банкротства) при возникновении чрезвычайных ситуаций и ситуаций чрезвычайного экономического характера // Право и экономика. 2020. № 6 (388). С. 5–13.

4. Пономорев А. COVID-19: мораторий на банкротство в Германии и России // URL: https://zakon.ru/blog/2020/04/09/COVID-19_moratorij_na_bankrotstvo_v_germanii_i_rossii (дата обращения: 24.08.2020).
5. Степанов В. В. Правовое регулирование несостоятельности в Германии, США, Англии, Франции и России // Актуальные проблемы гражданского права : сборник статей. — М. : Статут, 1999. — Вып. 1. — С. 161–228.
6. Файзрахманова Л. М. Актуальные вопросы привлечения должника-налогоплательщика к субсидиарной ответственности при несостоятельности (банкротстве) // Налоги. — 2018. — № 5. — С. 27–30.
7. Barcaba D., Kaufman E. COVID-19: Die rechtlichen Auswirkungen auf das Insolvenzrecht // URL: <https://www.twobirds.com/de/news/articles/2020/germany/COVID-19-auswirkungen-auf-das-insolvenzrecht> (дата обращения: 22.05.2020).
8. Closset F., Urban D. The balance of power between creditors and the firm: Evidence from German insolvency law // Journal of Corporate Finance. — 2019. — Vol. 58. № 10. — P. 454–477.
9. Curran E., O'Brien F. What Else Could Go Wrong for World Economy Before 2020 Is Done // Bloomberg. 6 Sept. 2020. URL: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-09-06/what-else-could-go-wrong-for-world-economy-before-2020-is-done?srnd=premium-europe> (дата обращения: 06.09.2020).
10. Fischer K. M. (2020) Italien: Coronavirus und Insolvenz // URL: <https://www.gtai.de/gtai-de/trade/recht/rechtsbericht/italien/italien-coronavirus-und-insolvenz-262628> (дата обращения: 23.08.2020).
11. International Monetary Fund. World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown // URL: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#top> (дата обращения: 06.09.2020).

Материал поступил в редакцию 5 ноября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Barkov L. Moratorij na bankrotstvo: v Rossii i za rubezhom // URL: <https://pro.rbc.ru/news/5ea2e18d9a7947b459407257> (data obrashcheniya: 21.09.2020).
2. Karelina S. A., Frolov I. V. Reabilitacionnyj potencial instituta nesostoyatel'nosti (bankrotstva) pri vozniknovenii chrezvychajnyh situacij i situacij chrezvychajnogo ekonomicheskogo haraktera // Pravo i ekonomika. — 2020. — № 1 (388). — S. 5–13.
3. Karelina S. A., Frolov I. V. Institut nesostoyatel'nosti (bankrotstva) v pravovoj sisteme Rossii i zarubezhnyh stran: teoriya i praktika pravoprimeneniya : monografiya. — M. : Yusticinform, 2020. — 360 s.
4. Ponomorev A. COVID-19: moratorij na bankrotstvo v Germanii i Rossii // URL: https://zakon.ru/blog/2020/04/09/COVID-19_moratorij_na_bankrotstvo_v_germanii_i_rossii (data obrashcheniya: 24.08.2020).
5. Stepanov V. V. Pravovoe regulirovanie nesostoyatel'nosti v Germanii, SShA, Anglii, Francii i Rossii // Aktualnye problemy grazhdanskogo prava : sbornik statej. — M. : Statut, 1999. — Vyp. 1. — S. 161–228.
6. Fajzrahmanova L. M. Aktualnye voprosy privlecheniya dolzhnika-nalogoplatel'shchika k subsidiarnoj otvetstvennosti pri nesostoyatel'nosti (bankrotstve) // Nalogi. — 2018. — № 5. — S. 27–30.
7. Barcaba D., Kaufman E. COVID-19: Die rechtlichen Auswirkungen auf das Insolvenzrecht // URL: <https://www.twobirds.com/de/news/articles/2020/germany/COVID-19-auswirkungen-auf-das-insolvenzrecht> (data obrashcheniya: 22.05.2020).
8. Closset F., Urban D. The balance of power between creditors and the firm: Evidence from German insolvency law // Journal of Corporate Finance. — 2019. — Vol. 58. № 10. — P. 454–477.
9. Curran E., O'Brien F. What Else Could Go Wrong for World Economy Before 2020 Is Done // Bloomberg. 6 Sept. 2020. URL: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-09-06/what-else-could-go-wrong-for-world-economy-before-2020-is-done?srnd=premium-europe> (data obrashcheniya: 06.09.2020).
10. Fischer K. M. (2020) Italien: Coronavirus und Insolvenz // URL: <https://www.gtai.de/gtai-de/trade/recht/rechtsbericht/italien/italien-coronavirus-und-insolvenz-262628> (data obrashcheniya: 23.08.2020).
11. International Monetary Fund. World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown // URL: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#top> (data obrashcheniya: 06.09.2020).

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.099-113

О. В. Чесалина*

Новеллы законодательства о дистанционной (удаленной) работе: сравнительно-правовой анализ

Аннотация. В статье анализируются новеллы ТК РФ в части регулирования дистанционной (удаленной) работы в контексте национального и зарубежного опыта применения и регулирования дистанционной работы, в том числе в условиях пандемии коронавируса. Особое внимание уделено таким актуальным практическим вопросам, как виды дистанционного (удаленного) труда; соотношение надомного и дистанционного труда; регулирование рабочего времени дистанционных работников; права и обязанности работников и работодателей в связи с применением дистанционного труда, в том числе «право на офлайн»; совмещение дистанционной работы с выполнением семейных обязанностей; социальное страхование дистанционных работников. С учетом рекомендаций Международной организации труда, законодательства и судебной практики Европейского Союза, опыта зарубежных стран произведена оценка новелл ТК РФ и внесены некоторые предложения по совершенствованию механизмов регулирования дистанционного труда. В частности, внесены предложения, направленные на защиту прав дистанционных работников и обеспечение баланса интересов работников и работодателей при применении дистанционного труда, а также на устранение пробелов в правовом регулировании дистанционного труда.

Ключевые слова: дистанционная (удаленная) работа; рабочее время; пандемия коронавируса; трудовые права; обязанности работодателя; охрана труда; охрана частной жизни; перевод; изменение существенных условий труда; право на офлайн.

Для цитирования: Чесалина О. В. Новеллы законодательства о дистанционной (удаленной) работе: сравнительно-правовой анализ // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 99–113. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.099-113.

© Чесалина О. В., 2021

* Чесалина Ольга Владимировна, кандидат юридических наук, магистр права ФРГ (LL.M.), доцент, старший научный сотрудник Института социального права и социальной политики Общества Макса Планка (Мюнхен, ФРГ)
Амалиенштрассе 33, г. Мюнхен, ФРГ, 80799
ol15ga@yandex.ru

Novelties of the Legislation on Distance (Remote) Work: A Comparative Legal Analysis

Olga V. Chesalina, Cand. Sci. (Law), LL.M. (Federal Republic of Germany), Associate Professor, Senior Researcher, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy (Munich, Germany)
Amalienstrasse 33, Munich, Germany, 80799
ol15ga@yandex.ru

Abstract. The paper analyzes the novelties of the Labor Code of the Russian Federation regarding the regulation of distant (remote) work given the national and foreign experience in application and regulation of remote work, including the coronavirus pandemic situation. The paper gives particular attention to such topical practical issues of distant work as: types of distant (remote) work; the ratio of home and distant work; regulation of the working time of distant workers; the rights and obligations of employees and employers in connection with the use of distant work, including the “right to be offline”; issues of combining distant work with family responsibilities; social insurance of distant workers. Given the recommendations of the International Labor Organization, the legislation and judicial practice of the European Union, the experience of foreign countries, the author scrutinizes the novelties of the Labor Code of the Russian Federation and makes some proposals to improve distant work regulation. In particular, the author propose to aim at protecting the rights of distant workers and ensuring a balance of interests of workers and employers when using distant work mode, as well as eliminating gaps in the legal regulation of distant work.

Keywords: distant (remote) work; work time; coronavirus pandemic; labor rights; employer’s responsibilities; health and safety; privacy protection; transition; changes in essential working conditions; right to be offline.

Cite as: Chesalina OV. Novelly zakonodatelstva o distantsionnoy (udalennoy) rabote: sravnitelno-pravovoy analiz [Novelties of the Legislation on Distance (Remote) Work: A Comparative Legal Analysis]. *Aktual’nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):99-113. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.099-113. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

В условиях пандемии коронавируса многие работодатели были вынуждены переводить работников на удаленный режим работы. На практике возникали многочисленные вопросы, связанные с применением дистанционного труда, поскольку глава 49.1 ТК РФ изначально не была рассчитана на применение в такой ситуации. В связи с этим в июне 2020 г. был внесен проект изменений в ТК РФ, а 8 декабря 2020 г. уже принят Федеральный закон № 407-ФЗ о внесении изменений в ТК РФ в части регулирования дистанционной (удаленной) работы¹.

В статье анализируются новеллы ТК РФ в сопоставлении с введенными в ТК РФ в 2013 г. нормами о дистанционной работе², а также в свете норм и рекомендаций Международной организации труда (далее — МОТ), Европейского Союза и зарубежного опыта применения и регулирования дистанционного труда, в том числе в условиях пандемии коронавируса. Целью статьи является рассмотрение наиболее актуальных практических вопросов и внесение теоретически обоснованных предложений, направленных на защиту прав дистанционных работников и обеспечение баланса интересов работников и работодателей, а также на вос-

¹ Федеральный закон от 08.12.2020 № 407-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202012080047>.

² Федеральный закон от 05.04.2013 № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1668.

полнение законодательных пробелов в данной области.

Терминология и виды дистанционного труда

Идея выполнения работы из дома при помощи информационно-коммуникационных технологий возникла в 70-х гг. XX в. в Калифорнии³. Базируясь на уровне развития информационных технологий, ученые выделяют три поколения дистанционной работы (телеработы). Первое поколение, которое относится к 70–80-м гг. XX в., связано с появлением сети Интернет и характеризуется работой из дома (home office), а также взаимодействием с работодателем при помощи телеконференций и обмена электронными письмами⁴. Второе поколение (конец XX в.) связано с появлением ноутбуков и мобильных телефонов, которые позволили выполнять работу не только из дома, но и из любого места, где есть связь с Интернетом (mobile work/office)⁵. Интересно отметить, что в 2015 г. Еврофонд отнес мобильную работу, основанную на ИКТ (ICT-based mobile work), к новым формам занятости и отграничил ее от телеработы⁶. И наконец, третье поколение (с начала XXI в. до настоящего времени) отличается от первого и второго тем, что информация хранится не на компьютере, а в «облаке», т. е. используются облачные технологии, что позволяет создавать виртуальные рабочие места и виртуальные офисы (e-work)⁷.

Новая редакция ст. 312.1 ТК РФ исходит из широкой концепции дистанционной работы, включая работу как из дома, так и из любого другого места. Следует отметить, что Рамочное европейское соглашение о телеработе от 16.07.2002 также исходит из широкого понимания телеработы⁸. В главе 49.1 ТК РФ в редакции от 05.04.2013 использовался только термин «дистанционная работа» (и соответственно, «дистанционные работники»). Статья 312.1 ТК РФ в новой редакции содержит определение «дистанционной (удаленной) работы», при этом термины «дистанционный» и «удаленный» используются как синонимы. Таким образом, законодатель поставил точку в дискуссии, являются ли удаленная работа и дистанционная работа двумя разными правовыми явлениями. Если изначально внесенный законопроект последовательно использовал термин «дистанционная (удаленная) работа» во многих статьях гл. 49.1 ТК РФ, то в окончательной редакции ТК РФ единственное упоминание удаленной работы осталось в ст. 312.1. Представляется, что правоприменительная практика покажет, есть ли целесообразность дифференцирования правового регулирования дистанционной работы из дома и удаленной «мобильной» работы (в любом ином месте, чем дома, и вне места нахождения работодателя, т. е. в смысле mobile office); а также постоянной и временной дистанционной работы. И если практика подтвердит такую целесообразность, следует еще раз проанализировать вопрос об использовании

³ Messenger J. C. Introduction: Telework in the 21st century — an Evolutionary Perspective // Telework in the 21st Century. An Evolutionary Perspective / J. C. Messenger (ed.). Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar ; Geneva : International Labour Office, 2019. P. 1.

⁴ Messenger J. C. Op. cit. P. 4.

⁵ Messenger J. C. Op. cit. P. 5.

⁶ Eurofound. New forms of employment. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2015 // URL: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf.

⁷ Messenger J. C. Op. cit. P. 7–8.

⁸ Согласно ст. 2 Соглашения телеработа — это одна из форм организации и (или) выполнения работы с использованием информационных технологий в рамках трудового договора / трудового правоотношения, при которой работа, которая может быть выполнена также по месту нахождения работодателя, осуществляется вне места его нахождения на регулярной основе // URL: <https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2006-01428-EN.pdf>.

разных терминов для отграничения подвидов дистанционной работы. Интересно отметить, что в Руководстве МОТ для работодателей удаленный режим работы (*working from home*), т. е. выполнение трудовой функции из дома с помощью ИКТ, рассматривается как одна из форм дистанционной работы, т. е. дистанционная работа рассматривается как родовое понятие⁹.

Статья 312.1 ТК РФ в новой редакции допускает помимо постоянной также временную дистанционную работу. На первых этапах появления телеработы предполагалось, что она может полностью вытеснить традиционную работу на стационарном рабочем месте. Показательно, что Европейское рамочное соглашение о телеработе 2002 г. исходит из ее регулярного характера. Время показало, что наиболее распространенным на практике является сочетание работы в офисе с периодической телеработой (например, несколько дней в течение месяца)¹⁰. В последние годы в законодательство о телеработе некоторых европейских стран были внесены поправки, которые отражают изменение представлений о телеработе. Так, во Франции в 2017 г. определение телеработы было дополнено нерегулярной и чередуемой (с нормальной работой) телеработой; до этого времени определение включало только регулярную телеработу¹¹. Как видим, российское законодательство развивается в том же направлении: от постоянной дистанционной работы к периодической. При этом согласно ст. 312.1 ТК РФ в новой редакции на работников распространяются особенности регулирования труда дистанционных работников независимо от того,

как часто они работают вне места нахождения работодателя.

По существу, периодическая (и часто краткосрочная) телеработа (как, например, проверка электронных писем после окончания рабочего дня) для многих работников уже стала частью нормального трудового процесса¹². В случае периодической дистанционной работы (путем чередования с работой на стационарном рабочем месте) возникает вопрос об обоснованности установления таким работникам некоторых особенностей регулирования их трудовых отношений (например, особенности заключения и расторжения трудового договора путем обмена электронными документами, ст. 312.3 ТК РФ), который требует дальнейшего исследования.

Распространение дистанционного труда: до пандемии и во время нее

Исследования демонстрируют, что до пандемии среди европейских стран дистанционный труд был наиболее распространен в Нидерландах (37,5 %), Люксембурге (33,8 %), а также в скандинавских странах (около 30 %). Возможными причинами его широкого распространения названы высокий уровень социальных пособий для родителей в сочетании с рабочей (корпоративной) культурой, которая позволяет совмещать работу и личную жизнь¹³. Для южно- и восточноевропейских стран, например Греции, Италии, Испании, Чехии, Венгрии, характерны культура присутствия (на работе) и низкий уровень формальной гибкости¹⁴. В частности, испан-

⁹ Удаленный режим работы в условиях пандемии COVID-19: руководство для работодателей. Женева : Международное бюро труда, май 2020 // URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_749872.pdf.

¹⁰ *Messenger J. C.* Op. cit. P. 9.

¹¹ Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice. Forschungsbericht 549. October 2020. S. 13 // URL: <https://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-verbretung-auswirkungen-mobiles-arbeiten.html;jsessionid=309B39DE7B633124626C26EF97AAC1DB.delivery2-replication>.

¹² *Messenger J. C.* Op. cit. P. 11.

¹³ *Gschwind L., Vargas O.* Telework and its effects in Europe // *Telework in the 21st Century. An Evolutionary Perspective*. P. 39 ; Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 23.

¹⁴ *Gschwind L., Vargas O.* Op. cit. P. 39.

ские исследователи связывают низкий уровень распространения дистанционного труда с культурой присутствия, медленно развивающейся ИТ-инфраструктурой, а также отсутствием законодательства, направленного на обеспечение гибкости рабочего времени и места работы¹⁵. И наконец, страны Центральной Европы, такие как Австрия, Германия, Франция, находятся где-то посередине вышеназванных полюсов¹⁶. Эмпирические исследования показывают, что чаще всего работают дистанционно (как до, так и во время пандемии) высококвалифицированные работники; лица, занимающие руководящие должности; по отраслям экономики доминируют ИТ-сфера, финансы, страхование, преподавательская, научная и техническая деятельность¹⁷.

Во время пандемии во всех странах возросло число лиц, работающих дистанционно; при этом чем выше был процент телеработников до пандемии, тем больше он возрос во время нее: например, в Нидерландах перешли на теле-работу более 50 %, в Швеции и Дании — более 40 % работников¹⁸. В пояснительной записке к проекту федерального закона «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной и удаленной работы» приводятся данные Росстата о том, что в 2019 г. из 67,1 млн занятых лишь 30 тыс. человек работали на основе трудового договора о выполнении работы на дому с использованием сети Интернет. Это составляет 0,045 % от всех лиц, состоящих в трудовых правоотношениях. В аналитическом докладе ВЦИОМ и Social Business Group отмечается, что

в России до пандемии работало дистанционно 2 % респондентов, а перешло к нему полностью или частично 16 %¹⁹.

Соотношение дистанционного и надомного труда

Как в теоретическом, так и в практическом плане представляет интерес вопрос об отграничении дистанционной работы от надомного труда. Очень часто до того момента, пока в национальном законодательстве не урегулирован дистанционный труд, к этому виду труда применяются нормы о надомном труде; общим элементом и надомного, и дистанционного труда является выполнение работы вне места нахождения работодателя.

В то время как ТК РФ отграничивает дистанционную работу от надомного труда, в правоприменительной и судебной практике по делам о пособиях по уходу за ребенком в возрасте до полутора лет «работа на дому» (исходя из ст. 11.1 Федерального закона от 29.12.2006 № 255-ФЗ²⁰) рассматривается как родовое понятие, охватывающее не только надомный труд, но и дистанционную работу²¹.

До принятия Федерального закона от 05.04.2013 № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в российской науке трудового права велась дискуссия о расширении понятия надомного труда за счет включения в него дистанционного труда²². Интересно отметить, что в настоящее время при обсуждении вопроса,

¹⁵ Gschwind L., Vargas O. Op. cit. P. 40.

¹⁶ Gschwind L., Vargas O. Op. cit. P. 39.

¹⁷ Gschwind L., Vargas O. Op. cit. P. 44 ; Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 23.

¹⁸ Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 95.

¹⁹ Цифровая грамотность и удаленная работа в условиях пандемии : совместный аналитический доклад ВЦИОМ и Social Business Group // URL: <https://socialbusinessgroup.ru/uploads/s/m/s/i/msiugb4swwjk/file/AMo1W3qz.pdf?preview=1>.

²⁰ Федеральный закон от 29.12.2006 № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» // СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 18.

²¹ Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А. Правовое регулирование дистанционной работы: проблемы теории и практики : монография. Пермь : Перм. гос. нац. исслед. ун-т, 2016. С. 108–111.

²² Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А. Указ. соч. С. 28 ; Избинова Т. А., Целифев В. А. Эволюция «надомного труда», или Правовое поле фриланса // Трудовое право. 2010. № 2. С. 21–24.

как должна быть урегулирована платформенная занятость в трудовом законодательстве и законодательстве о социальном обеспечении, некоторые зарубежные ученые тоже выступили с предложением о модификации понятия надомного труда и применении норм о надомном труде к платформенным работникам²³. Такое предложение высказано учеными из Германии²⁴, Австрии²⁵, США²⁶.

Норма ст. 11.1²⁷ Федерального закона от 29.12.2006 № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» исторически связана с Положением об условиях труда надомников, утвержденным постановлением Госкомтруда СССР и Секретариата ВЦСПС от 29.09.1981 № 275/17-99. Согласно данному Положению, женщины, имеющие детей в возрасте до 15 лет, имели преимущественное право на заключение трудового договора о работе на дому (п. 4 Положения); специальная норма-льгота содержалась (и содержится) в законодательстве о социальном страховании. Представляется, что в современных условиях нет объективных оснований для дифференциации продолжительности рабочего времени при предоставлении пособия по уходу в зависимости от места выполнения работы: на дому (возможна нормальная продолжительность рабочего времени) или в офисе (неполное рабочее время). И в первом, и во втором случае работники должны выполнять

трудовую функцию в течение установленной продолжительности рабочего времени; выполнение работы из дома не ведет к уменьшению установленной продолжительности рабочего времени. Новеллы ТК РФ будут способствовать расширению использования дистанционного труда, в том числе на временной основе. С точки зрения обеспечения совмещения работы с выполнением семейных обязанностей было бы желательно закрепить возможность (или право) преимущественного перевода на дистанционный режим работников с маленькими детьми в тех организациях, где характер работы это позволяет. Директива ЕС от 20.06.2019 об установлении баланса между работой и личной жизнью для родителей и опекунов предусматривает, что государства-члены должны принять необходимые меры, чтобы работники с детьми в возрасте как минимум до 8 лет могли обратиться к работодателю с просьбой об установлении гибких режимов работы. Работодатели должны рассмотреть такой запрос в течение соразмерного периода; в случае отказа они обязаны указать причины, послужившие основанием для него²⁸.

Трудовые права и обязанности работников

Право и обязанность работать удаленно

Рассматривая возможные права и обязанности работников в контексте дистанционного

²³ Чесалина О. В. Вызовы цифровой экономики для права социального обеспечения: социальное обеспечение работающих на основе интернет-платформ // Российский юридический журнал. 2018. № 3. С. 134–143.

²⁴ Krause R. Digitalisierung der Arbeitswelt — Herausforderungen und Regelungsbedarf // Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages. Band I: Gutachten. Teil B. 2016. S. 106; Brose W. Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt // Neue Zeitschrift für Sozialrecht. 2017. Heft 1. S. 14.

²⁵ Warter J. Crowdwork. Wien: ÖGV Verlag, 2016. S. 203–238.

²⁶ Finkin M. W. Beclouded work in historical perspective // Comparative Labour Law and Policy Journal. 2016. Vol. 37. P. 603–618.

²⁷ Согласно ч. 2 ст. 11.1 право на ежемесячное пособие по уходу за ребенком сохраняется в случае, если лицо, находящееся в отпуске по уходу за ребенком, работает на условиях неполного рабочего времени или на дому и продолжает осуществлять уход за ребенком.

²⁸ Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1158>.

труда, можно выделить непосредственно субъективное право на дистанционный труд и более узкое право — на работу из дома (право на home office). На данный момент, похоже, нет стран, которые бы законодательно закрепили субъективное право на дистанционный труд (или как минимум право работать из дома). Чаще всего возможность применения дистанционной работы устанавливается по соглашению сторон трудового договора или закрепляется в акте коллективно-договорного регулирования.

В то же время некоторые страны урегулировали процедуру обращения работника к работодателю с запросом об установлении дистанционного режима работы. Например, в Нидерландах с 1 января 2016 г. действует закон (*Wet flexibelwerken*), согласно которому в организациях с численностью свыше 10 работников и как минимум за два месяца до планируемой даты работник может обратиться к работодателю с запросом об изменении места работы. Работодатель должен рассмотреть запрос за месяц до планируемой даты и дать письменный ответ. Если работодатель не рассмотрел запрос в указанный срок, он считается одобренным²⁹. Во Франции работодатель может отклонить запрос на телеработу при наличии производственных причин, а работник может отказаться от телеработы без указания причин³⁰.

В Германии уже в течение нескольких лет обсуждается законодательное закрепление права работать из дома (права на home office). Ситуация с коронавирусом активизировала такие дискуссии, при этом многие работодатели относятся отрицательно к данной инициативе, отмечая, что к решению вопроса следует подходить дифференцированно. Некоторые исследователи при этом отмечают, что, если регулировать право работать из дома, следует также урегулировать случаи, в которых у работника возникает обязанность работать из дома³¹.

И Рамочное европейское соглашение, и руководство МОТ³², и законодательство многих стран исходят из того, что перевод на удаленный режим работы происходит по договоренности с работником, работодатель не может перевести работника без его согласия. Например, в Германии, исходя из сложившейся судебной практики, работодатель не может обязать работника работать из дома, а если такой режим работы был согласован, не может отменить его в одностороннем порядке.

В то же время Конвенция МОТ от 22.06.1981 № 155 «О безопасности и гигиене труда и производственной среде» исходит из того, что работники обязаны сотрудничать с работодателем для обеспечения безопасной и здоровой производственной среды. Законодательство некоторых стран допускает в качестве исключения перевод на дистанционную работу без согласия работника. Так, например, во Франции согласно ст. 1222-11 Трудового кодекса в исключительных случаях, особенно в случаях угрозы эпидемии или форс-мажора, внедрение телеработы может быть рассмотрено как необходимая адаптация рабочего места, с тем чтобы обеспечить непрерывность работы компании и защиту работников³³. Сходное регулирование предусмотрено теперь в ст. 312.9 ТК РФ, закрепляющей порядок временного перевода работника без его согласия на дистанционную работу в исключительных случаях.

Следует отметить, что в ст. 312.9 ТК РФ не указан максимальный срок, на который допускается временный перевод без согласия работника; в статье лишь содержится указание, что такой перевод возможен не более чем на период наличия обстоятельства (случая), послужившего основанием для перевода. В части 2 ст. 312.1 ТК РФ указано, что срок временного перевода на дистанционную работу не может превышать шести месяцев. Полагаем, что если

²⁹ Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 54.

³⁰ Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 54.

³¹ Fuhlrott M., Fischer K. Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts // Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. 2020. № 6. S. 345, 350.

³² Удаленный режим работы в условиях пандемии COVID-19: руководство для работодателей. С. 7.

³³ Sachs T. COVID-19 and labour law in France // European Labour Law Journal. 2020. Vol. 11 (3). P. 289.

временный перевод с согласия работника не может превышать шести месяцев, то при толковании понятия *argumentum a maiore ad minus* (аргумент от большего к меньшему) перевод без согласия работника тем более не может превышать этот срок. Тем не менее возможно и иное толкование, согласно которому нормы ст. 312.9 ТК РФ являются специальными и срок перевода может превышать шесть месяцев. Кроме того, в отличие от временного перевода по ч. 2 ст. 321.1 ТК РФ, в случае временного перевода по ст. 312.9 ТК РФ не требуется внесения изменений в трудовой договор, что свидетельствует о специфике такого перевода. Но даже в случае ограничительного толкования (т. е. перевод на срок не больше шести месяцев) ч. 2 ст. 312.1 ТК РФ не содержит ограничения по количеству таких переводов ни в течение года, ни в течение другого более длительного периода. Для сравнения отметим, что в ст. 72.2 ТК РФ предусмотрена возможность временного перевода на другую работу без согласия работника в случае катастрофы природного или техногенного характера, производственной аварии, несчастного случая на производстве, пожара, наводнения, голода, землетрясения, эпидемии или эпизоотии и в любых исключительных случаях только на срок до одного месяца. Как мы видим, пандемия коронавируса длится уже почти год и нельзя исключить, что она может продолжаться еще достаточно долго; она проходит волнообразно, т. е. в течение 2020 г. уже как минимум второй раз возникает достаточно длительная по времени ситуация, предусмотренная в ст. 312.9 ТК РФ (эпидемия).

В статье 312.9 ТК РФ указаны только две причины, по которым невозможно произвести временный перевод работника на дистанционную работу по инициативе работодателя: это характер работы и непредоставление работодателем необходимого оборудования, программно-технических и иных средств, т. е. причины, связан-

ные или производные от работодателя. В этих случаях работнику оплачивается время простоя согласно ч. 2 ст. 157 ТК РФ. С учетом возможного длительного периода перевода на дистанционную работу без согласия работника следует дополнить ч. 7 ст. 312.9 ТК РФ еще двумя причинами, связанными с личностью работника, по которым невозможно произвести такой временный перевод: 1) жилищные условия, не позволяющие выполнять работу дистанционно; 2) необходимость ухода за детьми в возрасте до 12 лет по причине закрытия дошкольных или школьных учебных заведений (что часто имело место во время первой волны коронавируса). Относительно второго случая зарубежный опыт показывает, что создание защитных механизмов возможно средствами как трудового права, так и права социального обеспечения — в зависимости от того, на кого возлагается ответственность за данный случай: на работодателя или на государство. Например, в Германии в 2020 г. была введена новая компенсационная выплата в связи с необходимостью осуществления ухода за ребенком/детьми младше 12 лет³⁴. Такая компенсация выплачивается при условии, что другой вариант ухода за ребенком невозможен³⁵.

Кроме того, в ТК РФ остались неурегулированными правовые последствия отказа работника от временного перевода на дистанционную работу. Для того чтобы предположить возможные правовые последствия такого отказа, необходимо проанализировать, что представляет собой такой «временный перевод на дистанционную работу».

Во-первых, можно предположить, что имеется в виду перевод в буквальном смысле слова, поскольку в ст. 312.9 ТК РФ многократно и последовательно используется термин «перевод». Но ТК РФ регулирует только перевод на другую работу, в другую местность или к другому работодателю. Возникает вопрос, действительно ли законодатель хотел включить в ТК РФ новый

³⁴ Абзац «1а» ст. 56 Закона ФРГ «О защите от инфекционных болезней»: «выплачивается как работникам, так и самозанятым, т. е. всем лицам, которые имеют право на данную компенсационную выплату».

³⁵ Например, другой родитель или учреждение, осуществляющее уход за детьми, родители которых работают в системообразующих отраслях. Привлечение лиц, которые входят в группу риска, например бабушек и дедушек, для ухода за детьми не допускается.

вид перевода? Если ответить на этот вопрос положительно, то возникает следующий вопрос: должны ли правовые последствия такого отказа быть подобными последствиям отказа от временного перевода без согласия работника согласно ч. 2 ст. 72.2 ТК РФ? Можно ли квалифицировать отказ от перевода как дисциплинарный проступок?

Во-вторых, можно предположить, что, по сути, происходит изменение определенных сторонами условий трудового договора, поскольку изменения касаются не только рабочего места, но и, как правило, режима рабочего времени и времени отдыха, порядка взаимодействия с работодателем, т. е. и некоторых иных условий трудового договора. В то же время порядок изменения определенных сторонами условий трудового договора, предусмотренный в ст. 74 ТК РФ, не подходит для применения в чрезвычайной ситуации, описанной в ст. 312.9 ТК РФ, поскольку от работодателя требуется быстрое реагирование на непредвиденные обстоятельства.

В связи с вышесказанным необходимо четко урегулировать в ТК РФ суть временного перевода на дистанционную работу и правовые последствия отказа работника от него. Полагаем, что в случаях отказа от временного перевода (невозможности) в связи с жилищными или семейными обстоятельствами правильно было бы оплачивать простой согласно ч. 2 ст. 157 ТК РФ (как и в случаях, указанных в ч. 7 ст. 312.9 ТК РФ) и исключить возможность увольнения работника.

Право на офлайн / право на отключение (right to be disconnected)

Не только дистанционный труд, но современные трудовые правоотношения в целом характеризуются размыванием границ между

рабочим временем и временем отдыха, между личной жизнью и работой. Корпоративная культура «всегда на связи» (always on) ведет к интенсификации труда, профессиональному выгоранию и стрессу. Опыт зарубежных стран показывает, что около 50 % работающих периодически удаленно работают по вечерам и выходным без компенсации за сверхурочную работу³⁶. Исследования показывают, что дистанционные работники работают дольше (и без дополнительной оплаты труда), чем «нормальные» работники³⁷. Например, немецкое исследование 2019 г. показало, что дистанционные работники — мужчины работают на 3,7 ч дольше, чем те работники, которые работают в офисе³⁸. Поэтому как на европейском уровне, так и на уровне отдельных стран (в законодательстве, коллективных и трудовых договорах) проводится политика, направленная на обеспечение баланса между работой и личной жизнью.

В качестве яркого примера такой политики можно назвать предусмотренное с 2016 г. во французском Трудовом кодексе «право на отключение» (le droit à la déconnexion)³⁹. Суть данного права состоит в том, что в организациях с численностью от 50 работников и более работодатели обязаны вести коллективные переговоры относительно использования ИКТ с тем, чтобы обеспечить, с одной стороны, соблюдение рабочего времени и времени отдыха, с другой стороны, уважение личной и семейной жизни работников. Если коллективное соглашение не заключено, работодатель обязан после консультаций с представителями работников закрепить данное право в хартии⁴⁰ (ст. 2242-8 Трудового кодекса). Определение того, каким образом будет реализовано право на отключение (например, блокирование отправления

³⁶ Messenger J. C. Op. cit. P. 16–17.

³⁷ Gschwind L., Vargas O. Op. cit. P. 48.

³⁸ Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 28.

³⁹ Концепция «права на отключение» была выработана в судебной практике во Франции задолго до ее законодательного закрепления. Cour de cassation в решении от 17.02.2004 постановил, что непринятие звонков на рабочий телефон работника после окончания рабочего дня не является основанием для его увольнения. См.: Davila G. Gonzalez. *Telework and the French «Right to Disconnect»*. 21.04.2020 // URL: <https://blogs.loc.gov/law/2020/08/telework-and-the-french-right-to-disconnect/>.

⁴⁰ Gschwind L., Vargas O. Op. cit. P. 65.

и получения электронной корреспонденции; информирование и разъяснение данного права руководителям подразделений, с тем чтобы добиться от них желаемого поведения, т. е. не контактировать с работниками во вне рабочее время), относится к компетенции работодателя⁴¹. Данное право распространяется на всех работников, включая телеработников. Французские ученые определяют его как «право на частную жизнь XXI века»⁴². В отчете Бруно Меттинга данное право понимается как «взаимная ответственность работника и работодателя, а также обязанность отключения»⁴³. Уже есть первый случай в судебной практике, когда суд подтвердил, что работник имеет право на дополнительную оплату труда за тот период, в течение которого на него возлагалась обязанность быть доступным в нерабочее время⁴⁴. В то же время ученые отмечают, что контролировать соблюдение этого права у «обычных» работников проще, чем у дистанционных⁴⁵.

Среди зарубежных ученых нет единого мнения по поводу того, что включает в себя «право на отключение»⁴⁶; предполагает ли данное право соответствующую обязанность работника отказаться от контактов с работодателем и коллегами; является ли данное право новым или оно вытекает из норм о рабочем времени; следует ли данное право закреплять законодательно или достаточно норм о максимальной

продолжительности рабочего времени; должны ли быть наделены данным правом все работники или только дистанционные⁴⁷.

В ходе подготовки законопроекта № 973264-7 во многих российских СМИ и некоторых научных публикациях обсуждалось право работника быть офлайн⁴⁸. Во внесенном 16 июня 2020 г. в Государственную Думу законопроекте было предусмотрено, что в случае производственной необходимости работодатель может с согласия работника привлечь его к выполнению трудовой функции вне времени, установленного порядком взаимодействия, с оплатой данной работы в порядке, установленном для оплаты сверхурочной работы⁴⁹. Такая формулировка отражает концепцию «права на отключение», поскольку она ограничивает возможность взаимодействия с работником случаями производственной необходимости. В окончательном тексте ст. 312.4 ТК РФ предусмотрено, что «время взаимодействия работника с работодателем включается в рабочее время». Таким образом, в гл. 49.1 ТК РФ в редакции от 08.12.2020 не закреплено право на офлайн, поскольку стержнем данного права является установление обязанности работодателя уважать личную жизнь и соблюдать границы рабочего времени работника, а также запрет контактировать с работником за пределами его рабочего времени. Обязанность компенсации сверхурочной работы или времени взаимодей-

⁴¹ *Gschwind L., Vargas O.* Op. cit. P. 65.

⁴² Цит. по: *Timellini C.* Disconnection: A Right in a Phase of Progressive Definition // *New Forms of Employment / J. Wratny, A. Ludera-Ruszel* (eds.). Wiesbaden : Springer, 2020. P. 121.

⁴³ *Loiseau G.* La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées // *Droit social.* 2017. P. 463.

⁴⁴ Cour de cassation, civile, Chambre sociale. 12 juillet 2018. 17-13.029. Inédit // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037384264/>.

⁴⁵ *Gonzalez D.* Op. cit.

⁴⁶ Вышеназванные примеры показывают, что и законодатель воздерживается от четких определений.

⁴⁷ *Timellini C.* Op. cit. P. 119–133.

⁴⁸ Н. Л. Лютов является сторонником законодательного закрепления данного права. См.: Эксперт рассказал о праве работников быть офлайн. Эксклюзив. 25.09.2020 // URL: <https://mir24.tv/news/16427648/ekspert-rasskazal-o-prave-rabotnikov-byt-offlain-eksklyuziv>.

⁴⁹ Законопроект № 973264-7 «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части регулирования дистанционной (удаленной) работы и временного перевода работника на дистанционную (удаленную) работу по инициативе работодателя в исключительных случаях» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/973264-7>.

ствия с работодателем — это только следствие работы за пределами установленной продолжительности рабочего времени.

К сожалению, даже указание на то, что «время взаимодействия работника с работодателем включается в рабочее время», несмотря на предусмотренную в ч. 4 ст. 91 ТК РФ обязанность работодателя по учету фактически отработанного каждым работником рабочего времени, теряет свою практическую значимость, если работнику установлен ненормированный рабочий день, до тех пор, пока не будут определены конкретные пределы его применения.

Следует отметить, что и в европейском трудовом праве вопрос об обязанности работодателя по учету рабочего времени работника является очень актуальным. Согласно ч. 2 ст. 31 Хартии Европейского Союза об основных правах, каждый работник имеет право на ограничение максимальной продолжительности рабочего времени. Европейский Суд в ключевом решении от 14.05.2019 по делу C-55/18 истолковал Директиву ЕС о рабочем времени в свете ч. 2 ст. 31 Хартии таким образом, что каждый работодатель должен создать систему учета ежедневно отработанного работником рабочего времени, в том числе для того, чтобы определить количество часов сверхурочной работы.

Охрана частной жизни работников

При дистанционной работе взаимосвязанными вопросами являются защита и обеспечение конфиденциальности данных работодателя, с одной стороны, и охрана частной жизни (личной сферы) работника, с другой стороны. В российском трудовом законодательстве отсутствуют специальные правовые нормы, касающиеся использования отдельных видов мониторинга поведения и деятельности работников, таких как видеонаблюдение, прослушивание служебного телефона, чтение корпоративной почты работника, использование кейлоггеров, созда-

ние скриншотов и т. д. На практике часто применяется правило «что не запрещено, то разрешено», в том числе постоянный мониторинг без временных ограничений. Современные информационные технологии позволяют осуществлять постоянный невидимый мониторинг деятельности работников независимо от того, работают ли они в офисе или удаленно (особенно если оборудование и программное обеспечение при этом предоставлено работодателем). В связи с этим необходимо внесение в российское законодательство изменений, направленных на обеспечение соблюдения баланса интересов работника и работодателя при проведении мер мониторинга, обеспечение защиты личной жизни, достоинства и персональных данных работника. В частности, необходимо установить общий запрет (который касается всех работников, а не только дистанционных) на осуществление постоянного непрерывного мониторинга; необходимость учета мнения профсоюза при введении мониторинга того или иного вида. Без установления законодательных пределов использования мониторинга можно ожидать существенного ограничения трудовых прав работников, прекаризации труда, усиления контроля работодателя за работниками и тем самым увеличения степени их подчинения работодателю независимо от расположения рабочего места⁵⁰.

Охрана труда дистанционных работников

В условиях пандемии удаленная работа получила широкое применение. Многие работники были вынуждены работать из дома, на собственном компьютере, зачастую не только за письменным, но и за кухонным столом, т. е. в отсутствие специально оборудованного рабочего места, отвечающего требованиям охраны труда, в том числе при работе за компьютером.

Несмотря на то что ТК РФ теперь предусматривает возможность временного перевода на дистанционную работу без согласия работника,

⁵⁰ Ales E. Protecting work in the digital transformation: Rethinking the typological approach in the intrinsically triangular relationship perspective // Ales E. et al. Work in digital and smart organizations. Cham : Palgrave Macmillan, 2018. P. 22.

глава 49.1 ТК РФ в новой редакции не содержит новелл об охране труда дистанционных работников. Это значит, что на работодателя во всех случаях применения дистанционного труда возлагаются только некоторые обязанности по охране труда, в частности расследование и учет несчастных случаев и профессиональных заболеваний; выполнение предписаний надзорных органов и рассмотрение представлений органов общественного контроля; обязательное социальное страхование работников от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

На работодателя не возлагается обязанность по обеспечению дистанционным работникам условий труда, соответствующих требованиям охраны труда. В то же время при необходимости работодатель проводит обучение работника применению оборудования и иных средств, рекомендованных или предоставленных работодателем (ч. 2 ст. 312.9 ТК РФ). Поскольку дистанционный труд, как правило, сопряжен с работой на компьютере, представляется, что такое обучение должно включать обучение не только техническим навыкам, но и технике безопасности.

Законодательство многих зарубежных стран не ограничивает обязанности по охране труда местом нахождения работодателя. Например, в Нидерландах в 2012 г. в Закон об условиях труда (*Working Conditions Act*) были внесены изменения, расширяющие значение понятия «телеработа» и возлагающие на работодателя обязанность по обеспечению охраны труда телеработников⁵¹. Согласно французскому законодательству, несчастные случаи с телеработниками рассматриваются как производственные⁵². В то же время даже в тех странах, где предусмотрена обязанность работодателя по охране труда телеработников, существуют практические проблемы с реализацией данной обязанности. Как результат, в Нидерландах, а также в Дании, Швеции и ряде других стран соглашения о телеработе часто носят

неформальный характер, поскольку работодатели стремятся избежать дополнительных расходов и обязанностей по охране труда, в том числе по соблюдению требований к рабочему месту⁵³. Вопрос о целесообразности установления обязанностей работодателя по охране труда дистанционных работников является очень сложным, желание работодателя избежать исполнения обязанностей по охране труда может привести к тому, что все соглашение о дистанционной работе в ущерб работнику будет носить неформальный характер. В то же время представляется, что по крайней мере в ситуациях, когда временный перевод на дистанционную работу осуществляется без согласия работника, такой перевод должен допускаться только в тех случаях, когда при работе из дома могут быть выполнены требования охраны труда. Соблюдение таких требований часто связано с наличием соответствующих жилищных условий; это обстоятельство (жилищные условия) было проанализировано выше.

Заключение

Российский законодатель достаточно быстро отреагировал на вызовы пандемии коронавируса в сфере трудовых отношений, в частности на вызовы, связанные с массовым переводом работников на удаленный режим работы. Федеральный закон от 08.12.2020 № 407-ФЗ усилил гибкость в регулировании трудовых отношений, разрешил временную дистанционную работу. Кроме того, новая статья 312.8 ТК РФ (в отличие от ст. 312.5 ТК РФ в старой редакции) не допускает расторжения трудового договора о дистанционной работе по основаниям, предусмотренным в трудовом договоре. Таким образом, устранена дискриминация дистанционных работников при прекращении трудового договора. Допущение периодической дистанционной работы и возможность регулирования особенностей условий труда дистанционных работ-

⁵¹ *Gschwind L., Vargas O.* Op. cit. P. 65.

⁵² Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 56.

⁵³ Bundesministerium für Arbeit und Soziales. S. 59–60.

ников в коллективном договоре могут оказать положительное воздействие в случаях возникновения необходимости защиты коллективных прав дистанционных работников, поскольку теперь каждый работник — потенциально дистанционный.

Поскольку граница между периодической дистанционной работой и телеработой по окончании рабочего дня у обычных работников является очень подвижной, следует пересмотреть вопрос об обоснованности установления некоторых особенностей регулирования трудовых отношений с дистанционными работниками (например, особенности заключения и расторжения трудового договора путем обмена электронными документами, ст. 312.3 ТК РФ). Кроме того, представляется, что в современных условиях нет объективных оснований для дифференциации продолжительности рабочего времени при предоставлении пособия по уходу за ребенком в возрасте до полутора лет в зави-

симости от места выполнения работы: на дому или в офисе.

Независимо от того, где выполняется работа, должны быть обеспечены охрана частной жизни и соблюдение установленной продолжительности рабочего времени. Поскольку взаимодействие с работодателем вне рабочего времени посредством средств ИКТ возможно не только с дистанционными, но с любыми работниками, поддерживаю позицию тех ученых, которые считают, что «правом на отключение» должны обладать не только дистанционные, но все работники.

Полагаю, что для обеспечения баланса интересов работника и работодателя необходимо закрепление в ст. 312.9 ТК РФ случаев, когда в связи с жилищными или семейными обстоятельствами невозможен перевод на дистанционную работу без согласия работника. Кроме того, должны быть урегулированы правовые последствия отказа работника от такого перевода.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А. Правовое регулирование дистанционной работы: проблемы теории и практики : монография. — Пермь : Перм. гос. нац. исслед. ун-т, 2016. — 128 с.
2. Избиенкова Т. А., Целифев В. А. Эволюция «надомного труда», или Правовое поле фриланса // Трудовое право. — 2010. — № 2. — С. 21–24.
3. Томашевский К. Л. Изменение трудового договора и условий труда. — М. : Издательство деловой и учебной литературы, 2005. — 208 с.
4. Удаленный режим работы в условиях пандемии COVID-19: руководство для работодателей. — Женева : Международное бюро труда, 2020. — URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_749872.pdf.
5. Цифровая грамотность и удаленная работа в условиях пандемии : Совместный аналитический доклад ВЦИОМ и Social Business Group // URL: <https://socialbusinessgroup.ru/uploads/s/m/s/i/msiugb4swvjk/file/AMo1W3qz.pdf?preview=1>.
6. Чесалина О. В. Вызовы цифровой экономики для права социального обеспечения: социальное обеспечение работающих на основе интернет-платформ // Российский юридический журнал. — 2018. — № 3. — С. 134–143.
7. Ales E. Protecting work in the digital transformation: Rethinking the typological approach in the intrinsically triangular relationship perspective // Ales E. et al. Work in digital and smart organizations. — Cham : Palgrave Macmillan, 2018. — P. 11–28.
8. Brose W. Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt // Neue Zeitschrift für Sozialrecht. — 2017. — Heft 1. — S. 7–14.
9. Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice. Forschungsbericht 549. October 2020 // URL: <https://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-verbreitung-auswirkungen-mobiles-arbeiten.html?jssessionid=309B39DE7B633124626C26EF97AAC1DB.delivery2-replication>.

10. Eurofound. New forms of employment. — Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2015. — URL: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf.
11. *Finkin M. W.* Beclouded work in historical perspective // *Comparative Labour Law and Policy Journal*. — 2016. — Vol. 37. — P. 603–618.
12. *Fuhlrott M., Fischer K.* Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts // *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. — 2020. — № 6. — S. 345–350.
13. *Gschwind L., Vargas O.* Telework and its effects in Europe // *Telework in the 21st Century. An Evolutionary Perspective* / J. C. Messenger (ed.). — Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar ; Geneva : International Labour Office, 2019. — P. 36–75.
14. *Krause R.* Digitalisierung der Arbeitswelt — Herausforderungen und Regelungsbedarf // *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages*. — Band I: Gutachten. — Teil B. — 2016.
15. *Loiseau G.* La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées // *Droit social*. — 2017. — P. 463.
16. *Messenger J. C.* Introduction: Telework in the 21st century — an Evolutionary Perspective // *Telework in the 21st Century. An Evolutionary Perspective* / J. C. Messenger (ed.). — Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar ; Geneva : International Labour Office, 2019. — P. 1–34.
17. *Sachs T.* COVID-19 and labour law in France // *European Labour Law Journal*. — 2020. — Vol. 11 (3). — P. 286–291.
18. *Timellini C.* Disconnection: A Right in a Phase of Progressive Definition // *New Forms of Employment* / J. Wratny, A. Ludera-Ruszel (eds.). — Wiesbaden : Springer, 2020. — P. 119–136.
19. *Warter J.* Crowdwork. — Wien : ÖGV Verlag, 2016. — 386 s.

Материал поступил в редакцию 10 декабря 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Vasileva Yu. V., Shuraleva S. V., Braun E. A. Pravovoe regulirovanie distancionnoj raboty: problemy teorii i praktiki : monografiya. — Perm : Perm. gos. nac. issled. un-t, 2016. — 128 s.
2. Izbienova T. A., Celifev V. A. Evolyuciya «nadomnogo truda», ili Pravovoe pole frilansa // *Trudovoe pravo*. — 2010. — № 2. — S. 21–24.
3. Tomashevskij K. L. Izmenenie trudovogo dogovora i uslovij truda. — M. : Izdatelstvo delovoj i uchebnoj literatury, 2005. — 208 s.
4. Udalennyj rezhim raboty v usloviyah pandemii COVID-19: rukovodstvo dlya rabotodatelej. — Zheneva : Mezhdunarodnoe byuro truda, 2020. — URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_749872.pdf.
5. Cifrovaya gramotnost i udalennaya rabota v usloviyah pandemii : Sovmestnyj analiticheskij doklad VCIOM i Social Business Group // URL: <https://socialbusinessgroup.ru/uploads/s/m/s/i/msiugb4swvjk/file/AMo1W3qz.pdf?preview=1>.
6. Chesalina O. V. Vyzovy cifrovoj ekonomiki dlya prava socialnogo obespecheniya: socialnoe obespechenie rabotayushchih na osnove internet-platform // *Rossijskij juridicheskij zhurnal*. — 2018. — № 3. — S. 134–143.
7. Ales E. Protecting work in the digital transformation: Rethinking the typological approach in the intrinsically triangular relationship perspective // Ales E. et al. *Work in digital and smart organizations*. — Cham : Palgrave Macmillan, 2018. — P. 11–28.
8. Brose W. Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt // *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*. — 2017. — Heft 1. — S. 7–14.
9. Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice. Forschungsbericht 549. October 2020 // URL: <https://www.bmas.de/DE/Service/Medien/>

- Publikationen/Forschungsberichte/fb-549-verbretung-auswirkungen-mobiles-arbeiten.html;jsessionid=309B39DE7B633124626C26EF97AAC1DB.delivery2-replication.
10. Eurofound. New forms of employment. — Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2015. — URL: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf.
 11. Finkin M. W. Beclouded work in historical perspective // *Comparative Labour Law and Policy Journal*. — 2016. — Vol. 37. — P. 603–618.
 12. Fuhlrott M., Fischer K. Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts // *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. — 2020. — № 6. — S. 345–350.
 13. Gschwind L., Vargas O. Telework and its effects in Europe // *Telework in the 21st Century. An Evolutionary Perspective* / J. C. Messenger (ed.). — Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar ; Geneva : International Labour Office, 2019. — P. 36–75.
 14. Krause R. Digitalisierung der Arbeitswelt — Herausforderungen und Regelungsbedarf // *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages*. — Band I: Gutachten. — Teil B. — 2016.
 15. Loiseau G. La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées // *Droit social*. — 2017. — P. 463.
 16. Messenger J. C. Introduction: Telework in the 21st century — an Evolutionary Perspective // *Telework in the 21st Century. An Evolutionary Perspective* / J. C. Messenger (ed.). — Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar ; Geneva : International Labour Office, 2019. — P. 1–34.
 17. Sachs T. COVID-19 and labour law in France // *European Labour Law Journal*. — 2020. — Vol. 11 (3). — P. 286–291.
 18. Timellini C. Disconnection: A Right in a Phase of Progressive Definition // *New Forms of Employment* / J. Wratny, A. Ludera-Ruszel (eds.). — Wiesbaden : Springer, 2020. — P. 119–136.
 19. Warter J. *Crowdwork*. — Wien : ÖGV Verlag, 2016. — 386 s.

О понятии соучастника преступления

Аннотация. Анализируются содержание и объем понятия соучастника преступления. В отношении содержания отмечается, что дефиниция соучастника в уголовном законодательстве отсутствует; при этом указывается, что ее не может заменить понятие соучастия в преступлении; одновременно констатируется, что она необходима как инструмент для правильного отражения фигур конкретных соучастников. Обращается внимание на то, что в теории определение соучастника встречается очень редко. Обычно исследование соответствующих вопросов соучастия сразу начинается с анализа видов соучастников. На основе критического анализа научных данных и нормативного решения выводится авторское определение соучастника. В отношении объема утверждается, что выделяемые законодателем виды соучастников преступления самодостаточны, перечислены исчерпывающе и добавлять к ним каких-либо других лиц нет необходимости. Лица, прибавляемые в литературе к действительным соучастникам, признаются частными случаями названных в законе фигур или вообще не относятся к соучастию. Вывод заключается в том, что в закон, с одной стороны, желательно ввести понятие соучастника преступления, с другой стороны, нецелесообразно включать новые виды соучастников.

Ключевые слова: содержание; объем; понятие; соучастник преступления; соучастие в преступлении; лицо; исполнитель; пособник; субъект преступления; соисполнитель; несоучастник; учинитель; виды соучастников преступления.

Для цитирования: Благов Е. В. О понятии соучастника преступления // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 114–123. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.114-123.

On the Concept of an Accomplice in a Crime

Evgeniy V. Blagov, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor, Department of Criminal Law and Criminology,
P. G. Demidov Yaroslavl State University
ul. Sovetskaya, d. 14, Yaroslavl, Russia, 150003
Blagov@uniyar.ac.ru

Abstract. The paper analyzes the content and scope of the concept of an accomplice in a crime. With regard to the content, it is noted that there is no definition of an accomplice in the criminal law. At the same time, it is indicated that it cannot be replaced by the concept of complicity in a crime. It is stated that it is necessary as a tool for the correct reflection of the figures of specific accomplices. Attention is drawn to the fact that in theory, the definition of an accomplice is very rare. Usually, research into relevant complicity issues begins immediately with an analysis of the types of complicity. On the basis of a critical analysis of scientific and regulatory decisions, the

© Благов Е. В., 2021

* *Благов Евгений Владимирович*, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и криминологии Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова
Советская ул., д. 14, г. Ярославль, Россия, 150003
Blagov@uniyar.ac.ru

author's definition of an accomplice is given. With regard to the content, it is argued that the types of accomplices in a crime identified by the legislator are self-sufficient and are listed exhaustively and there is no need to add any other persons. Persons specified in literature as real accomplices are recognized as special cases of the persons named in the law or do not belong to complicity at all. The conclusion is that, on the one hand, it is desirable to introduce into the law the concept of an accomplice in a crime, on the other hand, it is inappropriate to include new types of accomplices.

Keywords: content; range; concept; accomplice in a crime; complicity in a crime; face; executor; accomplice; subject of the crime; co-executor; non-participant; offender; types of accomplices in the crime.

Cite as: Blagov EV. O ponyatii souchastnika prestupleniya [On the Concept of an Accomplice in a Crime]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):114-123. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.114-123. (In Russ., abstract in Eng.).

Из логики известно, что любые понятия имеют содержание и объем. В отношении же соучастника преступления Уголовный кодекс определяет лишь объем. В статье 33 УК РФ названы и описаны лица, которые признаются соучастниками. Причина, по которой не сформулирована нормативная дефиниция соучастника, может заключаться в том, что законодатель не увидел необходимости в этом в силу а) наличия понятия соучастия в преступлении, б) очевидности решения или в) слабой теоретической разработанности.

К определению, кто такой соучастник преступления, порой подходят просто, считая им лицо, «обладающее всеми признаками соучастия»¹. Такого не может быть хотя бы потому, что соучастник, очевидно, не способен обладать признаком двух или более лиц, без которого на основании ст. 32 УК РФ исключено соучастие в преступлении.

Причем понятия соучастия в преступлении и соучастника преступления отражают далеко не одно и то же. «Соучастие — уголовно-правовое явление, тогда как соучастник — особая категория лица, совершающего преступление...»; мало того, первое «представляет собой более широкое по объему понятие, в содержание которого входит и иная составляющая (формы соучастия)»².

Конечно, в нормативной дефиниции соучастия в преступлении называются некие лица.

И ясно, что именно они являются соучастниками преступления.

Однако термин «лицо» в уголовном законодательстве имеет множество оттенков. Он охватывает, в частности, совершившего преступления, образующие совокупность и рецидив (ст. 17, 18 УК РФ), подлежащего и не подлежащего уголовной ответственности (ст. 19, 21), виновного и невиновно причинившего вред (ст. 25, 28), совершившего оконченное и неоконченное преступление (ст. 29, 30), обороняющегося и посягающего (ст. 37).

Какое именно лицо подразумевается в качестве соучастника преступления, в законе не установлено. Соответственно, нет никаких ориентиров для выведения фигур конкретных соучастников. Может быть, вследствие этого с описанием некоторых из них возникли неувязки.

Если исполнитель — это соучастник преступления, то вопреки ч. 2 ст. 33 УК РФ он явно не может непосредственно совершать преступление без участия других соучастников или только с лицами, не являющимися соучастниками. Если пособник — соучастник преступления, то вопреки ч. 5 ст. 33 УК РФ он должен способствовать его совершению, а не укрывательству путем дачи заранее соответствующих обещаний.

Разумеется, решение о том, кто такой соучастник преступления, вытекает из известного русскому языку понятия соучастника и ст. 32 УК РФ. В русском языке соучастник — тот, кто

¹ Рыжов Р. С. Уголовная ответственность соучастников преступления : дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2003. С. 80.

² Дрепелев А. С. Соучастник преступления. М., 2019. С. 33.

участвует вместе с кем-нибудь в совершении чего-нибудь (обычно неблагоприятного); причем значение слова «соучастник» соответствует значению слова «соучастие» как совместное участие в чем-нибудь (обычно неблагоприятном)³. Отсюда при выведении определения соучастника преступления не грех пойти таким же путем.

Исходя из положений ст. 32 УК РФ, соучастником преступления можно бы считать лицо, умышленно участвующее совместно с хотя бы одним другим лицом в совершении умышленного преступления. Вместе с тем, несмотря на очевидность приведенного решения, адекватным его назвать трудно. Хотя дело не в нем самом, а в неудачности действующей редакции ст. 32 УК РФ.

Бросается в глаза, что законодатель, не мудрствуя лукаво, при выведении дефиниции соучастия в преступлении просто взял за основу подход, принятый в русском языке. Получилась же двойная тавтология: соучастие в преступлении — совместное участие в совершении преступления. Дело в том, что «со...» является приставкой, которая служит для образования существительных, означая общее *совместное участие* в чем-нибудь, а участие — деятельность по *совместному* выполнению чего-нибудь, сотрудничество в чем-нибудь⁴. Стало быть, законодательное понятие соучастия в преступлении неинформативно и тем самым не способно служить базой для выведения определения соучастника преступления.

Что касается теоретических исследований соответствующих вопросов соучастия в преступлении, то абсолютное большинство из них находится в фарватере закона. Они, как правило, сразу берут быка за рога и начинаются непосредственно с анализа видов соучастников преступления.

Имеющихся дефиниций соучастника преступления совсем не много. В литературе полагают следующее:

- соучастник — это лицо, вступившее в сговор с другим лицом (другими лицами) и согласившееся исполнить либо впоследствии исполнившее в объеме сговора любую роль в совершении преступления⁵. Приведенное понятие узко вследствие того, что, во-первых, учитывая ч. 1 ст. 35 УК РФ, при соучастии в преступлении сговор совсем не обязателен, а из изложенного решения вытекает, что в группе лиц соучастники якобы отсутствуют; во-вторых, по смыслу ст. 33 для признания лица соучастником достаточно выполнения им одной роли, а из определения следует, что согласившееся исполнить лишь конкретную роль в совершении преступления лицо соучастником не должно признаваться;
- соучастник — это лицо, отвечающее признакам субъекта преступления, умышленно участвовавшее в совместном совершении умышленного преступления, или соучастником является любое лицо, отвечающее закрепленным признакам, независимо от выполняемой роли, участвующее в совершении преступления⁶;
- соучастники преступления — лица, которые совместно участвовали в совершении предусмотренного статьей Особенной части УК умышленного преступления (или нескольких преступлений)⁷. Авторам последних дефиниций ставится в упрек их зависимость от понятия соучастия в преступлении⁸. В этом самом по себе нет абсолютно ничего предосудительного. Существование соучастника преступления возможно только в рамках соучастия, и отсюда он даже «должен отвечать основным признакам, которые в совокуп-

³ См.: Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. М., 2016. С. 1106.

⁴ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 1088, 1242.

⁵ См.: Галактионов Е. А. Соучастие и организованная преступная деятельность : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 249–250, 259.

⁶ См.: Павлухин А. Н., Рыжов Р. С., Эриашвили Н. Д. Виды и ответственность соучастников преступления. М., 2007. С. 27, 29.

⁷ См.: Энциклопедия уголовного права. СПб. : Изд. проф. Малинина, 2007. Т. 6. С. 123.

⁸ См.: Дрепелев А. С. Указ. соч. С. 34.

ности составляют понятие соучастия в преступлении»⁹;

— соучастником преступления выступает лицо, подлежащее уголовной ответственности и совершившее умышленное преступление совместно с хотя бы одним таким же лицом¹⁰. Данный подход наиболее точен. В то же время он, во-первых, хотя и уходит от неопределенности законодательного термина «лицо», говоря о лице, подлежащем уголовной ответственности, но недостаточно.

В состав преступления повсеместно включается субъект преступления. Именно он — лицо, подлежащее уголовной ответственности. Тем самым в дефиниции соучастника желательнее указать на самого субъекта преступления.

Во-вторых, критикуемая дефиниция уже вслед за законом а) включает ничего не объясняющий признак совместности и б) не уточняет вид умысла. И то, и другое снижает практическую значимость решения.

Объединяющий фактор соучастия в преступлении — взаимосвязь поведения соучастников. Она проявляется в том, что в соответствии со ст. 33 УК РФ деяния организатора, подстрекателя и пособника направлены прежде всего на обеспечение деяния исполнителя. Оно же соединяет деяния всех соучастников в единое преступление.

Как известно, в вопросе о виде умысла при соучастии в преступлении наука единством не отличается. Практика допускает соучастие в преступлении не только с прямым, но и с косвенным умыслом¹¹.

Закон — слабое подспорье в решении вопроса о виде умысла при соучастии в преступлении. В статье 32 УК РФ сказано об умысле в целом,

что в принципе способно означать и лишь прямой умысел, и оба вида умысла. Во всяком случае, практика исходит из того, что если убийство может быть совершено как с прямым, так и с косвенным умыслом, то покушение на убийство возможно только с прямым умыслом¹², хотя как в ст. 30 УК РФ, так и в ст. 105 говорится просто об умышленных действиях (бездействии).

Правда, исходя из контекста закона, у соучастников преступления косвенный умысел не допустим. При нем, согласно ч. 3 ст. 25 УК РФ, лицо предвидит возможность наступления последствий, но не желает, а сознательно их допускает или относится к ним безразлично, что исключает совместность их причинения, а без совместности соучастия не бывает.

Давно уже отмечено, что косвенным умыслом охватывается психическое отношение к *побочному* продукту действий (бездействия), ведущих к совершению иного преступления или непроступного деяния; для возникновения же самого продукта лицо ничего не предпринимает¹³. Если соответствующее лицо для наступления побочного продукта — общественно опасных последствий — никаких действий (бездействия) не осуществляет, остальные лица — тем более.

При изложенных обстоятельствах соучастие как совместное участие в совершении преступления сложиться не может. Тем самым наличие у соучастников преступления косвенного умысла исключается. Все они должны совершать только прямоумышленное деяние.

Исходя из сказанного, для соучастия характерно совершение преступления лишь с прямым умыслом. Иной подход не отвечает смыслу закона.

Следовательно, *соучастник преступления — это субъект преступления, совершивший*

⁹ Павлухин А. Н., Рыжов Р. С., Эриашвили Н. Д. Указ. соч. С. 27.

¹⁰ См.: Дрепелев А. С. Указ. соч. С. 54.

¹¹ См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ по делу К. и М. // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2008. № 9. С. 29; определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 01.02.2010 № 43-009-20 по делу Покатаева и Толстоброва // СПС «КонсультантПлюс».

¹² См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 3. С. 2 (п. 2).

¹³ См.: Дурманов Н. Д. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. М., 1955. С. 123.

прямоумышленное деяние во взаимосвязи с другим субъектом преступления. При наличии приведенной нормативной дефиниции было бы затруднительно раскрытие исполнителя и пособника с ранее приведенными и вызывающими сомнения признаками.

Разумеется, исполнителя нельзя сводить к указанному в ч. 2 ст. 33 УК РФ лицу, непосредственно участвовавшему в совершении преступления совместно с другими лицами (соисполнителями). Последние — тоже исполнители. Между тем и соисполнителей для адекватного понимания исполнителя недостаточно. В противном случае неясно, для чего в закон введены иные соучастники. Как следствие, исполнителем должно быть еще то лицо, которое совершило действия (бездействие), предусмотренные в соответствующей статье (ее части) Особенной части Уголовного кодекса, во взаимодействии с иным соучастником.

В литературе уже обращено внимание на то, что по закону исполнитель может быть как индивидуально действующим лицом, так и лицом, действующим в соучастии, и предложено вывести понятие исполнителя за пределы соучастия и отразить в разделе о субъекте преступления¹⁴. С таким подходом выражено несогласие¹⁵, подкрепленное ссылкой на положение теории еще советского уголовного права, согласно которому исполнитель преступления — понятие соотносительное; оно мыслимо только в соучастии, т. е. лишь в тех случаях, когда наряду с исполнителем действуют и лица, выполняющие иную функциональную роль: организаторов, подстрекателей и пособников; если же преступление совершается одним лицом, вопрос о его роли и функциях не возникает; в таких случаях речь идет просто о субъекте преступления¹⁶.

Возразить на приведенное несогласие было вовсе не сложно, что и сделано представите-

лем идеи о выведении понятия исполнителя за пределы соучастия в преступлении. Им справедливо замечено, что соучастник — тоже субъект преступления; субъект преступления — это общая категория, включающая в себя и исполнителя, а кроме того, и организатора, подстрекателя, пособника¹⁷.

Одновременно несложно возразить и против идеи о выведении понятия исполнителя за пределы соучастия. С одной стороны, в действующем Уголовном кодексе нет раздела о субъекте преступления, но с другой стороны, даже если бы такой раздел был, перемещение в него понятия исполнителя, в сущности, ничего бы не дало: исполнитель все равно остается неким двуликим Янусом.

На поверку ничем не лучше предложение перенести положения ч. 2 ст. 33 УК РФ в ч. 2 ст. 19, но ч. 2 первой статьи изложить в следующей редакции: «Исполнителем преступления признается лицо, соответствующее признакам, указанным в ч. 2 ст. 19 настоящего Кодекса»¹⁸. Все лишь переворачивается: в отличие от закона, неисполнитель-соучастник включает в себя индивидуально действующего исполнителя, а последний — первого. Причем абсолютно не представить, как исполнитель-несоучастник может непосредственно участвовать в совершении преступления совместно с другими лицами (соисполнителями).

Приведенная полемика высветила давно назревшую проблему особого наименования и раскрытия лица, индивидуально (единолично, самостоятельно) совершившего преступление, ибо, разумеется, негоже одним термином обозначать и его, и соответствующего соучастника преступления. Общий термин затушевывает существенные отличия охватываемых им разных субъектов преступления.

Исполнителя-несоучастника в принципе можно назвать лицом, совершившим преступ-

¹⁴ См.: Козлов А. П. Соучастие: традиции и реальность. СПб., 2001. С. 105.

¹⁵ См.: Рыжов Р. С. Указ. соч. С. 81.

¹⁶ См.: Бурчак Ф. Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. Киев, 1969. С. 135.

¹⁷ См.: Козлов А. П. Указ. соч. С. 104.

¹⁸ См.: Алексеев С. В. Проблемы уголовной ответственности за преступления, совершаемые в группе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2006. С. 8.

ление единолично¹⁹. Только обозначение получается громоздким.

Если исполнитель — тот, кто совершает преступление совместно с определенным лицом, то того, кто это делает без чьего-либо участия, можно именовать *учинителем*. Им вполне допустимо признать лицо, само совершившее действие (бездействие), предусмотренное статьей (ее частью) Особенной части Уголовного кодекса, а также лицо, совершившее то же самое посредством другого лица, не подлежащего уголовной ответственности в качестве соучастника преступления.

Напротив, для пособника в законе достаточно оставить указание лишь на соответствующее содействие совершению преступления. Дачу же определенных обещаний целесообразно полностью включить в предусмотренные ст. 175 и 316 УК РФ приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем, и укрывательство преступлений.

Признаваемые пособничеством обещания относятся к постпреступному поведению. То же, что происходит *после* совершения преступления, соучастием *в самом* преступлении быть не может по определению. Получается, что, исходя из ст. 32 УК РФ, любое обещание, названное в ч. 5 ст. 33, даже не является участием в преступлении, что исключает лицо, давшее таковое, из соучастия²⁰.

Вообще возникают сомнения, что обещания было правильно криминализовать в качестве преступления. В русском языке обещание —

добровольное обязательство что-нибудь сделать²¹. Однако подобное обязательство не может обладать общественной опасностью, ибо, с одной стороны, при нем в отношении указанных в ч. 1 ст. 2 УК РФ объектов уголовно-правовой охраны никакого действия не происходит, что, с другой стороны, могло бы происходить при его выполнении. Закон же этого не требует, да и не способен требовать. В противном случае было бы очевидно неучастие соответствующего пособника в преступлении. Не случайно в ст. 175 и 316 УК РФ ответственность установлена не за обещания приобрести или сбыть имущество, добытое преступным путем, либо укрывательства особо тяжких преступлений, а за сами приобретение, сбыт и укрывательство, если они заранее обещаны.

Объем понятия соучастника в преступлении в ст. 33 УК РФ представлен необходимым и достаточным образом. Признавать соучастником кого бы то ни было другого, помимо исполнителя, организатора, подстрекателя и пособника, нет никаких оснований.

Конечно, в литературе как возможные соучастники преступления называются заказчик, инициатор, посредник, участник организованной группы, корпоративный соучастник, провокатор, собственник или главный виновник преступления²². Кроме того, статусом соучастника предлагается наделить соисполнителя, организаторов различного уровня, организатора преступления или преступного формирования и руководителя преступления или преступного

¹⁹ См.: *Бабий Н. А.* Соучастие в преступлении: формы, виды, ответственность. М., 2015. С. 169.

²⁰ См.: *Арутюнов А. А.* Соучастие в преступлении. М., 2013. С. 251.

²¹ См.: *Ожегов С. И.* Указ. соч. С. 1093, 642.

²² См.: *Алексеев С. В.* Указ. соч. С. 9; *Калуцких Р. Г.* Уголовно-правовые вопросы квалификации преступлений, совершенных в соучастии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 6; *Артеменко Н. В., Минькова А. М.* Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ // Журнал российского права. 2004. № 11. С. 51; *Васюков В. В.* Виды соучастников в уголовном праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2008. С. 9; *Разинкин В. С.* К вопросу о классификации и улучшении доказательственных возможностей института соучастия в организованной преступности // Уголовное судопроизводство. 2006. № 11. С. 22; *Ермакова Н. В.* Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ; пути их решения // Проблемы и перспективы юриспруденции в современных условиях / ред. кол. Р. Г. Апсалямов [и др.]. Казань, 2015. Вып. 2. С. 52–53; *Бабий Н. А.* Указ. соч. С. 38.

формирования²³. Наконец, наряду с соучастниками преступления выделяются соучастники преступной деятельности: ее организатор, исполнитель и пособник²⁴.

Исходя из нормативной терминологии, можно найти еще сонм якобы соучастников преступления. Так, в ст. 210 УК РФ говорится об участии в собрании организаторов, руководителей (лидеров) или иных представителей преступных сообществ (преступных организаций) и (или) организованных групп²⁵. Из воспроизведенного делается вывод, что законом расширен круг субъектов, которых следует признавать соучастниками, поскольку за пределы организаторов выведены руководители, лидеры, иные представители²⁶.

В теории обращено внимание на то, что в ч. 4 ст. 35 УК РФ упомянуты члены преступного сообщества (преступной организации)²⁷ — вот основание для признания еще одной фигуры соучастника преступления.

Названными лицами поводы для выведения новых соучастников преступления не заканчиваются. Нормативные предписания дают немало доводов к противоположному. Если есть желание, несложно найти и других якобы соучастников. Так, упоминаются:

- в ст. 64 УК РФ — участник группового преступления;
- ст. 209 — участие в совершаемых бандой нападениях, т. е. можно выделить фигуру участника нападения;

— ст. 210 — координация действий организованных групп, создание устойчивых связей между ними, разработка планов и создание условий для совершения преступлений организованными группами, раздел сфер преступного влияния и (или) преступных доходов между такими группами, т. е. допустимо вычленить фигуры координатора, иного создателя — по отношению к организатору как лицу, создавшему организованную группу или преступное сообщество (преступную организацию), — и распределителя.

Правда, наверное, все-таки не следует строить на каждом более или менее подходящем словосочетании, обнаруженном в Уголовном кодексе и, вполне вероятно, даже не до конца продуманном²⁸, теоретическую конструкцию отдельного вида соучастника преступления. Правильно отмечено, что бесконечное введение в закон новых терминов и понятий не только не позволит разрешить проблемы соучастия, но и может просто разрушить институт соучастия²⁹.

Якобы новые соучастники либо в большинстве случаев являются формами проявления названных в законе фигур, либо (например, как провокатор), по существу, вообще не относятся к соучастию в преступлении. В статье 33 УК РФ на настоящий момент изложены деяния всех лиц, достойных самостоятельно считаться теми из двух или более из них, которые, на основании ст. 32, умышленно совместно участвуют в совершении умышленного преступления.

²³ См.: Дядькин Д. С. Совершенствование уголовно-правового института соучастия в преступлении : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 22 ; Энциклопедия уголовного права. Т. 6. С. 250 ; Ситникова А. И. Уголовно-правовая текстология. М., 2016. С. 177.

²⁴ См.: Покаместов А. В. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика соучастия в преступной деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 20.

²⁵ В части 1 ст. 228.1 УК РФ предусмотрено создание объединения организаторов, руководителей или иных представителей частей или структурных подразделений такого сообщества.

²⁶ См.: Козлов А. П. Реалии, фикции и уголовное право // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию / отв. ред. В. С. Комиссаров. М., 2011. С. 44.

²⁷ См.: Дрепелев А. С. Указ. соч. С. 71.

²⁸ О том, что таковое встречается, свидетельствуют неоднократные изменения одних и тех же уголовно-правовых предписаний, крайний случай которых — исключение и повторное установление ответственности за клевету (ст. 129 и 128.1 УК РФ).

²⁹ См.: Арутюнов А. А. Указ. соч. С. 147.

Вместе с тем в теории оспаривается мнение, согласно которому деяние каждого из соучастников преступления самостоятельно, как якобы основанное «на неточном анализе норм о соучастии», ибо «тот факт, что функции соучастников различных видов могут пересекаться между собой, прямо вытекает из содержания закона». При этом вместо того, чтобы привести подтверждающие положения закона (которых просто нет), критик ссылается на научные представления и практику, в которых соучастник, подстрекающий к преступлению и способствующий его совершению, признается организатором³⁰.

В противовес критику (но в его духе) можно указать на научное положение, согласно

которому подстрекательство к преступлению и одновременное выполнение пособнических действий нельзя автоматически квалифицировать как организацию преступления³¹. Причем теоретики нередко исходят из того, что выполнение одним лицом деяний подстрекателя и пособника подлежит квалификации со ссылкой на ч. 4 и 5 ст. 33 УК РФ³², и имеется точно такая же практика³³.

Таким образом, в закон, с одной стороны, желательно ввести понятие соучастника преступления, с другой стороны, нецелесообразно включать новые виды соучастников. Первое позволит уточнить фигуры исполнителя и пособника, а также обособить от исполнителя лицо, единолично совершившее преступление.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. В. Проблемы уголовной ответственности за преступления, совершаемые в группе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Тамбов, 2006. — 23 с.
2. Артеменко Н. В., Минькова А. М. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ // Журнал российского права. — 2004. — № 11. — С. 48–54.
3. Арутюнов А. А. Соучастие в преступлении. — М. : Статут, 2013. — 408 с.
4. Бабий Н. А. Соучастие в преступлении: формы, виды, ответственность. — М. : Юрлитинформ, 2015. — 744 с.
5. Бурчак Ф. Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. — Киев : Наукова думка, 1969. — 216 с.
6. Васюков В. В. Виды соучастников в уголовном праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2008. — 18 с.
7. Галактионов Е. А. Соучастие и организованная преступная деятельность : дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 2002. — 450 с.
8. Дрепелев А. С. Соучастник преступления. — М. : Юрлитинформ, 2019. — 208 с.
9. Дурманов Н. Д. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. — М. : Госюриздат, 1955. — 212 с.

³⁰ См.: Клименко Ю. А. Организатор преступления: понятие, виды, уголовно-правовое значение : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 94–95.

³¹ См.: Качалов В. В. Организатор преступления в уголовном праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 9–10.

³² См.: Кладков А. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии // Законность. 1998. № 8. С. 27 ; Сабитов Р. А. Теория и практика уголовно-правовой квалификации. М., 2013. С. 341.

³³ См.: определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ по делу П. и С. // Бюллетень ВС РФ. 2001. № 7. С. 27 ; определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ № 41-О08-75 по делу К. и Т. // Там же. 2009. № 5. С. 10.

10. Дядькин Д. С. Совершенствование уголовно-правового института соучастия в преступлении : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — 26 с.
11. Ермакова Н. В. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ; пути их решения // Проблемы и перспективы юриспруденции в современных условиях / ред. кол. Р. Г. Апсаямов [и др.]. — Казань : ИЦРОН, 2015. — Вып. 2. — С. 50–53.
12. Зацепин А. М. Дополнительная квалификация преступления: общие и специальные вопросы. — М. : Проспект, 2017. — 304 с.
13. Калуцких Р. Г. Уголовно-правовые вопросы квалификации преступлений, совершенных в соучастии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2000. — 24 с.
14. Качалов В. В. Организатор преступления в уголовном праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 23 с.
15. Кладков А. Квалификация преступлений, совершенных в соучастии // Законность. — 1998. — № 8. — С. 26–28.
16. Клименко Ю. А. Организатор преступления: понятие, виды, уголовно-правовое значение : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2011. — 220 с.
17. Козлов А. П. Реалии, фикции и уголовное право // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию / отв. ред. В. С. Комиссаров. — М. : Проспект, 2011. — С. 42–46.
18. Козлов А. П. Соучастие: традиции и реальность. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2001. — 362 с.
19. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка / под ред. А. И. Скворцова. — 27-е изд., испр. — М. : АСТ ; Мир и образование, 2016. — 1360 с.
20. Павлухин А. Н., Рыжов Р. С., Эриашвили Н. Д. Виды и ответственность соучастников преступления. — М. : Юнити-Дана ; Закон и право, 2007. — 142 с.
21. Покаместов А. В. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика соучастия в преступной деятельности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2000. — 24 с.
22. Разинкин В. С. К вопросу о классификации и улучшении доказательственных возможностей института соучастия в организованной преступности // Уголовное судопроизводство. — 2006. — № 11. — С. 21–27.
23. Рарог А. И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003. — 304 с.
24. Рыжов Р. С. Уголовная ответственность соучастников преступления : дис. ... канд. юрид. наук. — Рязань, 2003. — 236 с.
25. Сабитов Р. А. Теория и практика уголовно-правовой квалификации : науч.-практ. пособие. — М. : Юрлитинформ, 2013. — 592 с.
26. Ситникова А. И. Уголовно-правовая текстология. — М. : Проспект, 2016. — 304 с.
27. Энциклопедия уголовного права. — Т. 6 : Соучастие в преступлении. — СПб. : Издание профессора Малинина, 2007. — 564 с.

Материал поступил в редакцию 25 сентября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseev S. V. Problemy ugovolnoy otvetstvennosti za prestupleniya, sovershaemye v gruppe : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — Tambov, 2006. — 23 s.
2. Artemenko N. V., Minkova A. M. Problemy ugovolno-pravovoj ocenki deyatel'nosti posrednika, provokatora i iniciatora prestupleniya v ugovolnom prave RF // Zhurnal rossijskogo prava. — 2004. — № 11. — S. 48–54.
3. Arutyunov A. A. Souchastie v prestuplenii. — M. : Statut, 2013. — 408 s.
4. Babij N. A. Souchastie v prestuplenii: formy, vidy, otvetstvennost. — M. : Yurlitinform, 2015. — 744 s.

5. Burchak F. G. Uchenie o souchastii po sovetскому уголовному праву. — Kiev : Naukova dumka, 1969. — 216 s.
6. Vasyukov V. V. Vidy souchastnikov v уголовном праве России : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — SPb., 2008. — 18 s.
7. Galaktionov E. A. Souchastie i organizovannaya prestupnaya deyatel'nost' : dis. ... d-ra jurid. nauk. — SPb., 2002. — 450 s.
8. Drepelev A. S. Souchastnik prestupleniya. — M. : Yurlitinform, 2019. — 208 s.
9. Durmanov N. D. Stadii soversheniya prestupleniya po sovetскому уголовному праву. — M. : Gosyurizdat, 1955. — 212 s.
10. Dyadkin D. S. Sovershenstvovanie ugolovno-pravovogo instituta souchastiya v prestuplenii : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2002. — 26 s.
11. Ermakova N. V. Problemy ugolovno-pravovoj ocenki deyatel'nosti posrednika, provokatora i iniciatora prestupleniya v уголовном праве RF; puti ih resheniya // Problemy i perspektivy yurisprudencii v sovremennykh usloviyakh / red. kol. R. G. Apsalyamov [i dr.]. — Kazan : ICRON, 2015. — Vyp. 2. — S. 50–53.
12. Zacepin A. M. Dopolnitelnaya kvalifikaciya prestupleniya: obshchie i specialnye voprosy. — M. : Prospekt, 2017. — 304 s.
13. Kaluckih R. G. Ugolovno-pravovye voprosy kvalifikacii prestuplenij, sovershennykh v souchastii : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2000. — 24 s.
14. Kachalov V. V. Organizator prestupleniya v уголовном праве России : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2004. — 23 s.
15. Kladkov A. Kvalifikaciya prestuplenij, sovershennykh v souchastii // Zakonnost'. — 1998. — № 8. — S. 26–28.
16. Klimenko Yu. A. Organizator prestupleniya: ponyatie, vidy, ugolovno-pravovoe znachenie : dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2011. — 220 s.
17. Kozlov A. P. Realii, fikcii i ugolovnoe pravo // Ugolovnoe pravo: istoki, realii, perekhod k ustojchivomu razvitiyu / otv. red. V. S. Komissarov. — M. : Prospekt, 2011. — S. 42–46.
18. Kozlov A. P. Souchastie: tradicii i realnost'. — SPb. : Yuridicheskij centr-Press, 2001. — 362 s.
19. Ozhegov S. I. Tolkovyy slovar russkogo yazyka / pod red. A. I. Skvorcova. — 27-e izd., ispr. — M. : AST ; Mir i obrazovanie, 2016. — 1360 s.
20. Pavluhin A. N., Ryzhov R. S., Eriashvili N. D. Vidy i otvetstvennost souchastnikov prestupleniya. — M. : Yuniti-Dana ; Zakon i pravo, 2007. — 142 s.
21. Pokamestov A. V. Ugolovno-pravovaya i kriminologicheskaya harakteristika souchastiya v prestupnoj deyatel'nosti : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2000. — 24 s.
22. Razinkin V. S. K voprosu o klassifikacii i uluchshenii dokazatel'stvennykh vozmozhnostej instituta souchastiya v organizovannoj prestupnosti // Ugolovnoe sudoproizvodstvo. — 2006. — № 11. — S. 21–27.
23. Rarog A. I. Kvalifikaciya prestuplenij po subektivnym priznakam. — SPb. : Yuridicheskij centr-Press, 2003. — 304 s.
24. Ryzhov R. S. Ugolovnaya otvetstvennost souchastnikov prestupleniya : dis. ... kand. jurid. nauk. — Ryazan, 2003. — 236 s.
25. Sabitov R. A. Teoriya i praktika ugolovno-pravovoj kvalifikacii : nauch.-prakt. posobie. — M. : Yurlitinform, 2013. — 592 s.
26. Sitnikova A. I. Ugolovno-pravovaya tekstologiya. — M. : Prospekt, 2016. — 304 s.
27. Enciklopediya ugolovnogo prava. — T. 6 : Souchastie v prestuplenii. — SPb. : Izdanie professora Malinina, 2007. — 564 s.

Провокация преступления в уголовном праве: исторический анализ и зарубежный опыт

Аннотация. В статье рассматривается институт провокации в уголовно-правовом аспекте. Отсутствие в уголовном праве комплексного единого понимания провокации преступления, отражающего ее ключевые характеристики и признаки, вызывает сложности в правоприменительной практике. Автор отмечает, что в целях формирования единого понимания данного правового явления необходимы ретроспективный анализ института провокации преступления в российском уголовном праве, исследование зарубежного законодательства некоторых европейских стран, Соединенных Штатов Америки, а также государств постсоветского пространства по вопросу криминализации провокационной деятельности. В статье приводится анализ международной практики Европейского Суда по правам человека по вопросу понимания провокации и ее допустимых пределов. Изучение решений международного судебного органа показало, что в основу понятия провокации судом положены процессуальный и содержательный критерии, отражающие специфику провокации. Однако правовая позиция Европейского Суда по правам человека, отождествляющая провокацию с «подстрекательством», положенная в основу нормативного регулирования оперативно-розыскной деятельности, подготовила почву для соотнесения провокации преступления с институтом соучастия в уголовном праве. Таким образом, исторический анализ института провокации преступления, изучение зарубежных нормативных правовых актов, устанавливающих уголовную ответственность за совершение провокации преступления, а также практики Европейского Суда по правам человека позволит детально и всесторонне рассмотреть исследуемое правовое явление для разработки и формирования единого уголовно-правового понятия провокации преступления. По результатам исследования автором предлагается определение провокации преступления.

Ключевые слова: юриспруденция; юридические науки; уголовное право; уголовная ответственность; преступление; правовой институт; провокация преступления; преступления против правосудия; подстрекательство; соучастие; практика Европейского Суда по правам человека; справедливое судебное разбирательство; оперативно-розыскная деятельность; оперативные мероприятия.

Для цитирования: Титова А. С. Провокация преступления в уголовном праве: исторический анализ и зарубежный опыт // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 124–132. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.124-132.

© Титова А. С., 2021

* Титова Анна Сергеевна, адъюнкт кафедры уголовного права Московского университета МВД России имени В. Я. Кикотя, юрисконсульт правового управления ГУ МВД России по Московской области Никитский пер., д. 3, г. Москва, Россия, 125009
astitova58@gmail.com

Encouraging a Crime in Criminal Law: Historical Analysis and Foreign Experience

Anna S. Titova, Adjunct of the Department of Criminal Law, Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia named after V. Ya. Kikot, Legal Adviser of the Legal Department of the Main Directorate of the Ministry of Internal Affairs of Russia for the Moscow Region
Nikitskiy per., d. 3, Moscow, Russia, 125009
astitova58@gmail.com

Abstract. The paper examines the institution of encouraging a crime in a criminal legal aspect. The absence in criminal law of a comprehensive unified understanding of the encouraging a crime, reflecting its key characteristics and features, causes difficulties in law enforcement practice. The author notes that in order to form a unified understanding of this legal phenomenon, a retrospective analysis of the institution of encouraging a crime in Russian criminal law, a study of the foreign legislation of some European countries, the United States of America, as well as the states of the post-Soviet space on the issue of criminalization of encouraging activities is necessary. The paper provides an analysis of the international practice of the European Court of Human Rights on the issue of understanding encouraging to commit a crime and its permissible limits. A study of the decisions of an international judicial body showed that the concept of encouraging a crime the way a court understands it is based on procedural and substantive criteria that reflect the specifics of encouraging a crime. However, the legal position of the European Court of Human Rights, which equates encouraging a crime with "incitement", which is the basis for the normative regulation of investigative activities, paved the way for correlating encouraging a crime with the institution of complicity in criminal law. Thus, a historical analysis of the institution of encouraging a crime, a study of foreign regulatory legal acts establishing criminal liability for encouraging a crime, as well as a study of the practice of the European Court of Human Rights will allow a detailed and comprehensive consideration of the investigated legal phenomenon for the development and formation of a single criminal law concept of encouraging crimes. Based on the research results, the author proposes a definition of encouraging a crime.

Keywords: jurisprudence; legal sciences; criminal law; criminal liability; crime; legal institution; encouraging a crime; crimes against justice; incitement; complicity; practice of the European Court of Human Rights; fair trial; investigative activity; operational activities.

Cite as: Titova AS. Provokatsiya prestupleniya v ugolovnom prave: istoricheskiy analiz i zarubezhnyy opyt [Encouraging a Crime in Criminal Law: Historical Analysis and Foreign Experience]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):124-132. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.124-132. (In Russ., abstract in Eng.).

Уголовным кодексом Российской Федерации установлена ответственность за провокацию взятки, коммерческого подкупа, а также подкупа в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 304 УК РФ). Согласно диспозиции ст. 304 УК РФ, провокация указанных выше преступлений представляет собой попытку передачи должностному лицу, иностранному должностному лицу, должностному лицу публичной международной организации, лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческих или иных организациях, а также лицу, указанному в части первой ст. 200.5 УК РФ, без его согласия денег, ценных бумаг, иного имущества или оказания ему услуг

имущественного характера, предоставления иных имущественных прав с целью искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа.

Исследование правоприменительной практики наглядно показывает, что довольно часто происходят провокации и иных преступных деяний. Широко распространена провокация к совершению убийств, преступлениям в сфере нелегального оборота наркотиков и иных психотропных веществ, а также нелегального оборота оружия, в связи с чем весьма остро встает вопрос о квалификации провокационных действий лица. Отсутствие в уголовном законе интегративного понимания провокации преступления, отражающего различные ее содержательные

стороны, вызывает неоднозначное и неполноценное представление о рассматриваемом преступном деянии, что, безусловно, вызывает некоторые практические сложности при квалификации провокационных действий.

При изучении вопроса о природе провокации необходимо рассмотреть не только правовую сторону данного понятия. Полагаем, что для познания смысла исследуемого явления необходимо рассмотреть общее значение провокации, приводимое в толковых словарях и энциклопедиях.

Рассмотрим понятие «провокация», представленное в Толковом словаре С. И. Ожегова в трех значениях: во-первых, «как предательское поведение, подстрекательство кого-нибудь к совершению действий, способных повлечь за собой неблагоприятные для него результаты»; во-вторых, «как враждебные действия с целью разжигания военного конфликта»; и в-третьих, как «искусственное возбуждение каких-нибудь признаков болезни»¹.

В определении провокации как предательского поведения, подстрекательства к действиям, которые могут повлечь для провоцируемого негативные последствия, в оценке действий провоцирующего лица усматривается отрицательный аспект. Учитывая такое понимание, можно прийти к выводу, что провокатор и провоцируемое лицо не являются единомышленниками и преследуют кардинально разные цели. Данное понимание достаточно ценно с правовой точки зрения, поскольку исключает возможность рассматривать данных лиц как соучастников преступления.

Аналогичную трактовку этого понятия можно встретить и в Большой советской энциклопедии: провокация (от лат. *provocatio* — вызов) рассматривается как «подстрекательство, побуждение отдельных лиц, групп, организаций к действиям, которые повлекут за собой тяжелые, иногда гибельные последствия», а также как «предательские действия, совершаемые частными

агентами полиции и реакционных партий (провокаторами), направленные на разоблачение, дискредитацию и в конечном счете на разгром прогрессивных, революционных организаций»².

Возникновение правового термина «провокация» берет свое начало в римском праве. Под «правом провокации» (*provocatio ad populum*) понимается гарантия, древнейшее право римского гражданина, каждого осужденного к смертной казни либо иному телесному наказанию лица обратиться с апелляцией к собранию народа. Сущность провокации состояла в повторном рассмотрении уголовного дела народным собранием с вынесением нового приговора. Стоит отметить, что применение «права провокации» было допустимо только в рамках уголовного процесса, а в гражданских делах такой вид провокации не применялся.

В римском гражданском процессе также существовала провокация (*provocatio ad agendum*), под которой понималось понуждение истца к подаче иска вопреки общему правилу, в результате чего предъявление либо непредъявление иска и сам срок его предъявления предоставлялись на усмотрение истца³.

На данный момент общая правовая концепция понимания провокации отсутствует. Вместе с тем уголовное право нуждается в выработке единого комплексного подхода к пониманию провокации, в связи с чем необходимо рассматривать данное правовое явление в различных аспектах.

Институт провокации преступления известен российскому уголовному праву и имеет глубокие исторические корни. Так, в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. в гл. VI «О мздоимстве и лихоимстве» содержится статья 412, диспозицией которой предусмотрены случаи склонения состоящего на службе лица к совершению им действия, которое противоречит справедливости, закону и долгу службы⁴. Анализ вышеуказанного правового акта показал, что за данное преступление

¹ Толковый словарь С. И. Ожегова онлайн // URL: <https://slovarozhegova.ru/wjrd.php?wordid=24336>.

² Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1985. С. 1059.

³ Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона. СПб.: Брокгауз — Ефрон, 1890–1907.

предусматривались более строгие санкции, чем за взяточничество. Это связано со стремлением государства защитить государственных служащих от провокационных действий.

Так, согласно вышеназванному уголовному закону за покушение на обольщение должностных лиц правительства к уголовной ответственности привлекались лица, предложением взяток, иными обещаниями, угрозами стремившиеся побудить должностное лицо к уклонению от справедливости и долга службы и, невзирая на его отвращение от этого, возобновлять такие предложения или обещания⁵.

Сравнивая вышеуказанное понятие провокации с ее современной интерпретацией, можно отметить отсутствие цели провокации как обязательного составообразующего признака субъективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ⁶, — намеренного создания доказательств совершенного преступления или шантажа.

Место провокации преступления в структуре уголовного закона также различается. Провокация ни Уложением, ни иными последующими уголовно-правовыми актами не относилась к группе преступлений, направленных против интересов правосудия. Однако диспозиция данной правовой нормы, а также ее местонахождение в структуре уголовного закона позволяют считать, что провокацией причиняется вред интересам государственной службы. Провокация побуждает чиновников уклониться от долга служба, в связи с чем является коррупционным преступлением.

Вместе с тем формулировка «уклонение от справедливости», изложенная в диспозиции ст. 412 Уложения о наказаниях уголовных и исполнительных 1845 г., может свидетельствовать о причинении вреда путем провокации правосудию, в основу которого положен принцип справедливости.

За намеренное создание условий и обстановки, способствовавших бы предложению должностному лицу взятки, то есть за провокацию взятки, ст. 115 Уголовного кодекса РСФСР 1922 г.⁷ установлена уголовная ответственность. Составообразующим признаком рассматриваемого состава преступления выступала цель в виде последующего изобличения лица, дающего взятку.

В Уголовном кодексе РСФСР 1926 г. объективная сторона анализируемого состава преступления, помимо провокации дачи взятки, включала также и провокацию получения взятки (ст. 119).

Исторический анализ уголовного законодательства показывает, что понимание провокационных действий в УК РСФСР 1922 г. и Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. существенно различалось. Таким образом, с точки зрения советского законодателя при совершении провокатором преступления особое значение имеет его цель как конструктивный признак субъективной стороны, выраженная в изобличении спровоцированного лица, а также в применении к нему негативных уголовно-правовых последствий в связи с содеянным.

Такое понятие провокации наиболее соответствует природе провокационных действий, совершающихся латентно от провоцируемого, не осведомленного о реальных замыслах провокатора. Диспозиция правовой нормы, изложенная в диспозиции Уложения, в наибольшей степени отражает институт соучастия как деятельность подстрекателя, стремящегося склонить лицо к совершению преступления.

Современный УК РФ внес значительные изменения, касающиеся ответственности за провокацию. Статья 304 УК РФ, устанавливающая ответственность за провокацию взятки, коммерческого подкупа или подкупа в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд, в

⁴ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. 1845 г. Гл. VI: О мздоимстве и лихоимстве. Ч. 4, 5. Ст. 412 // URL: <http://музейреформ.рф/node/13654>.

⁵ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. 1845 г. Гл. VI. Ч. 4, 5. Ст. 412.

⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁷ Постановление ВЦИК от 01.06.1922 «О введении в действие Уголовного кодекса РСФСР (вместе с Уголовным кодексом РСФСР)» // СУ РСФСР. 1922. № 15. Ст. 153.

структуре Особенной части УК РФ располагается в гл. 31, посвященной преступлениям против правосудия.

В 90-х гг. минувшего века осуществлялась судебная реформа, основными целями и задачей которой выступало утверждение независимой и самостоятельной судебной власти. Данная концепция и способствовала расположению нормы о провокации в главе УК РФ, охраняющей интересы правосудия.

Справедливость и объективность судебного разбирательства — ключевые принципы судебной деятельности. В связи с этим в целях обеспечения подлинности материалов предварительного расследования необходимы организация и осуществление судебного контроля. Полученные с нарушением законодательства материалы не должны иметь доказательственную силу и, следовательно, не могут быть взяты за основу обвинения⁸.

Таким образом, в связи с принятием УК РФ правовая оценка провокационной деятельности изменилась. В ранее действовавшем уголовном законе норма о провокационной деятельности охраняла общественные отношения в сфере государственной службы. Вместе с тем в настоящее время общественные отношения в сфере правосудия являются объектом преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ.

Кроме того, в диспозиции вышеуказанной уголовно-правовой нормы составообразующим признаком субъективной стороны рассматриваемого состава является цель провокационных действий, а именно — намеренное создание доказательств совершенного преступления или шантаж.

Весьма интересно понимание сущности провокации преступления в других государствах, поскольку анализ зарубежного законодательства позволит всесторонне изучить правовую природу института провокации в российском уголовном праве.

Уголовно-правовая система Соединенных Штатов Америки, отличительной чертой которой является правовой дуализм, помимо федеральных законов содержит и уголовные кодексы отдельных штатов. В связи с этим ответственность за совершенные провокационные действия дифференцируется в зависимости от места совершения таких действий, то есть от законодательства конкретного штата. Американское уголовное законодательство не содержит единого понятия провокации, однако в Примерный уголовный кодекс США все же включено данное понятие. В нем провокация описана следующим образом: «Публичное лицо, осуществляющее исполнение закона, а также лицо, действующее в сотрудничестве с таким лицом, совершает провокацию, а именно побуждает или поощряет другое лицо к поведению, составляющему это посягательство, путем применения методов убеждения или побуждения, создающих существенный риск совершения посягательства иными лицами, кроме тех, кто готов его совершить, в целях получения доказательственной базы совершения посягательства»⁹. В связи с отсутствием единого уголовного закона на территории государства Примерный уголовный кодекс США рекомендует штатам криминализовать провокационную деятельность в своих уголовных кодексах в случае отсутствия в них подобной нормы.

Отметим штат Нью-Йорк, в Уголовном кодексе которого закреплена уголовная ответственность за провокацию (§ 40.05)¹⁰. Под «вовлечением в ловушку» понимается «совершение обвиняемым преступного деяния в результате побуждения или подстрекательства к нему со стороны публичного служащего либо лица, действующего совместно с ним, для получения доказательств против обвиняемого с целью его уголовного преследования». Основным моментом при квалификации деяния как «вовлечение в ловушку» является условие того, что побуж-

⁸ Дударенко В. В., Незнамова З. А. Исторический анализ нормативного регулирования провокации преступления: от прошлого к будущему // Российский юридический журнал. 2018. № 4. С. 69.

⁹ Примерный уголовный кодекс США. Официальный проект Института американского права / под ред. Б. С. Никифорова. М., 1969. С. 167.

¹⁰ URL: <https://constitutions.ru/?p=8102>.

дение или подстрекательство должны совершаться в активной форме. В других случаях это деяние не является «вовлечением в ловушку», а рассматривается как только возможность совершить посягательство¹¹.

По испанскому уголовному законодательству возбуждение у лица намерения для совершения преступления перед большим скоплением людей или с помощью печати, радио, а также иного похожего способа распространения информации является провокацией. Кроме того, уголовную ответственность за подстрекательство провокатор будет нести только в случае совершения преступления провоцируемым лицом в результате данной провокации (ст. 18 Уголовного кодекса Испании¹²). Таким образом, суть провокации в испанском уголовном праве заключается в открытом подстрекательстве к совершению преступного деяния, что значительно отличается от понимания провокации в нашей стране.

Во французском уголовном праве норму о провокации можно встретить в институте соучастия. Уголовный кодекс Франции¹³ говорит о двух способах выражения подстрекательства: провокации и даче указаний (абз. 2 ст. 121-7). Однако для того чтобы квалифицировать провокацию как подстрекательство, французский уголовный закон требует соблюдения некоторых условий. Такими условиями, согласно вышеназванной статье, выступают установленные законом способы и предметы, предоставленные для совершения преступления. Непосредственное совершение действий в отношении исполнителя, а также возбуждение у последнего желания совершить преступление и совершение впоследствии конкретного преступления — ключевым фактором отнесения провокации к подстрекательству.

Таким образом, дифференциация уголовной ответственности во французском уголовном праве осуществляется с учетом достигнутых результатов провокационной деятельности, а также стадии окончания провокации¹⁴.

В уголовном законодательстве некоторых государств постсоветского пространства установлена ответственность за провокацию преступления. Несмотря на то что в целом в этих государствах взгляд на сущность и природу провокации достаточно сходен, тем не менее можно выделить ряд различий.

Уголовная ответственность за провокацию взятки закреплена в разд. 17, посвященном преступлениям в области служебной деятельности, Уголовного кодекса Украины¹⁵. Так, законодатель понимает провокацию как «намеренное создание должностным лицом обстановки и условий, вызывающих предложение или получение взятки с целью последующего изобличения давшего или получившего взятку» (ст. 370). Необходимо обратить внимание, что украинским уголовным законом предусмотрен квалифицированный состав провокации подкупа в случае его совершения должностным лицом правоохранительных органов.

Аналогично российскому уголовному праву в уголовном законодательстве Республики Беларусь термин «провокация» вовсе не употребляется. Вместе с тем Уголовный кодекс Республики Беларусь содержит запрет на «инсценировку получения взятки, незаконного вознаграждения или коммерческого подкупа». Как «инсценировку» Уголовный кодекс Республики Беларусь¹⁶ определяет «передачу должностному лицу, работнику государственного органа

¹¹ Козочкин И. Д. Уголовное право США. М., 1986. С. 95.

¹² URL: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

¹³ URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/.

¹⁴ Аюсинов А. Е. Особенности регламентации уголовной ответственности за провокацию преступления по зарубежному законодательству // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 6 (107). С. 152.

¹⁵ Уголовный кодекс Украины от 05.04.2001 № 2341-III // URL: <https://meget.kiev.ua/ugolovnyj-kodeks/razdel-1-17/>.

¹⁶ Уголовный кодекс Республики Беларусь от 09.07.1999 № 275-З (с изм. и доп. по сост. на 11.11.2019) // URL: https://kodeksy-by.com/ugolovnyj_kodeks_rb/396.htm.

или иной государственной организации, не являющемуся должностным лицом, или работнику индивидуального предпринимателя или юридического лица денег, ценных бумаг, иного имущества или оказание услуг имущественного характера в целях искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа». Данная правовая норма закреплена в ст. 396 главы 34 «Преступления против правосудия» Уголовного кодекса Республики Беларусь и охраняет отношения в сфере правосудия, что способствует соблюдению закрепленных процессуальным законом требований при получении доказательств в рамках осуществления судопроизводства.

В Республике Казахстан установлена ответственность за провокацию взятки или коммерческого подкупа¹⁷. Вместе с тем необходимо отметить, что в ранее действующем уголовном законе Республики Казахстан долгое время существовала общая норма о провокации преступления. Однако в настоящее время казахстанский законодатель отказался от криминализации провокации любого преступления аналогично российскому уголовному закону, сохранив только провокацию коммерческого подкупа или взятки.

Отметим, что в законодательстве Грузии по настоящее время установлена уголовная ответственность за осуществление провокационных действий в отношении любого преступления. Так, в соответствии со ст. 145 Уголовного кодекса Грузии¹⁸ провокация преступления определяется как «склонение кого-либо к совершению преступления с целью его привлечения к ответственности». Рассматриваемая норма содержится в гл. XXXIII Уголовного кодекса Грузии «Преступления против прав и свобод человека», что отражает специфику объекта уголовно-правовой охраны, отличную от российского понимания.

Понимание правовой природы провокации в Соединенных Штатах Америки тождественно пониманию провокации в российском уголовном праве исходя из определения цели и сущности провокации, поскольку выражено в фальсификации доказательств. Обратим внимание и на то, что страны бывшего Советского Союза, несмотря на долгое существование в едином правовом пространстве с Россией, в сущность провокации в национальном уголовном законе вкладывают несколько иной правовой смысл. Кроме того, во многих государствах сущность провокации, как уже отмечалось, сводится к институту соучастия.

Необходимо отметить, что понятие «провокация» не освещено и в международном конвенционном праве. Однако международное понимание провокации берет свое начало в практике Европейского Суда по правам человека. Впервые международное понимание «провокации преступления» нашло свое отражение в решении ЕСПЧ от 15.12.2005 по делу «Ваньян против Российской Федерации»¹⁹. В связи с неоднократным нарушением Россией прав на справедливое судебное разбирательство рассмотрению ЕСПЧ подлежало большое число обращений граждан нашего государства.

С учетом богатой международной судебной практики у ЕСПЧ сложилось представление о провокации преступления, в основу которого положены ключевые характеристики, с помощью которых стало возможным отличать оперативные мероприятия сотрудников правоохранительных органов от провокационных действий. Таким образом, при определении международным судебным органом учитываются два критерия, содержательный и процессуальный. По содержательному критерию разграничение провокационных действий от допустимых оперативных мероприятий подразумевает судебное решение вопроса о возможности совершения

¹⁷ Аюсинов А. Е. Указ. соч. С. 152.

¹⁸ Уголовный кодекс Грузии от 22.07.1999 № 2287 // URL: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=230>.

¹⁹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 15.12.2005. Дело Ваньян (Vanyan) против Российской Федерации (жалоба № 53203/99) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2006. № 7. П. 71.

рассматриваемого преступления без вмешательства со стороны органов власти²⁰. Исследование порядка рассмотрения национальным судом заявления лица о провокации — процессуальный критерий. ЕСПЧ обращает внимание на процессуальную возможность заявителя в ходе судебного разбирательства ходатайствовать о совершенной в отношении него провокации. Это не только подразумевает под собой возможность лица сделать заявление об осуществлении в отношении него провокации, но и указывает на недозволительность органам государственной власти чинить препятствия при защите лица, ходатайствовавшего перед судом, основываясь на формальном решении о неоспоримости определенных доказательств для защиты интересов государства²¹.

Понятия «провокация», «давление», «подстрекательство», исходя из практики международного судебного органа в отношении провокации, воспринимаются как синонимичные. В этой связи заслуживает внимания тот факт, что позиция ЕСПЧ, отождествляющая подстрекательство и провокацию, была учтена при внесении изменений в Федеральный закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Так, частью 8 ст. 5 этого Закона предусмотрен запрет для лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий — осуществлять провокационную деятельность. Однако в результате включения разработанных международным судом определений в качестве поправок в национальное право произошло отождествление

в уголовном праве провокации преступления и института соучастия, что способствовало возникновению широкой дискуссии в научном сообществе²².

Таким образом, полагаем, что современное уголовное право нуждается в дальнейшем развитии института провокации преступления. Опираясь на позицию ЕСПЧ, историческую доктрину, а также зарубежный опыт в части вопроса о провокации преступления, необходимо сформировать понятие рассматриваемого института, наиболее полно отражающее его юридическую природу. Вместе с тем, учитывая немалое количество жалоб, направляемых в международный судебный орган по вопросам совершаемых провокаций со стороны работников правоохранительной системы, в детальной проработке нуждается вопрос о законодательных пределах оперативно-розыскных мероприятий, а также механизмах защиты лица, в отношении которого была совершена провокация.

Учитывая зарубежный и отечественный исторический опыт по вопросу сущности института провокации, а также доктринальную базу по анализируемой проблеме и практику ЕСПЧ, можно выработать определение провокации, наиболее полно отражающее ее правовую природу. Так, под провокацией преступления нами предлагается понимать умышленное одностороннее действие лица, нацеленное на формирование предпосылок и условий для совершения уголовно наказуемого деяния без согласия провоцируемого в целях его последующего изобличения в совершенном им преступлении либо наступления для него неблагоприятных уголовно-правовых последствий.

²⁰ Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2011. № 4. Спец. выпуск : Российская хроника Европейского Суда. С. 82–96.

²¹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 04.11.2010. Дело Банникова против России (жалоба № 18757/06). П. 61 // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12086429/>.

²² Забелов А. Ю. Юридическая природа провокации преступления // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2016. № 4. С. 80.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аюсинов А. Е. Особенности регламентации уголовной ответственности за провокацию преступления по зарубежному законодательству // Вестник Саратовской государственной юридической академии. — 2015. — № 6 (107). — С. 148–153.
2. Дударенко В. В., Незнамова З. А. Исторический анализ нормативного регулирования провокации преступления: от прошлого к будущему // Российский юридический журнал. — 2018. — № 4. — С. 67–72.
3. Забелов А. Ю. Юридическая природа провокации преступления // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. — 2016. — № 4. — С. 78–82.
4. Козочкин И. Д. Уголовное право США: учебное пособие для вузов. — М. : Юрайт, 2020. — 218 с.
5. Примерный уголовный кодекс США: Официальный проект Института американского права : пер. с англ. / под ред. Б. С. Никифорова. — М., 1969. — 303 с.
6. Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. — 3-е изд. — М. : Советская энциклопедия, 1985. — 1600 с.
7. Толковый словарь С. И. Ожегова онлайн // URL: <https://slovarozhegova.ru/wjrd.php?wordid=24336>.
8. Уголовный кодекс Испании : перевод Зыряннова В. П., Шнайдер Л. Г. / под ред. и с предисл. Н. Ф. Кузнецовой, Ф. М. Решетникова. — М. : Зерцало, 1998. — 218 с.
9. Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона // URL: <https://rus-brokgauz-efron.slovaronline.com/100931-Провокация>.

Материал поступил в редакцию 23 октября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Ayusinov A. E. Osobennosti reglamentacii ugovnoj otvetstvennosti za provokaciyu prestupleniya po zarubezhnomu zakonodatelstvu // Vestnik Saratovskoj gosudarstvennoj yuridicheskoy akademii. — 2015. — № 1 (107). — S. 148–153.
2. Dudarenko. V. V., Neznamova Z. A. Istoricheskij analiz normativnogo regulirovaniya provokacii prestupleniya: ot proshlogo k budushchemu // Rossijskij yuridicheskij zhurnal. — 2018. — № 4. — S. 67–72.
3. Zabelov A. Yu. Yuridicheskaya priroda provokacii prestupleniya // Vestnik Dalnevostochnogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii. — 2016. — № 4. — S. 78–82.
4. Kozochkin I. D. Ugolovnoe pravo SShA: uchebnoe posobie dlya vuzov. — M. : Yurajt, 2020. — 218 s.
5. Primernyj ugovolnyj kodeks SShA: Oficialnyj proekt Instituta amerikanskogo prava : per. s angl. / pod red. B. S. Nikiforova. — M., 1969. — 303 s.
6. Sovetskij enciklopedicheskij slovar / gl. red. A. M. Prohorov. — 3-e izd. — M. : Sovetskaya enciklopediya, 1985. — 1600 s.
7. Tolkovyy slovar S. I. Ozhegova onlajn // URL: <https://slovarozhegova.ru/wjrd.php?wordid=24336>.
8. Ugolovnyj kodeks Ispanii : perevod Zyryanova V. P., Shnajder L. G. / pod red. i s predisl. N. F. Kuznecovoj, F. M. Reshetnikova. — M. : Zercalo, 1998. — 218 s.
9. Enciklopedicheskij slovar F. A. Brokgauza i I. A. Efrona // URL: <https://rus-brokgauz-efron.slovaronline.com/100931-Provokaciya>.

КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.133-140

О. Г. Дьяконова*

Комплексный подход к регламентации использования специальных знаний в проекте Процессуального кодекса РФ об административных правонарушениях: быть или не быть?

Аннотация. Необходимость обновления законодательства об административных правонарушениях назрела давно, поскольку действующий Кодекс об административных правонарушениях РФ, включающий и материальную часть, и процессуальные положения, во многом не отвечает практике. Минюст России предложил на обсуждение два проекта федеральных законов: Кодекса об административных правонарушениях РФ и Процессуального кодекса РФ об административных правонарушениях. Оценивая данную законодательную инициативу в целом положительно, можно высказать ряд замечаний о положениях проекта Процессуального кодекса РФ об административных правонарушениях, регламентирующих использование специальных знаний. В статье анализируются положения Процессуального кодекса РФ об административных правонарушениях с точки зрения основ судебной экспертологии как науки, изучающей закономерности развития и функционирования различных форм использования специальных знаний. В представленном проекте прослеживается употребление неверной терминологии, некоторые положения «под копирку» перенесены из других кодексов, но при этом не учтены проблемы их правоприменения в соответствующих процессах. Фактически авторы законопроекта применяют регулирование участия специалиста и назначения, и производства судебной экспертизы без учета разработок в области судебной экспертологии, что само по себе вызывает вопросы и влечет принятие коллизионных положений.

Ключевые слова: проект; Процессуальный кодекс РФ об административных правонарушениях; судебная экспертология; судебная экспертиза; эксперт; специалист; участие специалиста; использование специальных знаний; производство по делам об административных правонарушениях; правовой институт.

Для цитирования: Дьяконова О. Г. Комплексный подход к регламентации использования специальных знаний в проекте Процессуального кодекса РФ об административных правонарушениях: быть или не быть? // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 133–140. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.133-140.

© Дьяконова О. Г., 2021

* Дьяконова Оксана Геннадьевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
oxana_diakonova@mail.ru

An Integrated Approach to the Regulation of the Use of Special Knowledge in the Draft Procedural Code of the Russian Federation on Administrative Offenses: To Be or not to Be?

Oksana G. Dyakonova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor, Department of Forensic Expertise, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
oxana_diakonova@mail.ru

Abstract. Updating the legislation on administrative offenses is long overdue, since the current Code of Administrative Offenses of the Russian Federation, which includes both the material part and procedural provisions, does not in many ways correspond to practice. The Russian Ministry of Justice proposed for discussion two draft federal laws: the Code of Administrative Offenses and the Procedural Code of the Russian Federation on Administrative Offenses. Evaluating this legislative initiative as a whole positively, a number of comments can be made about the provisions of the draft Code of Procedure of the Russian Federation on Administrative Offenses regulating the use of special knowledge. The paper analyzes the provisions of the Procedural Code of the Russian Federation on Administrative Offenses from the point of view of the foundations of forensic expertology as a science that studies the patterns of development and functioning of various forms of using special knowledge. In the presented project, the use of incorrect terminology is traced, some provisions “by a carbon copy” are transferred from other codes, but at the same time the problems of their law enforcement in the corresponding processes are not taken into account. In fact, the authors of the draft law apply the regulation of the participation of a specialist and the appointment and production of forensic examination without taking into account developments in the field of forensic expertology, which in itself raises questions and entails the adoption of conflict-of-law provisions.

Keywords: project; Procedural Code of the Russian Federation on Administrative Offenses; forensic expertise; forensic examination; expert; specialist; participation of a specialist; use of special knowledge; proceedings on cases of administrative offenses; legal institution.

Cite as: Dyakonova OG. Kompleksnyy podkhod k reglamentatsii ispolzovaniya spetsialnykh znaniy v proekte Protsessualnogo kodeksa RF ob administrativnykh pravonarusheniyakh: byt ili ne byt? [An Integrated Approach to the Regulation of the Use of Special Knowledge in the Draft Procedural Code of the Russian Federation on Administrative Offenses: To Be or not to Be?]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):133-140. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.133-140. (In Russ., abstract in Eng.).

31 января 2020 г. Минюст России вынес на обсуждение проекты федеральных законов: Кодекса об административных правонарушениях РФ¹ и Процессуального кодекса РФ об административных правонарушениях (далее — Проект)². Последним актом в будущем предлагается урегулировать порядок производства по делам об административных правонарушениях при их возбуждении, рассмотрении и пересмотре, а также порядок исполнения постановлений по делам об адми-

нистративных правонарушениях на территории Российской Федерации. Обратим внимание на положения Проекта, регламентирующие институты судебной экспертизы и участия специалиста в производстве по делам об административных правонарушениях.

Необходимость совершенствования процессуального законодательства об административных правонарушениях, в котором в настоящее время отсутствует системность, не вызывает сомнения. Однако при формулировании по-

¹ Кодекс об административных правонарушениях РФ : проект // URL: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=99059> (дата обращения: 03.02.2020).

² Процессуальный кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : проект // URL: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch?type=ListView#npa=99061> (дата обращения: 03.02.2020).

ложений о межпроцессуальных комплексных институтах, которыми являются институты судебной экспертизы и участия специалиста, следует проанализировать практику их правоприменения в других процессах, постараться устранить связанные с этим ошибки. Реальную помощь здесь могут оказать научные изыскания в области судебной экспертологии. В целом судебную экспертологию можно определить как самостоятельную комплексную область научных знаний юридического и естественно-технического характера, предметом изучения которой выступают общие закономерности развития и осуществления судебно-экспертной деятельности (СЭД), закономерности становления и развития классов, родов и видов судебных экспертиз и их частных теорий, а также экспертных технологий, правовое обеспечение экспертной деятельности, закономерности участия сведущих лиц (эксперта и специалиста) в судопроизводстве и иной юрисдикционной деятельности, формирующиеся и разрабатываемые на основе унификации теоретических, методологических, правовых и организационных основ, а объектом — СЭД и участие специалиста в судопроизводстве различных видов или юрисдикционной деятельности иного вида.

Практическое значение разработок в области судебной экспертологии вполне может выражаться в предложениях по совершенствованию процессуального законодательства, но в части, входящей в предмет ее исследования. Формулирование таких предложений базируется на следующем: 1) институт судебной экспертизы и институт участия специалиста имплементированы в каждый вид судопроизводства в России; 2) деятельность эксперта и деятельность специалиста не изменяют своей функциональной сущности в зависимости от особенностей того или иного вида судопроизводства. Исходя из этого, деятельность эксперта и деятельность специалиста должна быть унифицирована, процессу-

ально-правовой статус указанных сведущих лиц должен быть единообразно урегулирован во всех видах процессов. Специфика судопроизводства влияет на реализацию правовых институтов, но такое воздействие вытекает из субъектного состава. Так, например, в рамках цивилистических видов судопроизводства ходатайствовать о назначении судебной экспертизы могут лица, участвующие в деле, в рамках производства по делам об административных правонарушениях — лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, и потерпевший. Функциональные, организационные и регламентирующие процессуально-правовой статус положения должны быть урегулированы, единообразны.

С учетом изложенного остановимся на отдельных положениях законопроекта, регламентирующих институты судебной экспертизы и участия специалиста в производстве по делам об административных правонарушениях.

1. Определение эксперта и регламентация его процессуально-правового статуса. В статье 2.7 Проекта фактически указываются три признака, характеризующие эксперта, определяющие возраст, отсутствие заинтересованности и компетентность. Однако отметим, что ни в одном из действующих процессуальных кодексов³, за исключением Кодекса РФ об административных правонарушениях⁴, не употребляется термин «специальные познания». Уже не только в научных публикациях, посвященных вопросам судебной экспертологии, но и в законодательстве, на практике ученые и правоприменители пришли к логичному выводу о наиболее правильном употреблении термина «знания».

Сравнивая обязанности эксперта, установленные в КоАП РФ и в Проекте, можно констатировать их идентичность. При этом имеются вопросы к формулировке обязанностей. Во-первых, отсутствует указание на проведение экспертом исследования, что представляется

³ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532; Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 № 21-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

необходимым. Во-вторых, неясно определена обязанность «дать... требуемые объяснения в связи с содержанием заключения». Можно сделать вывод, что речь идет об обязанности ответить на вопросы в порядке допроса. И в статье 8.25 Проекта предлагается устранить пробел, касающийся допроса эксперта, хотя регламентируемое в этой статье действие не квалифицируется как допрос. Положения ч. 1 ст. 8.25 Проекта представляют почти дословное изложение нормы ч. 1 ст. 187 ГПК РФ, с сохранением тех же недостатков. Так, не совсем ясно, исходя из этих положений, можно ли допросить эксперта до дачи им заключения. И есть ли функциональная и «организационная» разница между положениями о допросе эксперта и допросе специалиста, которому также могут быть заданы вопросы «в целях разъяснения и дополнения консультации». Думается, в этой связи вполне себя оправдывает предложение второе в ч. 1 ст. 205 УПК РФ, где четко разъясняется организационный момент, после наступления которого возможен допрос эксперта.

Положительно можно оценить установленные права эксперта в п. 1 и 3 ч. 3 ст. 2.7 Проекта задавать вопросы, с той разницей, что вопросы могут быть заданы разными субъектами, а также предусмотренное в ст. 2.18 Проекта право эксперта и специалиста на возмещение расходов, связанных с явкой в суд, к прокурору, в орган, к должностному лицу, в производстве которых находится дело об административном правонарушении.

Однако нельзя так же оценить ч. 4 ст. 2.7 Проекта, в которой предлагается установить административную ответственность эксперта за уклонение от явки, отказ от дачи заключения, дачу заведомо ложного заключения при производстве по делу об административном правонарушении. Во-первых, ни в ст. 34.19 проекта КоАП РФ, ни в какой другой статье этого кодекса не установлена ответственность за указанные действия, за исключением ответственности эксперта за дачу заведомо ложного заключения. Во-вторых, уже неоднократно отмечалась

в научных публикациях бесполезность такой нормы, поскольку она не подкреплена конкретным положением об ответственности, а самое главное, ее неконституционность⁵. Вероятно, эксперту следует предоставить право отказаться от дачи заключения, составив мотивированное сообщение, если в процессе проведения экспертизы будет установлено следующее: 1) поставленные перед ним вопросы выходят за пределы его специальных знаний; 2) представленные ему объекты исследования (в том числе материалы) непригодны или недостаточны для дачи заключения и эксперту отказано в удовлетворении ходатайства о предоставлении дополнительных объектов для исследования; 3) состояние науки и судебно-экспертной практики не позволяет ответить на поставленные вопросы. В то же время следует закрепить и обязанность эксперта отказаться от дачи заключения с составлением мотивированного сообщения, если до начала проведения экспертизы им будут выявлены указанные выше обстоятельства. В-третьих, в ст. 4.9 Проекта устанавливается, что в отношении эксперта и специалиста в случае их «неявки без уважительных причин в суд, орган, к должностному лицу, рассматривающим и (или) пересматривающим дело об административном правонарушении», применяется привод, что, как уже нами отмечалось ранее, представляется излишней мерой⁶.

Регламентация экспертной инициативы в Проекте также не получила своего развития, но было сохранено положение п. 3 ч. 5 ст. 25.9 КоАП РФ. Отметим, что практически назрела необходимость в определении и установлении пределов экспертной инициативы, но законодатель пока не предпринимает шаги к этому. При этом вызывает вопрос отсутствие конкретизированных положений, касающихся выплаты вознаграждения эксперту или специалисту за работу в тех случаях, когда она не является частью обязанностей, выполняемых по трудовому договору.

2. Определение специалиста, регламентация видов его деятельности и процессуально-правового статуса. Так же, как и в отношении эксперта, в определении специалиста как участ-

⁵ *Россинская Е. П.* К вопросу о совершенствовании и унификации законодательной регламентации судебной экспертизы // Теоретические и прикладные аспекты использования специальных знаний в уголовном и гражданском судопроизводстве : научно-практическое пособие. Вып. 2. М. : Изд-во РАП, 2013. С. 22.

⁶ *Россинская Е. П.* Указ. соч. С. 262.

ника процесса в ч. 1 ст. 2.8 Проекта сохранена формулировка ч. 1 ст. 25.8 КоАП РФ, которую можно охарактеризовать как усеченное перечисление возможных видов участия специалиста. По мнению авторов Проекта, специалисту достаточно быть не заинтересованным в исходе дела совершеннолетним лицом и обладать «специальными познаниями, необходимыми для оказания содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, доказательств, а также в применении технических средств, в том числе для постановки вопросов эксперту» (выделено мной. — О. Д.). Следует отметить, что виды деятельности специалиста в Проекте закреплены нечетко, разбросаны по разным статьям, прослеживается совмещение разных форм без учета их задач, сущности осуществляемых действий и результатов. Так, в приведенном выше положении авторы Проекта смешивают консультационную форму участия специалиста с технической формой.

Кроме того, в ч. 6 ст. 4.22 Проекта специалисту, по сути, предписывается проводить исследование для определения стоимости имущества, подлежащего аресту. При этом в ч. 2 ст. 8.27 Проекта указывается, что «в целях выяснения содержащихся в аудио- и видеозаписях сведений судом может быть привлечен специалист», но «в необходимых случаях суд может назначить экспертизу». То есть авторы Проекта все же проводят разграничение между консультационной помощью специалиста и экспертным исследованием.

Тем не менее анализ положений Проекта не позволяет сделать вывод о разграничении видов деятельности специалиста в производстве по делам об административных правонарушениях, хотя необходимость в этом очевидна.

Одним из видов деятельности специалиста в судопроизводстве является оказание консультационной помощи, которая осуществляется в процессуальной и непроцессуальной формах. При этом на сегодня существуют различия в регламентации консультационной помощи специалиста и в доказательственном значении его консультации. Так, УПК РФ (в статье о заключении специалиста) и АПК РФ (в статье о консультации специалиста) устанавливают, что результаты консультационной деятельности специалиста выступают доказательствами по делу. КАС РФ четко устанавливает, что консультация

специалиста не относится к доказательствам по административному делу. ГПК РФ занимает неопределенную позицию, в ряде статей указывая на отнесение консультации специалиста к доказательствам, в ряде — отказывая ей в этом. КоАП РФ также определенно не указывает на место пояснений специалиста в числе доказательств, а термин «консультация» в нем вообще отсутствует. В статье 8.26 Проекта вводится «консультация специалиста», но не конкретизируется, хотя регламентируется письменная или устная форма консультации, а также порядок фиксации и приобщения к материалам дела. Кроме того, в ч. 3 ст. 8.26 Проекта изложены общие правила проведения допроса специалиста, что является новеллой. Однако следует отметить идентичность положений указанной статьи Проекта ст. 169 КАС РФ, анализ норм которой вызывает вопросы. Так, например, какова цель регламентации консультации специалиста, приобщения ее к материалам дела, если она не указана в числе доказательств, т. е. сведений о фактах, имеющих значение для дела? Еще одним вопросом является формулировка ч. 3 ст. 8.26 Проекта, идентичная ч. 3 ст. 169 КАС РФ, в которой установлено, что специалисту могут быть заданы вопросы «в целях разъяснения и дополнения консультации», т. е. презюмируется, что допрос специалиста может быть проведен только после дачи им консультации. Данное положение, абсолютно адекватное по отношению к заключению и допросу эксперта, представляется совершенно лишним в отношении консультации специалиста.

К примеру, специалист вполне может высказать свое суждение по поставленным перед ним вопросам участнику процесса, а в последующем быть вызван на допрос по ходатайству этого участника и уже в процессе допроса высказать свое суждение, которое должно быть признано доказательством с учетом относимости сообщаемых им сведений к делу, допустимости (соблюдена процессуальная форма), достоверности (специалист является компетентным, обладает специальными знаниями в требуемой области). Таким образом, допрос специалиста, который не проводит исследование, нет необходимости «привязывать» к ранее предоставленной им консультации, поскольку он может как дополнить или пояснить ранее высказанные суждения, так и сообщить новые сведения.

Цель совершенствования процессуального статуса специалиста в положениях Проекта явно не прослеживается, поскольку, за исключением п. 1 ч. 3 ст. 2.8, его права и обязанности изложены почти идентично ст. 25.8 КоАП РФ.

Вопрос об отводе эксперта и специалиста решен еще более лаконично. В части 1 ст. 2.17 Проекта установлено общее основание: «эксперт, специалист... не могут участвовать в рассмотрении дела об административном правонарушении и подлежат отводу по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом», при этом в ст. 2.16 Проекта указаны только два обстоятельства, исключающие участие в производстве по делу об административном правонарушении. Но большее недоумение вызывает фраза в ч. 4 ст. 2.17 Проекта: «При наличии оснований, предусмотренных частями 1 и 2 настоящей статьи...». Хотя, как уже отмечалось, в ч. 1 не указаны такие основания, а в ч. 2 ст. 2.17 Проекта указано только специальное основание для отвода эксперта и специалиста: «...если они находились либо находятся в служебной или иной зависимости от кого-либо из участников производства по делу об административном правонарушении, их представителей». Представляется, что необходимо уточнить положения об отводе по отношению к эксперту и специалисту, в том числе учитывая, что их предыдущее участие в деле в качестве таковых не может выступать обстоятельством, исключающим их дальнейшее участие, а также предусмотреть невозможность их участия в случае некомпетентности.

3. Порядок назначения судебной экспертизы регламентируется в Проекте более четко, сначала в ст. 3.15–3.16, а затем — в ст. 8.24, предусматривающей назначение экспертизы судом. Так, в ч. 1 ст. 3.15 Проекта предполагается установить, что экспертиза может быть поручена экспертному учреждению, конкретному эксперту или нескольким экспертам. Следует отметить, что данный перечень является несколько ограниченным, а включение в него термина «учреждение» вызывает вопрос о воз-

можности проведения судебной экспертизы автономной некоммерческой организацией или обществом с ограниченной ответственностью, которые ни в коем случае не относятся к учреждениям. В настоящий момент, когда осуществлением судебно-экспертной деятельности занимаются юридические лица в разнообразных формах, требуется адекватная регламентация, не вступающая в противоречие с действующим законом о судебно-экспертной деятельности⁷ и Гражданским кодексом РФ⁸. В связи с этим следовало бы отказаться от применения термина «учреждение» и заменить его на термин «организация».

Можно оценить положительно подробное определение порядка реализации права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, и потерпевшего предложить суду, прокурору, органу, должностному лицу вопросы, подлежащие разрешению при проведении экспертизы (ч. 3–6 ст. 3.15 Проекта). Установлено также положение, требующее мотивировки отклонения лицами, ведущими процесс, вопросов, предложенных указанными участниками (ч. 6 ст. 3.15 Проекта). Однако не совсем понятно, зачем авторы законопроекта поместили идентичное положение в ч. 3 ст. 3.16 Проекта. К сожалению, это не единственный пример использования тождественных формулировок в разных статьях Проекта.

Кроме того, в отличие от действующего КоАП РФ, в ст. 3.15 Проекта предлагается перечень прав потерпевшего и лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении. Данный перечень идентичен установленному в ч. 4 ст. 77 КАС РФ, за исключением дополнения его правом «заявлять отвод эксперту», которое в КАС РФ отнесено к общим правам. Следует отметить, что в Проекте не предоставляется право указанным лицам присутствовать при производстве судебной экспертизы, что в целом можно признать правильным. Но в этой связи противоречиво выглядит положение п. 7 ч. 2 ст. 3.18 Проекта, в котором установлена обязанность

⁷ Федеральный закон от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2291.

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

эксперта указать в своем заключении сведения о лицах, присутствующих при проведении экспертизы. В части 3 ст. 79 КАС РФ это право установлено, и потому требование п. 7 ч. 2 ст. 82 КАС РФ выглядит логичным. Тем не менее следует поддержать сохранение положения ч. 4 ст. 26.4 КоАП РФ (в ч. 6 ст. 3.16 Проекта), в соответствии с которым установлено требование об ознакомлении с определением о назначении экспертизы до направления его для исполнения.

В отличие от действующего КоАП РФ, в ст. 3.16 Проекта установлено, что в определении о назначении экспертизы, помимо прочего, указываются «особые условия обращения с предоставленными документами и материалами при исследовании, если такие условия необходимы», и «срок, в течение которого экспертиза должна быть проведена и соответствующее заключение должно быть представлено суду, прокурору, в орган, должностному лицу, в производстве которых находится дело об административном правонарушении». Это положение также можно оценить положительно.

Но вызывает вопрос сохранение в редакции действующего КоАП РФ положения о взятии проб и образцов для сравнительного исследования. С одной стороны, из всех действующих процессуальных кодексов только КоАП РФ упоминает о возможности взятия пробы для сравнительного исследования. Однако приведенный в ч. 1 ст. 26.5 КоАП РФ, так же как и в ч. 1 ст. 3.14 Проекта, перечень представляется ограниченным. Например, образец крови (или образец подписи) вряд ли может быть отнесен к образцам товаров и иных предметов (или образцу почерка), указанных в этом положении.

4. Порядок производства экспертизы, представления и оценки заключения эксперта. Статья 3.17 Проекта, регламентирующая «порядок проведения экспертизы», начинается с тождественного ч. 1 ст. 3.15 Проекта положения о возможности производства экспертизы указанными учреждениями или экспертами. Представляют интерес положения ч. 2–4 ст. 3.17 Проекта, предусматривающие возможность проведения экспертного исследования в разных местах. Следует отметить несовершенство юридической техники в формулировании этих положений. Прежде всего, изложить их было бы логичнее в рамках одной части. Кроме того, в положении «экспертиза может проводиться по месту

нахождения документов и материалов для исследования, если невозможно или затруднительно доставить документы или материалы для исследования» следовало бы заменить «документы и материалы» на «объекты экспертного исследования», поскольку и документы, и материалы могут выступать объектами. Но при этом указанными в статье «документами и материалами» не охватываются вещественные доказательства, здания, сооружения, земельные участки и другие объекты.

Интерес представляет и положение п. 7 ч. 1 ст. 6.4 Проекта, предусматривающее отложение рассмотрения дела в случае назначения экспертизы или отвода специалиста, эксперта, если он препятствует рассмотрению дела по существу. Действующие процессуальные кодексы по-разному подходят к определению процессуального действия, позволяющего своевременно и в полном объеме провести экспертное исследование. ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ предусматривают приостановление производства по делу, УПК РФ — продление предварительного расследования и отложение судебного разбирательства, данные институты существенно отличаются друг от друга. Основным отличием является следующее: с приостановлением производства по делу приостанавливается течение всех неистекших процессуальных сроков (ст. 110 ГПК РФ). При отложении разбирательства дела течение процессуальных сроков не приостанавливается, а продление срока предварительного расследования само по себе означает увеличение срока производства по делу. Ранее уже предлагалось определить *единый для всех процессов правовой институт*, который предоставит возможность качественного соблюдения процессуального срока в связи с обоснованностью назначения судебной экспертизы и необходимыми временными затратами на ее проведение, — *институт продления срока судопроизводства*.

В отличие от весьма лаконичной нормы ч. 5 ст. 26.4 КоАП РФ, в ст. 3.18 Проекта подробно изложена структура экспертного заключения, а также определена одна из самых распространенных форм проявления экспертной инициативы. При этом в ч. 1 ст. 3.18 Проекта закреплено весьма спорное положение, похожее на ч. 1 ст. 82 КАС РФ, о возможности эксперта дать устное заключение, «если экспертиза проводится по месту составления протокола об адми-

нистративном правонарушении, рассмотрения или пересмотра дела об административном правонарушении». Не совсем ясно, должна ли в таком случае соблюдаться норма о структуре экспертного заключения, должны ли к такому «заключению» прилагаться документы и материалы, иллюстрирующие выводы эксперта, должен ли эксперт устно приводить описание методов, применяемых при исследовании.

Оценка доказательств в ст. 3.19 Проекта изложена более подробно по сравнению с действующим КоАП РФ. Имеются положения, определяющие специфику оценки некоторых видов доказательств. Общее положение, не несущее в себе ничего нового относительно оценки заключения эксперта, приведено только в ч. 9 ст. 3.18 Проекта.

Итогом проведенного анализа, объем которого ограничен рамками статьи, является констатация необходимости продолжения работы над Проектом. Многие положения, касающиеся регламентации институтов судебной экспертизы и участия специалиста в судопроизводстве, списаны с КАС РФ, в котором допущены

логические ошибки и ошибки в использовании приемов юридической техники. Вообще, Проект в этой части следует признать несовершенным и нелогичным, с наличием повторов, тождественных и противоречивых положений. Причиной этого является отсутствие понимания необходимости комплексного подхода к регулированию судебно-экспертной деятельности и участия специалиста в различных видах судопроизводства, который базируется на основах, разработанных судебной экспертологией, и в то же время учитывает специфику различных видов судопроизводства.

Фактически разработчики Проекта допускают распространенную, но от этого не менее серьезную ошибку, не учитывая достижения науки, изучающей закономерности развития и функционирования судебно-экспертной деятельности и участия специалиста в различных видах судопроизводства. Такой подход прослеживается при принятии большинства нормативных правовых актов, которые направлены на регулирование указанной деятельности начиная с принятия КАС РФ и до настоящего времени.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Россинская Е. Р.* К вопросу о совершенствовании и унификации законодательной регламентации судебной экспертизы // Теоретические и прикладные аспекты использования специальных знаний в уголовном и гражданском судопроизводстве : научно-практическое пособие. — Вып. 2. — М. : Издательство Российской академии правосудия, 2013. — С. 16–30.

Материал поступил в редакцию 2 ноября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Rossinskaya E. R.* K voprosu o sovershenstvovanii i unifikacii zakonodatel'noj reglamentacii sudebnoj ekspertizy // Teoreticheskie i prikladnye aspekty ispolzovaniya specialnyh znaniy v ugovnom i grazhdanskom sudoproizvodstve : nauchno-prakticheskoe posobie. — Vyp. 2. — M. : Izdatel'stvo Rossijskoj akademii pravosu'diya, 2013. — S. 16–30.

Значение лицензий Creative Commons для эволюции авторских прав в трансграничных отношениях

Аннотация. Статья посвящена анализу эволюции авторских прав и основных событий, которые привели к изменению концепции определения прав автора и их защиты. Рассматриваются основные правовые акты, регулирующие авторские отношения от этапа их зарождения (с момента изобретения печати в Европе) и до настоящего времени. Создание сети Интернет стало отправной точкой переосмысления основ законодательства об авторском праве для адаптации его к современным потребностям. Так, были приняты международные договоры, нормы которых распространяли традиционное право и на цифровую среду, закрепляя права авторов в сети Интернет. Разработка подхода к лицензированию в рамках концепции лицензий Creative Commons и принципа «некоторые права защищены» стала важной ступенью на пути к реализации и защите прав трансграничных авторских отношений в сети Интернет. Это новый этап развития лицензирования, обусловленный технологическим прогрессом и внедрением искусственного интеллекта в жизнь человека.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; авторское право; международное авторское право; эволюция авторского права; трансграничные авторские отношения; правовая охрана; лицензии Creative Commons; право и интернет-технологии; авторские права в сети Интернет; трансграничный лицензионный договор на условиях публичной оферты; информационно-коммуникационное пространство; Интернет; искусственный интеллект; цифровая среда; защита авторских прав.

Для цитирования: Москаленко И. А. Значение лицензий Creative Commons для эволюции авторских прав в трансграничных отношениях // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 141–148. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.141-148.

Significance of Creative Commons Licenses for the Evolution of Copyright in Cross-Border Relationships

Irina A. Moskalenko, Postgraduate student, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
i.a.moskalenko@mail.ru

Abstract. The paper analyzes the evolution of copyright and the main events that led to a change in the concept of determining the author's rights and their protection. The main legal acts regulating copyright relations from

© Москаленко И. А., 2021

* Москаленко Ирина Александровна, аспирант кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
i.a.moskalenko@mail.ru

the stage of their inception (from the moment of the invention of printing in Europe) to the present time are considered. The creation of the Internet became the starting point for rethinking the foundations of copyright law to adapt it to modern needs. Thus, treaties were adopted, the norms of which extended traditional law to the digital environment, securing the rights of authors on the Internet. Developing a licensing approach under the Creative Commons licensing concept and the “some rights reserved” principle has been an important step in the enforcement and protection of cross-border copyright rights on the Internet. This is a new stage in the development of licensing, due to technological progress and the introduction of artificial intelligence into human life.

Keywords: intellectual property; copyright; international copyright; evolution of copyright; cross-border copyright relations; legal protection; Creative Commons licenses; law and internet technology; copyright on the Internet; cross-border licensing agreement on the terms of a public offer; information and communication space; Internet; artificial intelligence; digital environment; copyright protection.

Cite as: Moskalenko IA. Znachenie litsenzyi Creative Commons dlya evolyutsii avtorskikh prav v transgranichnykh otnosheniyakh [Significance of Creative Commons Licenses for the Evolution of Copyright in Cross-Border Relationships]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):141-148. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.141-148. (In Russ., abstract in Eng.).

История авторского права начинается с изобретения печати в Европе. С момента изобретения в XV в. И. Гутенбергом печатного станка примерно за 50 лет в 206 европейских городах было основано 1100 типографий, которые за этот период выпустили в свет более 40 тыс. изданий общим тиражом 10–12 млн экземпляров¹. Именно массовое распространение книг стало предпосылкой возникновения необходимости создания правовых актов, регулирующих сферу отношений, относимых к авторскому праву.

Первый закон, заложивший системообразующие принципы охраны авторских прав², был принят в 1710 г. в Англии и назывался Статут королевы Анны. Прежде всего, в Статуте были установлены ограниченные сроки охраны авторских прав и закреплен термин «исключительное право», которым обозначалось специфическое право, представляющее собой ряд ограничений, запрещающих третьим лицам перепечатывать книги авторов. Вплоть до этого времени не существовало понятия исключительности авторских прав, и автор, продавший рукопись своего про-

изведения издателю, терял любые права на нее, как в случае отчуждения материального объекта.

В то время Великобритания была сосредоточена на праве копирования (right to copy), так называемом авторском праве (copy-right). Согласно этой системе центральным объектом охраны является само произведение как продукт, а не связь автора с произведением. Другие государства, например Германия, придерживались более философского подхода. Право на авторство рассматривалось как право человека, а процесс создания чего-то оригинального (книги или поэмы) — как действие, вдохновленное Богом. Правовые акты Urheberrechtsgesetz в Германии и Droit d'auteur во Франции буквально означали «права авторов» или «права автора»³.

Следующей вехой в эволюции законодательства об авторском праве стало принятие Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. (далее — Бернская конвенция 1886 г.), повлиявшей на восприятие многими государствами мира режима охраны авторских прав, аналогичного закрепленному в Статуте королевы Анны.

¹ History of Copyright. What are copyrights? // URL: <http://historyofcopyright.org/index.html> (дата обращения: 02.11.2020).

² Луткова О. В. Системообразующие принципы в общей классификации принципов правового регулирования трансграничных авторских отношений // *Актуальные проблемы российского права*. 2018. № 4. С. 164.

³ What is copyright? // URL: <https://www.bbc.com/copyrightaware/what-is-copyright> (дата обращения: 02.11.2020).

В середине XIX в. во многих европейских странах были приняты общие законы об авторском праве со значительными различиями в отношении видов защищаемых работ, продолжительности защиты, ограничений на осуществление авторских прав и так далее. Поскольку использование произведений не ограничивалось одной определенной территорией, необходимость в международной договоренности об охране произведений за пределами их первоначальных границ становилась все более острой.

До момента принятия Бернской конвенции 1886 г. в большинстве европейских стран не считалось несправедливым или аморальным использование произведений иностранных авторов без разрешения. Напротив, это рассматривалось как продвижение и распространение знаний среди местного населения. Данный вид межгосударственного «пиратства» был широко распространенным явлением, которое наносило вред таким странам, как Англия, Франция и Германия, обнаруживающим, что произведения их граждан перепечатывались, а книги продавались по более низким ценам в других государствах, где население говорит на том же языке, например в Соединенных Штатах, Бельгии и Австрии соответственно. Стремление пострадавших стран к предотвращению международного «пиратства» привело к развитию ранних международных отношений в области защиты авторских прав⁴.

Бернская конвенция 1886 г. содержит ряд положений, определяющих минимальную защиту авторских прав, и основана на трех основных принципах: национальный режим (произведениям, страной происхождения которых является одно из договаривающихся государств, в каждом из таких государств предоставляется такая

же защита, как и произведениям собственных граждан); автоматическая защита (авторское право возникает автоматически с момента фиксации произведения в материальной форме или первой публикации, без выполнения каких-либо формальностей); независимость охраны (защита не зависит от наличия защиты в стране происхождения произведения).

Бернская конвенция 1886 г. стала предвестником современных договоров, в рамках которых международными соглашениями устанавливаются и определяются основные национальные механизмы авторского права, принятые каждым государством. Бернская конвенция 1886 г. несколько раз пересматривалась и в 1994 г. на основании Соглашения ТРИПС (TRIPS — Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) была окончательно принята в качестве отправной точки для всех национальных законов об авторском праве⁵.

Международная система охраны авторских прав продолжала эффективно функционировать в большинстве государств. Однако оставались страны, которые по определенным причинам не могли стать участниками Бернской конвенции 1886 г. Например, Соединенные Штаты Америки не участвовали в силу особенностей законодательства (требование выполнения формальностей как условие предоставления охраны и сложное регулирование срока охраны авторских прав), а развивающиеся страны Латинской Америки не решались присоединиться к международному договору, который немедленно потребует от них принятия системы правового регулирования с высоким уровнем защиты⁶.

Различные критерии, которые необходимо было учитывать, привели к принятию Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г., кото-

⁴ *Fischman-Afori O.* The Evolution of Copyright Law and Inductive Speculations as to Its Future // *Journal of Intellectual Property Law*. 2012. Vol. 19. Iss. 2. P. 250–251. URL: <https://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol19/iss2/2> (дата обращения: 02.11.2020).

⁵ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности от 15.04.1994 (приложение к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации). Ст. 2 // URL: https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=305907#part1 (дата обращения: 02.11.2020).

⁶ Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms // URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf (дата обращения: 02.11.2020).

рая во многих важных аспектах отличалась от Бернской конвенции 1886 г. и содержала лишь некоторые довольно общие обязательства, касающиеся предоставляемых прав, разрешала требовать выполнения формальностей и других условий для приобретения и реализации авторских прав.

Необходимо отметить, что в зависимости от правовой семьи существовало два подхода к понятию авторского права в конкретном государстве. Страны, относящиеся к континентальной правовой семье, выделяли и четко разделяли авторские права и смежные права (*related rights*). Это связано с одним из принципов романо-германского авторского права, согласно которому охране подлежат только творческие произведения. На сегодняшний день европейские законодатели иногда заменяют выражение «смежные права» на «другие права» (Испания, Дания). В англо-американском авторском праве принципиально не ограничивается охрана литературных и художественных произведений от охраны исполнений и фонограмм, а понятие «смежные права» не признается. Так, современное законодательство Австралии, Великобритании, Индии, Канады, США термин *related rights* применительно к правам исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций не использует⁷.

До конца XIX в. выступления артистов (актеры в театре, оперные и концертные певцы, артисты цирковой эстрады и т. д.) носили эфемерный характер. Они исчезали ровно в тот момент, когда их увидели и услышали, а после выступления не оставалось ничего, кроме впечатления в памяти зрителя. В очень редких случаях кто-то делал набросок сцены, исполнителя, оркестра или акробата, возможно, даже фотографию,

чтобы впоследствии пробудить в памяти публики это событие. Но люди обязательно должны были присутствовать там, где проходило мероприятие, чтобы оценить его в полной мере. Изобретение в XX в. граммофона, кинематографа и радио, их широкое распространение произвело настоящую революцию, открыв новые способы популяризации результатов творческой деятельности⁸.

Возникла необходимость в принятии соглашения, которое бы закрепило охрану смежных прав на международном уровне, и в 1961 г. была принята Конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (далее — Римская конвенция 1961 г.). Хотя в Римской конвенции 1961 г. термин «смежные права» и не употребляется, она предоставила такие права трем основным категориям участников процесса создания и распространения произведений: исполнителям (актеры, певцы, музыканты, танцоры), изготовителям фонограмм, вещательным организациям (телевизионные каналы и радиостанции)⁹.

Следующим важным шагом в формировании международного авторского права стало принятие Стокгольмской конвенции об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) в 1967 г., которая является учреждением ООН и чья цель — содействие охране интеллектуальной собственности во всем мире путем сотрудничества государств¹⁰.

Сфера авторского права и смежных прав расширялась несколько десятилетий под влиянием технологического прогресса, который привнес новые способы распространения продуктов творчества. Так, распространение произведений через сеть Интернет поставило перед между-

⁷ Матвеев А. Г. Континентальная и англо-американская традиции охраны смежных прав: общее и различное // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2019. № 8. С. 126–129.

⁸ Guide to the Rome convention and to the phonograms Convention. P. 9 // URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/617/wipo_pub_617.pdf (дата обращения: 02.11.2020).

⁹ Международная конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26.10.1961. Ст. 2 // URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/531118> (дата обращения: 02.11.2020).

¹⁰ Конвенция, утверждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности, от 14.07.1967. Ст. 3 // URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_250.pdf (дата обращения: 02.11.2020).

народным сообществом новые вопросы, касающиеся авторского права.

В этой связи под эгидой ВОИС были приняты два международных договора: Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. (далее — Договор по авторскому праву 1996 г.) и Договор ВОИС по исполнению и фонограммам 1996 г. (далее — Договор по исполнению и фонограммам 1996 г.), направленные на регулирование вопросов авторского права и смежных прав в цифровой среде и известные как интернет-договоры.

Договор по авторскому праву 1996 г. и Договор по исполнению и фонограммам 1996 г. усовершенствовали международную охрану авторских и смежных прав, установленную до начала развития сети Интернет и широкого использования персональных компьютеров.

В Договоре по авторскому праву 1996 г. и Договоре по исполнению и фонограммам 1996 г. указано, что традиционное право продолжает применяться и в цифровой среде; закреплены возможности эффективного использования технологии для охраны авторских и смежных прав, лицензирования произведений в режиме онлайн, контроля предоставления произведений индивидуальным пользователям; предусмотрена обязанность государств обеспечивать правовую защиту от действий по обходу технических средств (шифрование), которыми пользуются авторы для охраны своих прав при распространении произведений в Сети, а также от удаления или видоизменения электронной информации, которая позволяет идентифицировать произведение, его правообладателя, получить информацию об условиях использования произведения¹¹.

В дополнение к положениям Договора по исполнению и фонограммам 1996 г. был принят Пекинский договор по аудиовизуальным исполнениям 2012 г., который модернизировал

и адаптировал к реалиям цифровой эпохи систему охраны прав певцов, музыкантов, танцоров и актеров на аудиовизуальные исполнения, установленную еще Римской конвенцией 1961 г.

Эволюция цифровых технологий привела к укреплению роли сети Интернет как основной площадки для распространения и получения доступа к защищенному авторским правом контенту. Благодаря Сети круг лиц, имеющих доступ к информации, был расширен от строго известных участников до неопределенно широкого. У пользователей появилась возможность получить доступ к размещенному в Сети произведению в любое время, равно как и возможность это произведение скопировать, распространить, внести в него исправления, а также использовать в коммерческих целях.

В этих новых реалиях правообладатели столкнулись с трудностями при попытках защитить свои права и получить вознаграждение за использование и распространение своих произведений.

Отсутствие в законодательстве четко прописанных механизмов, с помощью которых можно было бы осуществлять регулирование в сети Интернет отношений, касающихся объектов творчества, привело к массовому нарушению прав правообладателей¹².

Не всегда нарушения прав авторов со стороны пользователей носили намеренный характер. Пользователи Сети могли оказаться в ситуации, когда отсутствуют сведения о том, кому именно принадлежат права интеллектуальной собственности на определенный объект, кроме того, и в случаях, когда личность владельца прав на произведение известна, могло быть достаточно сложно найти данное лицо для заключения договора о правомерном использовании объекта¹³.

¹¹ См.: Пресс-коммюнике Всемирной организации интеллектуальной собственности 2001 г. // URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/pressroom/ru/prdocs/2001/wipo_pr_2001_300.pdf (дата обращения: 02.11.2020).

¹² См.: *Хазикова З. И.* Гражданско-правовая ответственность за нарушения интеллектуальных прав в сети Интернет // *Актуальные вопросы современной науки.* 2013. № 28. С. 325–334.

¹³ О проблеме регулирования произведений с потерянным правообладателем см.: *Дмитриева Г. К., Луткова О. В.* Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения // *Lex russica (Русский закон).* 2019. № 11 (156). С. 18–29.

Возникали коллизионные вопросы, по праву какого государства охранять авторские и смежные права на произведения, размещенные в сети Интернет, по праву какого государства выявлять, имело ли место нарушение, и определять характер ответственности.

Лицензии Creative Commons стали неюридическим механизмом реализации авторских прав через сеть Интернет.

Creative Commons — одноименная некоммерческая организация, основанная в США в 2001 г. Д. Бойлом, М. Кэрроллом, Л. Лессигом, Х. Абельсоном, Э. Зальцманом и Э. Элдредом¹⁴, которые искали альтернативу традиционной системе авторского права.

Организация Creative Commons действует как лицензирующая платформа для продвижения свободного использования творческих работ¹⁵, под которым понимается использование произведений, находящихся под защитой авторского права, без разрешения автора и выплаты ему вознаграждения, но с соблюдением прав авторства, прав на имя и защиту репутации автора.

Лицензии Creative Commons позволили достичь баланса между принципом «все права защищены» (all rights reserved)¹⁶ и «никакие права не защищены» (public domain), в результате чего образовалась новая формула — «некоторые права защищены» (some rights reserved). Так у автора появилось право выбрать, какими правами воспользоваться, а от каких отказаться, не пренебрегая при этом законодательством об авторском праве.

Организация Creative Commons предлагает автору на условиях публичной оферты на выбор

шесть типов лицензионных договоров, каждый из которых позволяет правообладателю открыто предложить потребителям определенный способ использования принадлежащего ему объекта (в коммерческих целях, для создания производного произведения, для его распространения на тех же условиях) или запретить такие действия. Например, в соответствии с условием самой разрешительной лицензии Attribution¹⁷ лицензиат может распространять и редактировать произведение лицензиара, включая коммерческое использование, соблюдая только право автора на имя. По условиям самой ограничительной лицензии Attribution Non-commercial No Derivatives¹⁸ лицензиат вправе только загрузить произведения в память своего компьютера и обмениваться с другими пользователями при условии, что сохраняется право на имя автора, но не вносятся какие-либо изменения в произведение, а также произведение не используется в коммерческих целях¹⁹.

Организация Creative Commons предоставляет и такие инструменты, как Creative Commons Plus (дополнительное соглашение к основным типам лицензий, в рамках которого правообладатель может предусмотреть особые случаи действия своих прав и особое регулирование для них), Creative Commons 0 (передача произведения в общественное достояние) и Public Domain Mark²⁰ (предназначен для маркировки произведений, которые уже перешли в общественное достояние).

Так лицензии Creative Commons стали универсальным механизмом, предоставляющим на международном уровне защиту прав авторов в

¹⁴ Creative Commons. History // URL: <http://wiki.creativecommons.org/History> (дата обращения: 02.11.2020).

¹⁵ Lessig L. The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World. 2001. Random House. P. 19–20.

¹⁶ Фраза вошла в юридический оборот благодаря ст. 3 Буэнос-Айресской конвенции 1910 г. и означает, что автор произведения сохраняет за собой право на него, а не позволяет ему стать общественным достоянием.

¹⁷ На русский язык исследователями этот тип лицензии переводится в смысловом эквиваленте как лицензия «с указанием авторства».

¹⁸ Лицензия «с указанием авторства — некоммерческая — без производных».

¹⁹ Более подробно о лицензировании на условиях Creative Commons см. официальный сайт: URL: <https://creativecommons.org> (дата обращения: 02.11.2020).

²⁰ Эти виды лицензий Creative Commons принято переводить как Creative Commons Плюс, Creative Commons Ноль, Creative Commons Знак общественного достояния.

сети Интернет, в трансграничном пространстве, не имеющем визуальных границ.

Однако на этом развитие авторского права не остановилось: в настоящее время стало возможным создать художественное произведение (изображение, музыка, текст) благодаря всего лишь клику компьютерной мыши. При этом процесс создания может происходить даже без участия человека, а осуществляться искусственным интеллектом по заранее заданным алгоритмам.

Возникает вопрос о том, распространяется ли авторское право на объекты, созданные искусственным интеллектом, и как регулируется их использование в сети Интернет.

В авторском праве большинства государств содержится положение, согласно которому произведения подпадают под защиту, если они являются оригинальными, то есть подразумевается участие человека в процессе их создания. В отношении же произведений, созданных машиной, существует два подхода: в авторско-правовой охране может быть отказано либо авторство может быть приписано разработчику соответствующей программы.

Законодательство большинства юрисдикций предусматривает, что только произведения, созданные человеком, могут быть защищены авторским правом (Австрия, Германия, Испания, США). Согласно иному подходу программа является лишь инструментом, поддерживающим творческий процесс, как ручка и бумага, и права на произведения искусственного интеллекта принадлежат лицу, которое выполнило все не-

обходимые установки в программе (разработчику) (Великобритания, Гонконг, Индия, Ирландия, Новая Зеландия). Однако благодаря искусственному интеллекту новейшего типа компьютерная программа больше не инструмент, она фактически принимает решения, связанные с созданием творческих объектов, без участия человека, что может вызывать затруднения при определении статуса таких произведений²¹.

Возникают вопросы, применимы ли лицензии Creative Commons к произведениям, созданным искусственным интеллектом и распространяемым в сети Интернет, предоставляется ли защита таким работам, у кого испрашивать разрешение на использование и т. д.

Организация Creative Commons в 2020 г. на втором раунде Дискуссии ВОИС по вопросам интеллектуальной собственности и искусственного интеллекта выступила с заявлением о том, что авторское право и смежные права не должны гарантироваться в отношении произведений, созданных с помощью искусственного интеллекта, по двум фундаментальным причинам: отсутствие человека-автора и отсутствие оригинальности. Поэтому произведения, являющиеся результатом творчества искусственного интеллекта, должны считаться общественным достоянием. Вместе с тем использование произведений, защищенных авторским правом, для обучения искусственного интеллекта не должно считаться нарушением прав автора²².

С XV в. авторское право претерпевало изменения, расширялись границы действия авторских прав от территории государства до без-

²¹ См.: *Guadamuz A.* Artificial intelligence and copyright // *WIPO Magazine*. 2017. № 5. P. 14–19. URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2017/wipo_pub_121_2017_05.pdf (дата обращения: 02.11.2020) ; *Bhutoria S.* From Mona Lisa to Machine Learning — Artificial Intelligence and Art // URL: <https://www.artlawindia.com/post/ai-and-art> (дата обращения: 02.11.2020) ; *Senthil K., Senthil V., Mohan A.* (Intepat team). Intellectual Property Law for Artificial Intelligence // URL: https://www.intepat.com/blog/intellectual-property/intellectual-property-law-for-artificial-intelligence/?fbclid=IwAR0Szwpp3-E55ZgoNGCuzGFjNoebSU_s3bqz-sXNJC09mIMXfLIXL4WBGI (дата обращения: 02.11.2020) ; *Li Y.* Court rules AI-written article has copyright // URL: <http://www.ecns.cn/m/news/society/2020-01-09/detail-ifzsqcrm6562963.shtml?fbclid=IwAR0rk-GJrktldQYxrjFhOuWFq1-f1uWHMXdDV7gGyolaMaA1NILKuuahMkk> (дата обращения: 02.11.2020).

²² Creative Commons' statement on artificial intelligence and copyright : Second Session of the WIPO Conversation on IP and AI. 07-09.07.2020 // URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ngo_creative_commons.pdf (дата обращения: 02.11.2020).

граничного пространства сети Интернет, принимались законы от национальных до многосторонних международных договоров, способствующих защите авторских прав во всем мире в эпоху развития компьютерных технологий.

Так лицензии Creative Commons прошли путь от «первых неюридических шагов» становления

и начала регулирования трансграничных авторских отношений до юридически признанного механизма регулирования авторских прав в безграничном пространстве сети Интернет и сейчас стоят на пороге новых изменений, продиктованных технологическим прогрессом и внедрением искусственного интеллекта в жизнь человека.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Дмитриева Г. К., Луткова О. В. Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения // *Lex russica (Русский закон)*. — 2019. — № 11 (156). — С. 18–29.
2. Луткова О. В. Системообразующие принципы в общей классификации принципов правового регулирования трансграничных авторских отношений // *Актуальные проблемы российского права*. — 2018. — № 4.
3. Матвеев А. Г. Континентальная и англо-американская традиции охраны смежных прав: общее и различное // *Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки*. — 2019. — № 8. — С. 126–129.
4. Хазикова З. И. Гражданско-правовая ответственность за нарушения интеллектуальных прав в сети Интернет // *Актуальные вопросы современной науки*. — 2013. — № 28. — С. 325–334.
5. Fischman-Afori O. The Evolution of Copyright Law and Inductive Speculations as to Its Future // *Journal of Intellectual Property Law*. — 2012. — Vol. 19. — Iss. 2. — P. 250–251.
6. Guadamuz A. Artificial intelligence and copyright // *WIPO Magazine*. — 2017. — № 5. — P. 14–19.
7. Lessig L. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. — Random House, 2001.

Материал поступил в редакцию 3 ноября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Dmitrieva G. K., Lutkova O. V. Nacionalnye mekhanizmy regulirovaniya transgranichnyh avtorskih otnoshenij, obektom kotoryh yavlyayutsya sirotskie proizvedeniya // *Lex russica (Russkij zakon)*. — 2019. — № 11 (156). — S. 18–29.
2. Lutkova O. V. Sistemoobrazuyushchie principy v obshchej klassifikacii principov pravovogo regulirovaniya transgranichnyh avtorskih otnoshenij // *Aktualnye problemy rossijskogo prava*. — 2018. — № 4.
3. Matveev A. G. Kontinentalnaya i anglo-amerikanskaya tradicii ohrany smezhnyh prav: obshchee i razlichnoe // *Gumanitarnye, socialno-ekonomicheskie i obshchestvennye nauki*. — 2019. — № 8. — S. 126–129.
4. Hazikova Z. I. Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost za narusheniya intellektualnyh prav v seti Internet // *Aktualnye voprosy sovremennoj nauki*. — 2013. — № 28. — S. 325–334.
5. Fischman-Afori O. The Evolution of Copyright Law and Inductive Speculations as to Its Future // *Journal of Intellectual Property Law*. — 2012. — Vol. 19. — Iss. 2. — P. 250–251.
6. Guadamuz A. Artificial intelligence and copyright // *WIPO Magazine*. — 2017. — № 5. — P. 14–19.
7. Lessig L. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. — Random House, 2001.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.149-160

Б. А. Шахназаров*

Сравнительное правоведение и установление содержания норм иностранного права в условиях современных вызовов

Аннотация. В условиях глобализации, региональной интеграции государств, свободной торговли, с одной стороны, а с другой — в условиях современных вызовов, связанных с различного рода ограничениями (санкции, ограничения, вызванные пандемией COVID-19, и т. д.) и развитием технологий, все в большей степени проявляются различия между правовыми системами государств. Сравнительное правоведение способствует процессам унификации и гармонизации, позволяет учитывать зарубежный опыт в нормотворческой деятельности, достигать понимания норм иностранного права, помогает в установлении их содержания для последующей правоприменительной деятельности в случаях, когда коллизионные нормы отсылают к иностранному праву при регулировании частноправовых отношений. Реализация частноправовых отношений претерпела ряд ограничений, но трансформировалась с учетом внедрения информационных технологий. Исследуется роль сравнительного правоведения в понимании характера источников права, их значения в регулировании тех или иных общественных отношений. Анализируются некоторые особенности установления содержания норм иностранного права. В статье акцентируется внимание на самостоятельном установлении содержания норм иностранного права судом, а также на особенностях привлечения для этих целей экспертов. Современные условия развития информационных технологий, равно как и различного рода ограничения, служат своеобразным триггером развития сравнительно-правового метода в правоприменительной деятельности.

Ключевые слова: сравнительное правоведение; метод; информационные технологии; иностранное право; правовые системы; установление содержания норм; современные вызовы; пандемия; источники права; эксперты.

Для цитирования: Шахназаров Б. А. Сравнительное правоведение и установление содержания норм иностранного права в условиях современных вызовов // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 149–160. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.149-160.

© Шахназаров Б. А., 2021

* Шахназаров Бениамин Александрович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
ben_raf@mail.ru

Comparative Jurisprudence and the Establishment of the Content of Foreign Law in the context of Modern Challenges

Benjamin A. Shakhnazarov, Cand. Sci. (Law), Docent, Associate Professor, Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
ben_raf@mail.ru

Abstract. In the context of globalization, regional integration of states, free trade, on the one hand, and on the other, in the context of modern challenges associated with various kinds of restrictions (sanctions, restrictions caused by the COVID-19 pandemic, etc.), with the development of technologies, more and more differences are manifested in the legal systems of different states. Comparative jurisprudence contributes to the processes of unification and harmonization, makes it possible to take into account foreign experience in rule-making activities, to achieve an understanding of the norms of foreign law, helps in establishing their content for subsequent law enforcement activities based on the norms of foreign law, in the case when conflict rules refer to foreign law when regulating private law relationships. The implementation of private law relations today has undergone a number of restrictions, but has been transformed taking into account the introduction of information technologies. The role of comparative jurisprudence in understanding the nature of the sources of law, their significance in the regulation of certain social relations is investigated. Some features of establishing the content of the norms of foreign law are analyzed. The paper focuses on the independent establishment of the content of the norms of foreign law by the court, as well as on the peculiarities of attracting experts for these purposes. Modern conditions for the development of information technologies, as well as various kinds of restrictions, serve as a kind of trigger for the development of the comparative legal method in law enforcement.

Keywords: comparative jurisprudence; method; information technology; foreign law; legal systems; establishing the content of norms; modern challenges; pandemic; sources of law; experts.

Cite as: Shakhnazarov BA. Sravnitelnoe pravovedenie i ustanovlenie soderzhaniya norm inostrannogo prava v usloviyakh sovremennykh vyzovov [Comparative Jurisprudence and the Establishment of the Content of Foreign Law in the context of Modern Challenges]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):149-160. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.149-160. (In Russ., abstract in Eng.).

В условиях глобализации, региональной интеграции государств, свободной торговли, и в то же время с учетом современных вызовов, связанных с различного рода ограничениями (санкции, ограничения, вызванные пандемией COVID-19, и т. д.), развитием технологий, все в большей степени проявляются различия правовых систем разных государств и, как следствие, возникает необходимость модернизации правового регулирования разнообразных общественных отношений в контексте процессов гармонизации и унификации. Такие процессы, как известно, происходят довольно медленно.

Данная проблематика осложняется политическими факторами, социальным и экономиче-

ским неравенством государств. В обозначенных условиях нормотворческая и правоприменительная деятельность по совершенно различным направлениям в разных государствах может различаться кардинально, что, в свою очередь, не способствует стабильности и прогнозируемости правового регулирования трансграничных отношений. Эффективность правового регулирования трансграничных отношений, равно как и внутригосударственных отношений, осуществляемого без учета зарубежного опыта правового регулирования, остается под сомнением.

Сравнительное правоведение, именуемое в зарубежной доктрине даже сравнительным правом (comparative law)¹, в этом контексте в со-

¹ Eberle E. J. The Methodology of Comparative Law // Roger Williams University Law Review. Vol. 16. Iss. 1. Art. 2. P. 51. URL: http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol16/iss1/2 (дата обращения: 21.02.2021).

временных условиях глобального миропорядка приобретает очень большое значение, позволяя выработать и принимать наиболее эффективные нормотворческие и правоприменительные решения. Задачами сравнительного правоведения среди прочих, с учетом его методологии, являются формирование основ понимания роли, характера и содержания правового регулирования в разных странах, выделение общего и различного в правовых системах разных государств, общего и частного в правовом регулировании конкретных отношений на основе подходов, реализованных в разных правовых системах.

Суть сравнительного правоведения в общих чертах заключается в сравнении норм права одного государства с нормами права другого государства. Чаще всего основу для сравнения представляет иностранное право, которое противопоставляется пониманию собственного права лица, занимающегося сравнительным правоведением. В основу сравнения может быть положено и большее количество правовых систем. При этом необходимо понимать, что при сравнении целесообразно учитывать правовую культуру, принадлежность государства к той или иной правовой семье, роль правоприменительной практики и доктрины. Эффективное сравнение, которое сопровождается выявлением и сопоставлением релевантных норм права, пониманием их официального толкования, точным терминологическим анализом и сопоставлением, способствует как стабильности и прогнозируемости нормотворчества и правоприменения, так и сближению правовых систем, что в конечном итоге коррелирует с интересами субъектов трансграничных отношений.

Сравнительное правоведение позволяет достичь и понимания норм иностранного права, в ряде случаев преследуя цель установления содержания норм иностранного права для последующей правоприменительной деятельности на основе норм иностранного права, в случае, когда коллизионные нормы отсылают к иностранному праву при регулировании частноправовых отношений. После Второй мировой войны появление и развитие сравнительного

права (особенно в США, из-за потока европейских мигрантов) в ряде случаев влекло за собой поиск универсальных принципов права, выходящих за рамки национальной правовой культуры. Такая деятельность имеет международно-правовые основы, прежде всего в области частного права (деятельность ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА), а в некоторых случаях — для установления фундаментальных правовых основ и в публичном праве (например, Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Конвенция ООН о правах ребенка 1989 г.)².

При этом стоит обратить внимание на то обстоятельство, что международный договор в современном миропорядке — не самый распространенный источник права, а государствам, несмотря на то что теория права международных договоров достаточно развита, не так уж просто в современных условиях договариваться по различным вопросам общественных отношений. Современные вызовы, связанные с распространением COVID-19, развитием информационных технологий, упрощением реализации дистанционных отношений и, как следствие, увеличением числа нарушений прав субъектов трансграничных отношений, зачастую опережают право. Национальное право не всегда успевает за современными вызовами, государства выжидают развития соответствующих отношений, уделяя это время выработке наиболее эффективных нормативных и правоприменительных решений, что нередко вызывает общественный резонанс ввиду сложности соответствующих отношений. На международном же уровне еще сложнее урегулировать соответствующие отношения, поскольку необходимо согласовать общественные интересы нескольких государств. Унификация, таким образом, не является основным средством преодоления коллизий правовых систем разных государств.

Так, пандемия COVID-19 привела к необходимости осуществления сравнительно-правовых исследований. Процессы глобализации и роста интенсивности политического, социального, культурного и экономического взаимодействия между государствами, публичными и частными

² См.: Eberle E. J. Op. cit. P. 53.

организациями, физическими лицами по всему миру, равно как и различие национальных внутригосударственных мер в ответ на вызовы, связанные с распространением COVID-19, повлияли на необходимость проведения активных и более качественных сравнительно-правовых исследований с целью выработки своевременных и оптимальных правовых решений современных общественных проблем.

Кризис общественных отношений и, в определенном смысле, кризис права (его запретительный уклон), связанные с распространением COVID-19, обусловлены серьезным социальным напряжением и трансформацией общественных отношений, отношений между субъектами частного права в условиях ограничений. Ограничения, связанные с пересечением государственных границ, иные социальные ограничения (запреты посещать общественные места и даже запреты покидать жилые помещения, обязанность использовать средства индивидуальной защиты, соблюдать социальную дистанцию, трансформация рабочего процесса и т. д.), использование современных информационных технологий, в частности технологий искусственного интеллекта, в целях обеспечения соблюдения обозначенных ограничений могут и должны быть предметом сравнительного правоведения в контексте выработки сходных эффективных правовых решений и стабилизации социальной обстановки в мире.

Как отмечается в зарубежной доктрине, методология сравнительного правоведения может быть использована для определения рисков и правовых методов работы с рисками (медицинские риски, финансовые риски, риски, связанные с поездками, риски психических расстройств, риски распространения фейковых новостей в социальных сетях, предотвращение рисков, оценка рисков, правонарушения и т. д.)³, а также для определения, выбора или формирования эффективной модели предотвращения рисков и борьбы с негативными последствия-

ми, в том числе в контексте распространения COVID-19.

В качестве методик сравнительного правоведения в план сравнительного исследования могут быть включены технологии работы с кризисами, основанные на положительных результатах преодоления предыдущих кризисов, использование внешних источников права при предварительном анализе действующих внутригосударственных норм права⁴, а также потенциала правового регулирования тех или иных общественных отношений внутригосударственными правовыми средствами на основе сопоставления с иностранными правовыми нормами, выявления общего и различного, определения путей совершенствования национально-правового регулирования самобытным путем или посредством рецепции иностранных правовых моделей. Кроме того, необходимо учитывать и то обстоятельство, что сравнительное правоведение как метод познания правовой действительности может быть использовано в правоприменительных целях при определении права, подлежащего применению, равно как и при установлении содержания норм иностранного права, их адекватном восприятии для целей применения в иностранной правовой среде с учетом положений о публичном порядке, императивных нормах, а также в контексте дальнейшего возможного исполнения соответствующих решений правоприменительных органов и т. д. Так, например, согласно п. 2 ст. 1187 ГК РФ, если при определении права, подлежащего применению, юридические понятия, требующие квалификации, не известны российскому праву или известны в ином словесном обозначении либо с другим содержанием и не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом, то при их квалификации может применяться иностранное право. В обозначенном контексте именно сравнительное правоведение позволяет уяснить истинное содержание «иностранного» юриди-

³ *Marique Yseult*. COVID-19 in comparative perspectives. 20.07.2020 // URL: <https://british-association-comparative-law.org/2020/07/20/COVID-19-in-comparative-perspectives-call-for-blog-pieces-15-september-2020/> (дата обращения: 21.02.2021).

⁴ См.: *Marique Yseult*. Op. cit.

ческих понятий, поскольку в данном случае осуществляется восприятие таких понятий не просто с учетом их официального толкования в стране происхождения, а прежде всего с учетом эквивалентного или, если таковое невозможно, адекватного восприятия соответствующей категории в условиях российской правовой среды.

Вместе с тем стоит отметить, что объектом сравнительного правоведения является компаративный элемент правовой действительности абстрактного характера без учета особенностей национально-правового восприятия. При этом в качестве таких элементов могут выступать правовые системы, характеризующиеся формально-правовым характером, наличием общесемейных признаков в отношении компонентов; материально-правовые образования — отрасли иностранного права, иностранные правовые институты и нормы иностранного права, являющиеся компаративными конструкциями правового характера, выделяемые на основе нормативных и социальных рамок своего функционирования, что необходимо учитывать при соответствующем восприятии, применении иностранных норм в иной социальной и нормативной реальности; юридическая практика и правовая доктрина, выступающие объектами сравнительно-правовой науки как элементы внешней формы правовой действительности без учета национально-правовых подходов того или иного государства⁵. Особую сложность, как представляется, имеет последний из обозначенных компаративных элементов ввиду того, что именно юридическая практика и правовая доктрина воплощают в себе различные особенности восприятия норм права.

Сопоставляя правоприменительную практику одного государства с нормами права или правоприменительной практикой другого государства с учетом официального толкования в

стране происхождения, правоприменительному органу, осуществляющему компаративистское исследование, надлежит воспринимать соответствующий объект исследования в нормативном комплексе соответствующей правовой системы, установив системные связи между нормами права в конкретной стране и сопоставив их с нормами права государства, где осуществляется правоприменительная деятельность, или с нормами права третьего государства, выработав при этом соответствующее характеру отношений решение на основе релевантных норм с их адекватным восприятием.

С точки зрения доктринальных целей и задач сравнительное правоведение направлено на достижение аналитического результата, позволяющего решать общетеоретические проблемы. Такой анализ и соответствующие выводы о совершенствовании правовой модели регулирования тех или иных общественных отношений, которые достигаются в процессе сравнительно-правового исследования компаративистом, позволяют формировать доктринальные позиции универсального и обобщающего характера. В то же время некоторые уже выработанные в национальной доктрине понятия зачастую нуждаются в уточнениях с учетом зарубежного опыта и мировой правовой мысли⁶. Так, например, в контексте теории права в настоящее время сохраняются активные дискуссии о системе права, ее соотношении с системой законодательства, и в обозначенном контексте исследования компаративистов свидетельствуют, что даже наличие сходных норм, институтов, отраслей права в двух правовых системах не всегда позволяет говорить о принадлежности их к одной правовой семье⁷, что, в свою очередь, свидетельствует о сохранении разных правовых культур, правовых ценностей, различных подходов к пониманию права, правовой природе

⁵ См.: Егоров А. В. Сравнительное правоведение как самостоятельное направление правовых исследований // Актуальные проблемы сравнительного правоведения: теория и практика : сборник научных статей. Витебск, 2017. С. 78–81.

⁶ См.: Засыпкин М. А. «Сравнительное правоведение» как интегративная дисциплина // Интегративное обучение в вузе: возможности, опыт, перспективы : материалы Международной учебно-методической конференции. Омск, 2011. С. 100–101.

⁷ См.: Засыпкин М. А. Указ. соч.

одних и тех же явлений и понятий в разных правовых системах, несмотря на наличие сходных норм права, что, как представляется, должно учитываться правоприменителем.

В результате реализации методов сравнительного правове­дения происходит более точное понимание характера источников права и их значения в регулировании тех или иных общественных отношений. Зачастую правильное понимание источника права возможно исключительно при осуществлении сравнительно-правового исследования, например в случаях, когда необходимо определить значение международного договора для регулирования конкретных отношений в двух и более правовых системах. Здесь тоже сохраняются известные проблемы, связанные с коллизионно-правовым регулированием трансграничных отношений и пониманием его соотношения и взаимодействия с материально-правовым регулированием тех же отношений. Так, в п. 3 ст. 1186 ГК РФ отмечается, что, если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается.

В пункте 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» приводится пример, согласно которому ст. 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов 1956 г. определяется размер подлежащей возмещению суммы за ущерб, вызванный полной или частичной потерей груза, ст. 22 Монреальской конвенции 1999 г. — пределы ответственности в отношении задержки при воздушной перевозке, уничтожения, утери, повреждения или задержки багажа и груза. Материально-правовые нормы международных договоров РФ, в частности положения обозначенных между-

народных договоров, по логике законодателя и Верховного Суда РФ исключают применение коллизионных норм. Однако здесь могут возникнуть некоторые проблемы правоприменения. Так, например, Монреальская конвенция 1999 г. является так называемым несо­моисполнимым международным договором (в п. 3 ст. 53 Конвенции сказано, что она подлежит ратификации государствами и региональными организациями экономической интеграции, которые ее подписали⁸), а это по общему правилу означает, что ее положения применяются опосредованно через положения национального законодательства РФ, в которое вносятся изменения на основе принятых международных норм (в частности, Воздушный кодекс РФ). Несмотря на то что положения несо­моисполнимых международных договоров, как представляется, все же могут применяться непосредственно, стоит отметить, что суды далеко не всегда придерживаются такой позиции, принимая решения на основе имплементированной (трансформированной) в российское законодательство нормы международного договора. Однако такая трансформация в законодательстве разных стран может произойти по-разному в силу ряда причин: такую гибкость может допустить сама международная норма, разное восприятие положений международных договоров в национальном законодательстве может произойти и по причине культурных, ментальных различий, а также ввиду неабсолютной эквивалентности перевода текста международного договора. Соответственно, условно, но все же можно заключить, что разрешение трансграничного спора на основе международного договора, минуя применение коллизионно-правовой нормы и решение коллизионно-правового вопроса как такового, хотя и преследует благие цели достижения единообразной правоприменительной практики на международном уровне по конкретным отношениям, но все же будет сводиться к толкованию положений международного договора с восприятием их в контексте национального

⁸ Россия присоединилась к Монреальской конвенции посредством принятия Федерального закона от 03.04.2017 № 52-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок».

законодательства государства, где осуществляется рассмотрение спора по конкретному делу.

В обозначенном контексте стоит также отметить, что даже универсальные международные договоры далеко не всегда принимаются большим числом государств, что свидетельствует об относительном характере такой конструкции правоприменения, когда международный договор одной страны (в рассмотренном случае международный договор, в котором участвует РФ безотносительно к остальным участникам договора) автоматически снимает коллизионно-правовой вопрос, поскольку отношение может быть осложнено таким иностранным элементом, который связывает его с государством, не являющимся участником международного договора.

В то же время в рассматриваемом постановлении Пленума ВС РФ отмечается, что по вопросам, которые не разрешены в международном договоре Российской Федерации, применимое внутригосударственное право определяется с помощью коллизионных норм, которые могут содержаться как в нормах международных договоров, так и в нормах внутригосударственного права Российской Федерации. В качестве примера приводится Венская конвенция 1980 г., из сферы действия которой, как отмечается, выпадают вопросы действительности договора купли-продажи или каких-либо из его положений, а также последствий, которые может иметь этот договор в отношении права собственности на проданный товар (ст. 4). Таким образом, если соответствующий договор международной купли-продажи входит в сферу действия Венской конвенции 1980 г., часть отношений сторон (например, условия возмещения убытков и их размер) будет регулироваться исключительно положениями Венской конвенции 1980 г., а другая часть (например, недействительность договора) — законодательством страны, определенным в соответствии с коллизионными нормами.

Как представляется, наличие декларативных, диспозитивных норм международных договоров, равно как и неоднозначное восприятие конкретных норм международных договоров в национальном законодательстве разных стран, может привести к различным решениям

по одному и тому же спору в разных странах. Не умаляя достоинств международных договоров, стоит отметить, что для целей эффективного регулирования частноправовых отношений, и прежде всего трансграничных частноправовых отношений, коллизионно-правовой вопрос при осложнении отношений иностранным элементом на данном этапе развития права в современных условиях глобализации должен ставиться всегда при разрешении трансграничных частноправовых споров. В свою очередь, международный договор как часть правовой системы того или иного государства, право которого определено в качестве применимого по спору, должен применяться в качестве эффективного унифицирующего (в том числе разрешение споров) источника права.

Сравнительное правоведение в этом контексте позволяет уяснить суть источников права, их соотношение друг с другом, порядок применения и соответствующую иерархию правовых норм. Обозначенное актуально и ввиду того, что нормы иностранного права могут быть признаны источником права и в другой стране.

Так, в п. 1 упомянутого ранее постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 отмечается необходимость определения применимого права судами общей юрисдикции и арбитражными судами на основании норм международного частного права в случае, когда участником гражданско-правового отношения является иностранное лицо либо гражданско-правовое отношение осложнено иным иностранным элементом, в том числе когда объект гражданских прав находится за границей. При этом в том же пункте 1 постановления конкретизируются источники права, на основании которых суды рассматривают осложненные иностранным элементом отношения: нормы Конституции Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права, нормы международных договоров и акты международных организаций, внутригосударственные нормы права Российской Федерации и права других государств (иностранное право), обычаи, признаваемые в Российской Федерации. То есть нормы права других государств (иностранное право) вводятся в систему источ-

ников права посредством коллизионных норм. Для современного права государств романо-германской правовой семьи это обычная практика, которая выглядит логично, оправданно и разумно в контексте понимания коллизионно-правового регулирования через призму возможной отсылки к иностранной правовой системе и восприятия иностранного права как системы норм, подлежащих применению с учетом их официального толкования, практики применения и доктрины в соответствующем иностранном государстве.

Кроме того, обращает на себя внимание и то обстоятельство, что Верховный Суд РФ в рассматриваемом постановлении к источникам внутригосударственного права Российской Федерации, содержащим нормы международного частного права, относит, в частности, Гражданский кодекс РФ (разд. VI «Международное частное право»), Семейный кодекс РФ (разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства»), Кодекс торгового мореплавания РФ (гл. XXVI «Применимое право»), п. 1 ст. 1186 Гражданского кодекса РФ, ч. 5 ст. 11 Гражданского процессуального кодекса РФ, ч. 5 ст. 13 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

То есть Верховный Суд однозначно посчитал, что в нормативный состав международного частного права входят и процессуальные нормы (ГПК РФ и АПК РФ), хотя и указывающие на применение иностранного права, но носящие публичный характер, что представляется не совсем научно обоснованным, но максимально целесообразным и прагматичным шагом. Также к источникам внутригосударственного права Верховный Суд отнес Конституцию РФ, разделив ее с внутригосударственными нормами права РФ и отметив тем самым ее особую роль, а также акты международных организаций. Что касается последних, то они также играют немаловажную роль в сравнительном правоведении, позволяя выделять и апеллировать обобщенными понятиями и положениями, выработанными международными организациями для целей унификации, а также гармонизации правовых систем различных государств.

Очевидно, целенаправленно акцентируется внимание на необходимости в определенных случаях применять иностранное право, что является важнейшим вопросом международного частного права при разрешении трансграничных споров (споров, осложненных иностранным элементом).

При этом необходимо учитывать особенности установления содержания норм иностранного права, для правильного осуществления которого важную роль играет сравнительное правоведение.

Статья 1191 ГК РФ не закрепляет четких методик по установлению содержания норм иностранного права для суда, отмечая лишь, что это необходимо сделать в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. В данной статье также устанавливается, к кому суд может обратиться за содействием и разъяснением по этому вопросу. Согласно общему правилу, это Министерство юстиции Российской Федерации и иные компетентные органы или организации в Российской Федерации и за границей, возможно и привлечение экспертов. Суд может использовать документы, подтверждающие содержание норм иностранного права, поступающие от сторон по их инициативе. По требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, обязанность по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права может быть возложена судом на стороны. Обозначенные правила установления содержания норм иностранного права воспроизведены и в ст. 14 АПК РФ «Применение норм иностранного права», а также в ст. 166 СК РФ.

Как отмечает А. В. Асосков, институт установления содержания иностранного права является «горлышком от бутылки» международного частного права, миновать которое не может ни один юрист, сталкивающийся с необходимостью определения перспектив применения иностранного права в судах и иных правоприменительных органах», и несмотря на то что данная стадия находится в самом конце решения проблемы определения применимого материального права, от ее успешного и эффективного

решения в значительной степени зависит достижение целей и принципов коллизионного регулирования⁹. При этом необходимо понимать, что отношение к иностранному праву в разных странах может различаться. Так, например, в Великобритании еще в 1933 г., рассматривая дело *Lazard Brothers and Co. v. Midland Bank*, судья указал, что иностранное право является вопросом факта и не считается общеизвестным для английского суда, даже если содержание соответствующих норм было уже установлено в ранее рассмотренном деле, поэтому оно должно быть доказано сторонами с помощью показаний компетентных экспертов¹⁰.

Возможность обращения за содействием в установлении содержания норм иностранного права в министерства юстиции и иностранные судебные органы предусмотрена также рядом международных договоров о правовой помощи¹¹, в частности Европейской конвенцией об информации относительно иностранного законодательства 1968 г.; Соглашением о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.; Конвенцией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.; Соглашением об обмене правовой информацией 1994 г. В этом контексте можно привести и международный договор, в котором РФ не участвует, — Межамериканскую конвенцию о доказательствах и информации относительно иностранного права 1979 г., в которой участвуют более 10 стран.

Среди прочих способов установления содержания норм иностранного права хотелось бы остановиться на возможности суда делать это самостоятельно, которая вытекает из положений п. 1 и п. 2 ст. 1191 ГК РФ. Так, суд может использовать любые достоверные сведения об

иностранном праве, официальном толковании, практике применения норм права и доктрине в соответствующем иностранном государстве. В том числе такие сведения могут находиться в открытых интернет-источниках. Например, *legifrance.fr* является официальным веб-сайтом правительства Франции для публикации законодательства, подзаконных актов и правовой информации; *legislation.gov.uk* — официальный источник законодательства Великобритании, содержащий нормативные правовые акты с 1267 г. по настоящее время и администрируемый Национальным архивом от имени правительства Великобритании.

В России согласно ст. 9.1 Федерального закона от 14.06.1994 № 5-ФЗ (ред. от 01.05.2019) «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» Официальный интернет-портал правовой информации (*www.pravo.gov.ru*) является сетевым изданием, где размещаются федеральные конституционные законы, федеральные законы, международные договоры, вступившие в силу для Российской Федерации, и др.

Использование современных информационных технологий для поиска, анализа законодательства иностранных государств, реализация в большинстве государств справочно-правовых систем, официальных правовых ресурсов, интернет-порталов правовой информации, активная модернизация технологий искусственного интеллекта, позволяющих делать все более качественные переводы, автоматизировать поиск и аналитику правовых материалов, позволяют упростить процесс установления содержания норм иностранного права. При этом эффективно работать с такими инструментами судьи могут, постоянно совершенствуя свои компетенции

⁹ См.: *Асосков А. В.* Рецензия на монографию Д. А. Хоцанова «Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве» // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1 (5). С. 276.

¹⁰ *Morris J. H. C. Cases on Private International Law.* Oxford : Clarendon Press, 1960. P. 40–42. См. также: *Хоцанов Д. А.* Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. М. : Инфотропик Медиа, 2013.

¹¹ См.: *Валетова Ю. А.* О некоторых способах установления содержания иностранного права судами Российской Федерации // Достижения вузовской науки. 2013. № 6. С. 192–193.

в сравнительном правоведении, уяснении основных подходов к пониманию иностранных норм прав в их комплексной взаимосвязи с учетом принадлежности к той или иной правовой семье, характерных особенностей правовой системы либо прибегая к помощи экспертов, которыми могут быть специалисты в сфере сравнительного правоведения, международного частного права, иностранные эксперты (ученые и практикующие юристы).

В условиях пандемии COVID-19 возросла роль онлайн-инструментов, которые активно используются во все большем количестве юрисдикций на различных этапах судопроизводства (от подачи документов в суд в электронном виде до проведения заседаний онлайн). Повсеместное проведение судебных заседаний в онлайн-формате в условиях пандемии может и в дальнейшем быть эффективной основой для развития взаимодействия судов с экспертами, в том числе иностранными, посредством онлайн-инструментов (в частности, видеоконференции, электронная переписка, чаты).

Что касается привлечения экспертов в процессе установления содержания норм иностранного права, то стоит отметить, что при соответствующих гарантиях объективности, независимости и компетентности экспертов такой метод выявления и уяснения норм иностранного права представляется наиболее быстрым и эффективным.

Вместе с тем необходимо понимать, что суды при установлении содержания норм иностранного права не ограничены обязанностью использования какого-то одного способа. Определенная свобода в способах и методах установления истинного содержания актуальных норм иностранного права позволяет судам использовать метод сравнительного правоведения на всех этапах разрешения коллизии права (от выбора коллизионной нормы до правоприменения на основе любых возможных источников иностранного права). При этом компаративистика в такой деятельности суда может быть как непосредственной, так и опосредованной,

когда сопоставление норм иностранного права, зарубежных юридических понятий, судебной практики, научных позиций с отечественными, равно как и с иностранными, реализуется независимым экспертом, к которому суд вправе обратиться. Инициировать такое обращение могут и стороны, что происходит довольно часто и позволяет объективировать правовую позицию по делу, сделать ее научно обоснованной.

Указание на возможность привлечения экспертов при установлении содержания норм иностранного права, закрепленное в нормах материального (ст. 1191 ГК РФ, ст. 166 СК РФ) и процессуального законодательства (ст. 14 АПК РФ), порождает проблему квалификации такой экспертизы. Представляется, что, несмотря на превалирующую позицию, что такая экспертиза именно в контексте установления содержания норм иностранного права (но никак не отечественного, поскольку презюмируются глубокие познания суда в отечественном праве) может осуществляться по нормам АПК РФ, применимым к экспертизе, а такие эксперты являются лицами, содействующими осуществлению правосудия (ст. 54 АПК РФ)¹², деятельность по установлению содержания норм иностранного права, предусмотренная вышеуказанными нормами ГК РФ и СК РФ, является экспертизой *suī generis* (особого рода). Обозначенный вывод особенно актуален применительно к гражданскому судопроизводству, поскольку ГПК РФ не содержит четких указаний по процедурам установления содержания норм иностранного права и квалификации соответствующей экспертной деятельности.

Кроме того, стоит согласиться с позицией В. А. Канашевского, согласно которой представленные сторонами документы, подтверждающие информацию об иностранном праве, в том числе заключение по иностранному праву, аффидевит, не нуждаются в каком-либо официальном заверении, в частности на них не распространяются требования о легализации или апостилировании¹³, поскольку документы, содержащие

¹² См.: Хоцанов Д. А. Указ. соч.

¹³ Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 204–205.

информацию об иностранном праве, составленные за рубежом, не являются официальными документами, на которые распространяется действие правил о легализации или признании.

Что касается квалификации самих экспертов, то стоит отметить, что соответствующие познания и компетенции в иностранном праве могут подтверждаться различными сведениями, свидетельствующими о знании иностранного права, среди которых прежде всего необходимо выделить допуск к юридической профессии (консультационной деятельности, судебному представительству) в соответствующем государстве, подтверждаемый сертификатами, свидетельствами, статусами, удостоверениями; наличие соответствующих познаний в юридической науке, компетенций в сравнительном правоведении, которыми зачастую обладают ученые-правоведы, специализирующиеся на международном частном праве, теории государства и права, что подтверждается дипломами о высшем юридическом образовании, о присвоении ученой степени, ученого звания, дипломом переводчика по иностранному языку, документами, доказывающими факты осуществления трудовой деятельности в научных, образовательных организациях по соответствующему направлению юридической науки. Научные компетенции эксперта могут быть подтверждены и статьями в рецензируемых журналах, иных рецензируемых научных изданиях (монографии, сборники материалов конференций, сборники научных трудов и т. д.).

Особую актуальность сравнительное правоведение приобретает в условиях роста количества трансграничных споров при разрешении последних в международном коммерческом арбитраже. Международный коммерческий арбитраж — более гибкий способ разрешения трансграничных споров, чем государственное судебное разбирательство, что выражается и в подходах к определению применимого права и к иностранному праву как таковому. Так, например, согласно ст. 28 Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом

арбитраже» спор в международном коммерческом арбитраже рассматривается по общему правилу в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора, а любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. Если же стороны не определили применимое право, то применяется право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые третейский суд посчитает применимыми. С учетом обозначенного, как представляется, еще на этапе решения коллизионного вопроса третейский суд обращается к методу сравнительного правоведения и, выводя и анализируя из связанных со спором правовых систем коллизионные нормы, сопоставляя их содержание и сферу действия со спорным отношением, определяет релевантное применимое право. Отметим, что и государственные суды, как отмечалось выше, сталкиваются с подобными проблемами в контексте конфликта квалификаций, так называемого предварительного коллизионного вопроса, осуществляя квалификацию юридических понятий (в случае их неизвестности или иного восприятия в российском праве) при определении применимого права, прибегая к иностранному праву (п. 2 ст. 1187 ГК РФ), и в этой части метод сравнительного правоведения представляется основным, оправданным и подлежащим использованию для целей определения содержания спорных юридических понятий.

Таким образом, современные условия развития информационных технологий, равно как и ограничения, связанные с пандемией COVID-19, служат своеобразным триггером развития сравнительно-правового метода в правоприменительной деятельности и прежде всего при установлении содержания норм иностранного права, форсируя и упрощая дистанционные способы коммуникации, поиска, сбора, обработки и анализа информации.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Асосков А. В.* Рецензия на монографию Д. А. Хоцанова «Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве» // Вестник международного коммерческого арбитража. — 2012. — № 1 (5).
2. *Валетова Ю. А.* О некоторых способах установления содержания иностранного права судами Российской Федерации // Достижения вузовской науки. — 2013. — № 6.
3. *Егоров А. В.* Сравнительное правоведение как самостоятельное направление правовых исследований // Актуальные проблемы сравнительного правоведения: теория и практика : сборник научных статей. — Витебск, 2017.
4. *Засыпкин М. А.* «Сравнительное правоведение» как интегративная дисциплина // Интегративное обучение в вузе: возможности, опыт, перспективы : материалы Международной учебно-методической конференции. — Омск, 2011.
5. *Канашевский В. А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. — М. : Волтерс Клувер, 2008.
6. *Хоцанов Д. А.* Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. — М. : Инфотропик Медиа, 2013.

Материал поступил в редакцию 28 февраля 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Asoskov A. V. Recenziya na monografiyu D. A. Hocanova «Ustanovlenie soderzhaniya inostrannyh pravovyh norm v mezhdunarodnom chastnom prave» // Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha. — 2012. — № 1 (5).
2. Valetova Yu. A. O nekotoryh sposobah ustanovleniya soderzhaniya inostrannogo prava sudami Rossijskoj Federacii // Dostizheniya vuzovskoj nauki. — 2013. — № 6.
3. Egorov A. V. Sravnitelnoe pravovedenie kak samostoyatelnoe napravlenie pravovyh issledovanij // Aktualnye problemy sravnitel'nogo pravovedeniya: teoriya i praktika : sbornik nauchnyh statej. — Vitebsk, 2017.
4. Zasyupkin M. A. «Sravnitelnoe pravovedenie» kak integrativnaya disciplina // Integrativnoe obuchenie v vuze: vozmozhnosti, opyt, perspektivy : materialy mezhdunarodnoj uchebno-metodicheskoy konferencii. — Omsk, 2011.
5. Kanashevskij V. A. Vneshneekonomicheskie sdelki: materialno-pravovoe i kollizionnoe regulirovanie. — M. : Volters Kluver, 2008.
6. Hocanov D. A. Ustanovlenie soderzhaniya inostrannyh pravovyh norm v mezhdunarodnom chastnom prave. — M. : Infotropik Media, 2013.

ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ ПРАВО

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.161-168

М. Д. Сутягин*

Системы планирования и развития территорий на примере зарубежных стран

Аннотация. Статья посвящена изучению зарубежного опыта правового регулирования систем планирования и развития территорий. Для изучения был выбран опыт США и Германии. Рассматривается структура землепользования по различным органам власти, основные законодательные акты в области планирования землепользования, проблемы регулирования землепользования в зарубежных странах, а также перспективные направления развития законодательства в области планирования и использования земель. Наибольшее внимание уделяется планированию землепользования в зарубежных странах на региональном и местном уровнях. В результате исследования были выявлены различия, имеющие основополагающее значение в правовом регулировании землепользования и определении правового режима земель и земельных участков; отмечены направления, в которых должно развиваться отечественное законодательство для более эффективного регулирования землепользования, в частности зонирование территорий и улучшение общественного участия в области принятия документов территориального планирования и изменения видов зон земельных участков.

Ключевые слова: землепользование; планирование землепользования; правовой режим земель; зонирование земель; категории земель; формы собственности на землю; землеустройство; частная собственность; правовое регулирование землепользования; правовое регулирование зонирования.

Для цитирования: Сутягин М. Д. Системы планирования и развития территорий на примере зарубежных стран // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 161–168. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.161-168.

Systems of Planning and Development of Territories: Foreign Countries Cases

Maksim D. Sutyagin, Postgraduate student, Department of Land Law, State University of Land Management, Senior Expert of the Real Estate Department of the AHU, JSC RESO-Garantia ul. Kazakova, d. 10/2, build 1, Moscow, Russia, 105064
sutagin@mail.ru

Abstract. The paper is devoted to the study of foreign experience of legal regulation of systems of planning and development of territories. The experience of the USA and Germany was chosen for the study. The paper examines

© Сутягин М. Д., 2021

* Сутягин Максим Дмитриевич, аспирант кафедры земельного права Государственного университета по землеустройству, старший эксперт отдела недвижимости АХУ, САО «РЕСО-Гарантия» ул. Казакова, д. 10/2, стр. 1, г. Москва, Россия, 105064
sutagin@mail.ru

the structure of land use by various authorities and the main legislative acts in the field of land use planning. Attention is given to the main problems of land use regulation in foreign countries, as well as promising directions for the development of legislation in the field of planning and land use. The greatest attention is given to land use planning in foreign countries at the regional and local levels. As a result of the study, differences were identified that are fundamental in the legal regulation of land use and the determination of the legal regime of lands and land plots. The directions in which domestic legislation should be developed for more effective regulation of land use were noted, including zoning of territories and improving public participation in the adoption of territorial planning documents and changes in the types of zones of land plots.

Keywords: land use; land use planning; legal regime of lands; land zoning; land categories; forms of land ownership; land management; private property; legal regulation of land use; legal regulation of zoning.

Cite as: Sutyagin MD. Sistemy planirovaniya i razvitiya territoriy na primere zarubezhnykh stran [Systems of Planning and Development of Territories: Foreign Countries Cases]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):161-168. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.161-168. (In Russ., abstract in Eng.).

В России планирование использования земель реализуется посредством принципа «деление земель по целевому назначению на категории»¹, в соответствии с которым правовой режим определяется исходя из принадлежности к той или иной категории и виду разрешенного использования в соответствии с зонированием территории. Таким образом, исходя из этого принципа при делении земель на категории и виды разрешенного использования определяются действующие границы земель и земельных участков, осуществляется планирование их дальнейшего использования и развития. Через данный принцип реализуется также охрана особо ценных земель посредством выделения их в отдельные категории и дальнейшего особого регулирования.

Однако реализация данного принципа на практике связана с проблемами, о которых за последние годы отечественными учеными был написан ряд научных работ. Часто звучит предложение об отмене принципа деления земель на категории по целевому назначению. В пример, как правило, приводится зарубежный опыт планирования и развития территорий. Действительно, в большинстве стран отсутствует категоризация земельного фонда, но существующие там системы планирования и развития территорий также не являются совершенными и имеют свои проблемы, о которых забывает сказать большинство наших ученых, предлагающих рецепцию зарубежных правовых норм. В связи

с этим представляет интерес зарубежный опыт в области землепользования, определения правового режима земель и систем планирования и развития территорий. Детальное изучение зарубежного опыта отчасти позволит понять, действительно ли нам необходимо в полной мере перенимать практику других стран или возможно точечными изменениями, без кардинальных реформ, усовершенствовать принцип деления земель на категории по целевому назначению.

Как уже отмечалось ранее, большинство зарубежных стран не имеет четких аналогов понятия «категорий земель». В некоторых странах используется термин «таксономия», под которым понимается практика и наука о категоризации или классификации. Данный термин зачастую применяется в сельском хозяйстве для деления почв и не применим к общему определению правового режима земель и планирования их использования. В связи с этим при рассмотрении зарубежного опыта необходимо понимать, что вся терминология, связанная с категоризацией земель в российском понимании, не существует в других странах и является аналогом зарубежной терминологии, связанной с планированием землепользования и зонирования. Для примера рассмотрим опыт Соединенных Штатов Америки и Германии.

Система планирования и использования земель в Соединенных Штатах Америки будет интересна, поскольку США является одной из самых больших стран по площади

¹ Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (ред. от 15.10.2020). Ст. 1.

(9 833 517 кв. км), а экономика этой страны является первой экономикой мира. Прежде чем начать изучение систем планирования и развития территорий, необходимо отметить, что в отличие от Российской Федерации, в которой большинство земель находится в собственности государства, в Соединенных Штатах Америки большая часть земель, около 60 %, является частной собственностью, 36 % принадлежит государству, из них примерно 28 % — федеральному правительству, а чуть более 8 % находится в собственности штатов и органов местного самоуправления. Оставшаяся часть, около 3 %, находится в доверительном управлении Бюро по делам индейцев². Земли, принадлежащие федеральному правительству, распределяются между министерствами и агентствами. В связи с этим в США нет единого органа, ведущего учет всех земель, поскольку изначально земли не делятся по категориям, а передаются тому или иному министерству и ведомству, в зависимости от их реального использования. При этом в США есть Служба экономических исследований (далее — СЭИ) при Министерстве сельского хозяйства Соединенных Штатов Америки, которая примерно раз в пять лет делает отчеты об основных видах использования земли в США. Для составления данного отчета, который дает единственный перечень всех основных видов использования государственных и частных земель во всех 50 штатах, СЭИ собирает данные всех министерств, между которыми распределены земли федерального правительства, а также данные по каждому штату. В связи с этим точность данных часто имеет большую погрешность, поскольку ни одно агентство не смогло предоставить данных по всем видам землепользования и, как отмечается в исследовании, данные по видам землепользования были скорректированы на основе остаточного

количества земли после того, как все доступные данные были сведены в таблицу.

При составлении отчета в 2012 г. СЭИ Министерства сельского хозяйства выделила шесть основных категорий или видов землепользования:

- 1) пахотные земли;
- 2) пастбища;
- 3) лес, земли лесопользования;
- 4) городское и сельское жилищное использование;
- 5) зоны специального использования (земли для сельского транспорта, национальных и государственных парков, дикой природы, национальной обороны и промышленных зон, а также усадеб и фермерских дорог);
- 6) прочие виды землепользования (кладбища, поля для гольфа, болота, пустыни и другие районы «низкой экономической ценности»).

Однако такая классификация не является определяющей в установлении правового режима земель и планирования развития территорий. Основной системой планирования и развития территорий в США является зонирование территорий. Как отмечает Т. Э. Зулфугарзаде, «зонирование находится в зависимости от планировки (территориального планирования) или землеустройства, а землеустройство, в свою очередь, зависит от зонирования, что предопределяет их неразрывную взаимосвязь»³.

При этом стоит заметить, что законы и постановления о зонировании распространяются только на земельные участки, находящиеся в частной собственности. В связи с этим на федеральном уровне в США в 1976 г. был принят Закон «О федеральном землепользовании». В соответствии с данным законом учет и идентификация, а также планирование землепользования земель, находящихся в федеральной собственности, осуществляется соответствующим

² Bigelow D. P., Borchers A. Major Uses of Land in the United States, 2012 // EIB-178. U. S. Department of Agriculture. Economic Research Service. August, 2017.

³ Зулфугарзаде Т. Э. Особенности правового обеспечения зонирования земель в США // Peer-reviewed materials digest (collective monograph) published following the results of the CXXXV International Research and Practice Conference and III stage of the Championship in Economics and Management, Jurisprudence, Sociological, Political and Military sciences. 2016. С. 44.

щими министерствами. Так, в соответствии со ст. 201 данного Закона министр обязан постоянно вести учет всех государственных земель и земельных ресурсов, при этом приоритетными являются зоны повышенного экологического риска. Сведения должны постоянно обновляться, отражая изменяющиеся условия, новые ресурсы и другие ценности. В соответствии со ст. 202 министр при участии общественности обязан разрабатывать, вести и по мере необходимости пересматривать планы землепользования. Исходя из этого Закона мы видим, что учетом, классификацией и планированием земель, находящихся в федеральной собственности, занимаются соответствующие министерства.

На этом полномочия федеральных органов власти в сфере учета, классификации и планирования земель заканчиваются и в соответствии с Десятой поправкой к Конституции США «полномочия, не делегированные Соединенным Штатам Конституцией и не запрещенные для отдельных штатов, сохраняются, соответственно, за штатами либо за народом»⁴. Все основные полномочия по землеустройству и зонированию территорий, находящиеся в собственности штатов, муниципалитетов и частной собственности, в основном находятся у муниципалитетов.

Штаты разрабатывают законы о зонировании. Как правило, законы штатов о зонировании являются идентичными, поскольку разрабатываются на основе Стандартного уполномочивающего закона штата о зонировании. Законы штатов о зонировании носят общий характер и не регулируют процесс землепользования, так как эта роль отведена зонированию. На уровне штатов также разрабатываются и принимаются законы о сельскохозяйственных районах.

На местном уровне нормативная база состоит из ордонансов зонирования (более понятным для нас языком — зональных планов и процедурных правил их разработки), кроме того, на муниципальном уровне разрабатываются

законы о конверсии сельскохозяйственных земель. Зональные планы состоят из двух частей:

- 1) правила зонирования, которые включают в себя общие положения, описания требований к плану землепользования и застройки участка по зонам, для специального разрешения видов использования и др.;
- 2) карты зонирования.

Однако не все поселения в США принимают законы о зонировании, разрабатываемые местными органами власти. Как правило, такие законы принимаются в наиболее урбанизированных районах. В тех поселениях, где граждане отказались принимать закон о землепользовании или зонировании, они вправе использовать земли по своему усмотрению. Для принятия данных законов необходимо положительное решение избранного представителя того или иного поселения, чем обеспечивается широкое общественное участие при принятии законов о землепользовании и зонировании. Стоит также отметить, что в большинстве поселений, в которых были приняты законы о планировании и зонировании, создается комиссия по планированию, в полномочия которой входит: принятие комплексных планов землепользования, утверждение планов развития, выработка рекомендаций для местных органов власти.

Самыми распространенными видами зон являются: жилая, коммерческая, промышленная и сельскохозяйственная. В большинстве случаев земли, находящиеся за пределами поселений, классифицируются как сельскохозяйственные. Для всех земельных участков, находящихся в пределах одной зоны, устанавливается один правовой режим с различными видами разрешенного использования. Внесение изменений или дополнений в зональные планы возможно только путем внесения соответствующих изменений или дополнений в законодательство. В целом поправки делятся на два вида:

- 1) частные, которые характеризуются переводом земельного участка из одной зоны в другую. Такое изменение возможно только с

⁴ Десятая поправка к Конституции США // URL: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-10/#:~:text=The%20powers%20not%20delegated%20to,respectively%2C%20or%20to%20the%20people> (дата обращения: 23.11.2020).

обязательным уведомлением всех владельцев земельных участков, находящихся на определенном расстоянии от участка, зону которого планируется изменить. Как правило, такое расстояние составляет 150–200 м;

2) общие, при которых меняются параметры землеустройства и застройки внутри зоны. В разных штатах могут применяться различные виды зонирования, это будет зависеть от принятого в том или ином штате закона о зонировании. Наиболее часто применяется Евклидово зонирование, которое характеризуется разделением землепользования на определенные географические районы и размерными стандартами, устанавливающими ограничения на величину девелоперской деятельности, которая допускается на участках в пределах каждого типа района. Однако данный тип зонирования считается не гибким и устаревшим. Одной из проблем зонирования в США считается высокий уровень издержек для людей. Так, например, старший вице-президент и директор по судебным разбирательствам Института правосудия Дана Берлинер говорит о том, что «одной из основных издержек зонирования является подавление предпринимательства, нанесение ущерба малому бизнесу, а также общее снижение доходов и увеличение издержек для людей. Причем те, кто не богат, считают эти издержки наиболее обременительными»⁵.

Изучив опыт США, следует заметить, что мы не можем полноценно опираться на систему США в области планирования и развития территорий по нескольким причинам.

Во-первых, у наших стран разные показатели по формам собственности на земельные участки: в то время как в России 92,2 % всех земель находится в государственной и муниципальной собственности⁶, в Соединенных Штатах Амери-

ки в государственной собственности находится лишь 36 %.

Во-вторых, зонирование территорий подразумевает большую вовлеченность граждан в общественное обсуждение эффективного планирования. В США общественные слушания играют важную роль в системе планирования и развития территорий, отчасти это может быть связано именно с тем, что большая часть земель находится в частной собственности.

В-третьих, политическая система США устроена иначе, все основные полномочия там переданы штатам и муниципалитетам.

Для изучения европейского опыта систем планирования и развития территорий рассмотрим примеры Германии.

Немецкий опыт определения правового режима земель и планирования территорий интересен тем, что Германия, в отличие от других крупных европейских стран, имеет полицентрическую систему планирования. По государственному устройству Германия является федеративным государством, в составе которого находится 16 субъектов, так называемых федеральных земель. По данным Федерального статистического управления Германии, выделяются следующие крупные виды землепользования⁷:

- 1) сельское хозяйство (50,8 % всех земель используется для ведения сельского хозяйства). Стоит заметить, что с 2000 по 2018 г. доля земель сельскохозяйственного назначения сократилась на 2,7 процентных пункта — с 53,5 до 50,8 % от общего количества земель;
- 2) леса и лесные массивы вместе составили 30,9 % от общей площади всех земель;
- 3) поселок и транспортная зона («зона внедорожников») — третий по величине тип использования. По итогам 2018 г. он занимал 14,3 % от общей площади. В дополнение к

⁵ Land-Use Regulation: What's It Worth Anyway? // URL: <https://www.urban.org/debates/land-use-regulation-whats-it-worth-anyway/> (дата обращения: 23.11.2020).

⁶ Государственный (национальный) доклад о состоянии и использовании земель в Российской Федерации в 2018 г. // URL: <https://rosreestr.gov.ru/upload/Doc/16-upr/Госдоклад%20за%202018%20год.pdf> (дата обращения: 23.11.2020).

⁷ Официальный сайт Федерального статистического управления Германии. URL: https://www.destatis.de/DE/Home/_inhalt.html / (дата обращения: 23.11.2020).

жилым, общественным или коммерческим зонам «зона внедорожников» также включает зоны отдыха, кладбища и зоны движения транспорта;

- 4) озера, реки, каналы и близлежащие прибрежные воды занимали 2,3 % территории Германии;
- 5) оставшаяся общая площадь — это «прочие районы». К ним относятся «горнодобывающие земли», такие как гравийные или лигнитовые карьеры, а также «безземельные», такие как скалы, бывшие военные базы или бывшие отвалы, а с 2016 г. также неиспользуемые участки растительности, такие как пустоши, болота, лесные массивы и водоемы.

Стоит также отметить, что большая часть земель Германии находится в частной собственности и только около 13 % — в собственности государства.

Федеральное правительство Германии является высшим органом исполнительной власти. В связи с этим основные принципы территориального планирования закреплены в Германии Федеральным законом о региональном планировании (*Bundesraumordnungsgesetz, RoG*)⁸. В данном законе определены только общие принципы территориального планирования и не содержится прямых пространственных привязок. Законом устанавливаются правовые рамки в области территориального планирования, и в рамках этой правовой основы национальное правительство обязано предоставить федеральным землям Германии свободу действий в отношении территориального планирования. Национальное территориальное планирование имеет рамочную компетенцию и определяет общие цели, а также правовые рамки, которые являются обязательными для всех нижестоящих административных органов. Основной конституционный закон Германии предоставляет муниципалитетам право планирования в пределах своей территории.

Земли создают свои собственные правовые границы, включая внутренние организационные

инструкции по системе регионального планирования. Основным инструментом территориального планирования на уровне земель является план регионального развития. Как правило, в нем содержится одна или несколько карт и текстовая часть с дополнительными пояснениями. Данные планы регионального развития, принятые землями, относятся к текущей экономической, социальной, инфраструктурной и экологической ситуации, а также к будущему желаемому развитию.

Здесь стоит отметить, что немецкое территориальное планирование структурировано не только по принципу «сверху вниз», поскольку никакие меры вышестоящих инстанций не могут быть предприняты без консультации с низшими уровнями планирования. Это означает, что организация и развитие пространственных единиц должны соответствовать общим целям федеральной территории, а также федеральное планирование должно учитывать требования местных властей.

На муниципальном уровне территориальное планирование обеспечивается принятием двух документов:

- 1) плана развития земли (*Flächennutzungsplan*), который содержит информацию по основным видам землепользования;
- 2) детального плана по использованию земель (*Bebauungsplan*), имеющего обязательную юридическую силу. Данный план распространяется только на территории муниципалитетов и является обязательным для исполнения всеми гражданами. Содержание такого плана определено в § 9 Строительного кодекса Германии. Как правило, в большинстве случаев в данные планы интегрированы нормы по охране природы и окружающей среды.

Принятие этих правил невозможно без участия граждан. Принцип участия общественности глубоко укоренился в немецкой системе планирования. Все процедуры планирования включают участие граждан, заинтересованных в будущих мероприятиях по планированию.

⁸ *Dr. Günter Mertins, Dra. Michaela Paal. Regional Planning in Germany. Institutional framework, instruments and effectiveness // URL: <http://www.ub.edu/medame/PRMertins.pdf> (дата обращения: 24.11.2020).*

Отдельно стоит сказать про охрану земель и защиту окружающей среды. Германия, как и многие другие страны, заботится об экологии, поэтому при определении видов использования земель и земельных участков значительное внимание уделяется природоохранному законодательству.

На международном уровне, в Европейском Союзе, была принята Европейская ландшафтная конвенция, по состоянию на 1 апреля 2020 г. ее ратифицировали 40 государств — членов Совета Европы. Целью данной конвенции является содействие охране, управлению, планированию ландшафтов, организация европейского сотрудничества по проблематике ландшафтов⁹. Поскольку в России не применяется термин «ландшафт», необходимо раскрыть это понятие. В соответствии со ст. 1 Европейской ландшафтной конвенции «ландшафт» означает часть территории, в том смысле как она воспринимается таковой населением, отличительные черты которой являются результатом действия или взаимодействия природного и (или) человеческого факторов. Как указано в конвенции, все страны, которые ее ратифицировали, применяют данную конвенцию в соответствии со своим политическим, административным устройством. В Германии проявление Европейской ландшафтной конвенции можно найти в Ландшафтной программе (Landschaftsprogramm) и Региональном ландшафтном каркасном плане (Landschaftsrahmenplan). Ландшафтная программа является инструментом стратегического планирования ландшафтов на федеральном уровне. Данная программа регулирует основные требования и меры по охране окружающей среды. Правовой основой Ландшафтной программы в Германии является Федеральный закон об охране природы (Bundesnaturschutzgesetz), который также был инкорпорирован в германское законодательство в соответствии с Директивой Европейского Союза 85/337/ЕЕС. Данным законом предусмотрены некоторые ограничения

при использовании земель с целью их защиты от разрастающейся застройки, а также обязанность инвесторов компенсировать негативное воздействие на окружающую среду, однако федеральный закон об охране природы, так же как и закон о региональном планировании, устанавливает только общие принципы, которые конкретизируются в дальнейшем путем принятия землями собственного природоохранного законодательства (Landschaftsgesetze). В природоохранном законодательстве, принимаемом землями, как правило, выделяются территории, которые не подлежат застройке или иным образом жестко ограничиваются в использовании.

В Германии за последние годы было зафиксировано снижение количества земель сельскохозяйственного назначения. По данным Продовольственной и сельскохозяйственной организации ООН, тенденция к уменьшению количества сельскохозяйственных земель характерна для многих стран. В большинстве случаев это связано со значительной ограниченностью земельных ресурсов многих европейских стран и их сопутствующим развитием: разрастанием городов, развитием транспортной инфраструктуры, выносом крупных предприятий за черту города. С целью предотвращения уменьшения количества сельскохозяйственных земель в § 1a Строительного кодекса Германии закреплены положения по охране окружающей среды, которые должны применяться при составлении генерального плана, например: использование земли экономно и осторожно; территории, используемые в сельском хозяйстве в качестве лесов или под жилые помещения, должны быть преобразованы только в необходимой степени¹⁰. Отражение тенденции к сохранению земель можно найти и в Законе о региональном планировании, где в § 2 закреплены основные принципы пространственного планирования. В дополнение к уже принятым законодательным актам для улучшения ситуации в области снижения количества сельскохозяйственных

⁹ Европейская конвенция о ландшафтах (ETS № 176). Ст. 3 // URL: <http://docs.cntd.ru/document/901909720/> (дата обращения: 24.11.2020).

¹⁰ § 1a Baugesetzbuch (BauGB) Inhaltsübersicht // URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bbaugg/_1a.html/ (дата обращения: 24.11.2020).

земель была принята стратегия устойчивого развития, одной из целей которой является снижение темпов сокращения сельскохозяйственных земель.

Как отмечается в отчете Института государства и права Российской академии наук, «система планирования использования земель в Германии сильно взаимоувязана с системой дифференциации власти по различным уровням»¹¹. В этом системы планирования и развития территорий России и Германии похожи, но все же, как нам представляется, есть и некоторые кардинальные различия, одним из которых является то, что в Германии на федеральном уровне принимаются только рамочные законы, которые указывают основное направление, а основные полномочия по принятию законодательной базы планирования и развития территорий находятся на уровне регионов и муниципалитетов, в то время как в России основные законы принимаются на федеральном уровне. Кроме того, для эффективного использования

земель, в том числе и сельскохозяйственных, как в Германии, так и во многих других странах применяется функциональное зонирование, при этом в России на законодательном уровне развито зонирование только для градостроительных целей при зонировании территорий поселений.

Таким образом, изучив опыт США и Германии, можно сделать вывод, что мы не можем в полной мере перенять опыт правового регулирования систем планирования, развития территорий, определения правового режима земель данных стран, поскольку имеется достаточно различий в государственном устройстве, процентном соотношении форм собственности на землю, из чего вытекают различные подходы к правовому регулированию землепользования. Однако для решения наших проблем следует обратить внимание на зарубежный опыт зонирования территорий и общественного участия при принятии и изменении земельных планов на всех уровнях.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Зульфугарзаде Т. Э.* Особенности правового обеспечения зонирования земель в США // Peer-reviewed materials digest (collective monograph) published following the results of the CXXXV International Research and Practice Conference and III stage of the Championship in Economics and Management, Jurisprudence, Sociological, Political and Military sciences. — London, 2016.
2. Государственный (национальный) доклад о состоянии и использовании земель в Российской Федерации в 2018 году // URL: <https://rosreestr.gov.ru/upload/Doc/16-upr/Gosdoklad%20za%202018%20god.pdf> / (дата обращения: 23.11.2020).

Материал поступил в редакцию 24 ноября 2020 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Zulfugarzade T. E. Osobennosti pravovogo obespecheniya zonirovaniya zemel v SShA // Peer-reviewed materials digest (collective monograph) published following the results of the CXXXV International Research and Practice Conference and III stage of the Championship in Economics and Management, Jurisprudence, Sociological, Political and Military sciences. — London, 2016.
2. Gosudarstvennyj (nacionalnyj) doklad o sostoyanii i ispolzovanii zemel v Rossijskoj Federacii v 2018 godu // URL: <https://rosreestr.gov.ru/upload/Doc/16-upr/Gosdoklad%20za%202018%20god.pdf> / (data obrashcheniya: 23.11.2020).

¹¹ Отчет о выполнении научно-исследовательской работы по государственному контракту № 0801-08-07 от 24.09.2007. С. 69.

Большие данные: влияние на управление образовательным процессом университета¹

Аннотация. В статье предпринята попытка осмысления возможностей использования технологии больших данных в деятельности университетов. На основе анализа российских и зарубежных источников приведены понимание и значение больших данных. Высказано аргументированное мнение о том, что период пандемии стал катализатором принятия вузами управленческих решений в образовательной сфере на основе больших данных. С опорой на результаты социологических исследований показано, что переход от «аналогового» к цифровому уровню осмысления образовательной реальности в условиях пандемии COVID-19, включая разработку локальных актов, был осуществлен под влиянием больших данных. Приведены результаты авторского анкетирования, свидетельствующие об осведомленности респондентов относительно технологии больших данных, их позитивном отношении к использованию ее потенциала для выстраивания образовательного процесса в вузе. Сделан вывод о переходе в крупных образовательных организациях от малых к большим данным в аспекте принятия на основе анализа таких данных управленческих решений, что стало возможным за счет формирования усилиями научно-педагогических работников и специалистов технических подразделений электронной информационно-образовательной среды вуза. Выявлены обстоятельства, негативно влияющие на полноценное применение технологии больших данных в сфере образования. Намечены перспективы дальнейшего развития больших данных в университетах.

Ключевые слова: большие данные; образовательный процесс; управление; университет; пандемия; COVID-19; цифровизация; электронная информационно-образовательная среда; искусственный интеллект; социологическое исследование.

Для цитирования: Ершова И. В., Енькова Е. Е. Большие данные: влияние на управление образовательным процессом университета // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 9. — С. 169–176. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.169-176.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16081.

© Ершова И. В., Енькова Е. Е., 2021

* Ершова Инна Владимировна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
ivershova@msal.ru

** Енькова Екатерина Евгеньевна, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
enkova.e.e@yandex.ru

Big Data: Impact on University Education Management²

Inna V. Ershova, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Business and Corporate Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Lawyer of the Russian Federation
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
ivershova@msal.ru

Ekaterina E. Enkova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Head of the Department of Business and Corporate Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
enkova.e.e@yandex.ru

Abstract. The paper attempts to comprehend the possibilities of using big data technology in the activities of universities. Based on the analysis of Russian and foreign sources, the understanding and significance of big data are presented. A reasoned opinion is expressed that the period of the pandemic has become a catalyst for universities to make managerial decisions in the educational sphere based on big data. Based on the results of sociological research, it has been shown that the transition from the “analog” to the digital level of understanding educational reality in the context of the COVID-19 pandemic, including the development of local acts, was carried out under the influence of big data. The results of the author’s questionnaire are given, indicating that the respondents are aware of the technology of big data, their positive attitude to the use of its potential for building the educational process at the university. The conclusion is made about the transition in large educational organizations from small to big data in the aspect of making management decisions based on the analysis of such data, which became possible due to the formation by the efforts of scientific and pedagogical workers and specialists of technical departments of the electronic information and educational environment of the university. The circumstances that negatively affect the full-fledged use of big data technology in the field of education are revealed. Prospects for the further development of big data at universities are outlined.

Keywords: big data; educational process; control; university; pandemic; COVID-19; digitalization; electronic information and educational environment; artificial intelligence; sociological research.

Cite as: Ershova IV, Enkova EE. Bolshie dannye: vliyanie na upravlenie obrazovatelnyim protsessom universiteta [Big Data: Impact on University Education Management]. *Aktual’nye problemy rossijskogo prava*. 2021;16(9):169-176. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.130.9.169-176. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Вызовы современности требуют постоянной переоценки методик, форм и средств образовательного процесса. Наступление эры цифровых технологий и складывающееся информационное пространство свидетельствуют о необходимости систематизации существующих подходов, в том числе в сфере образования. Постоянное увеличение количества данных потребовало развития умения эффективной обработки и извлечения полезной информации из безграничного и бессистемного информационного поля.

Согласно общепринятому пониманию категория «большие данные» (англ. big data) применяется для обозначения структурированных и неструктурированных данных огромных объемов и значительного многообразия, эффективно обрабатываемых горизонтально масштабируемыми программными инструментами, появившимися в конце 2000-х гг., и альтернативных традиционным системам управления базами данных и решениям класса Business Intelligence. Подобную трактовку больших данных, но сформулированную более лаконично, можно встретить в Концепции создания цифровой аналити-

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16081.

ческой платформы предоставления статистических данных, утвержденной Распоряжением Правительства РФ от 17.12.2019 № 3074-р³.

В широком смысле о больших данных говорят как о социально-экономическом феномене, связанном с появлением технологических возможностей анализировать огромные массивы данных⁴. Отметим, что технология больших данных активно применяется и в правовой среде, демонстрируя возможности использования в разных направлениях⁵.

Применительно к образованию большие данные — это технология. С их помощью можно делать как минимум три важные вещи: создавать методики, адаптированные под большое количество студентов; персонализировать контент; подбирать режим обучения⁶.

Еще в 2019 г. подавляющее большинство российских образовательных организаций работало в основном с малыми данными, поскольку отсутствовала специальная электронная среда, которая бы содержала значительный объем онлайн-контента и позволяла большому числу пользователей — научно-педагогическим работникам и обучающимся — взаимодействовать между собой относительно него. Это создавало барьеры на пути цифровизации образования и приводило к возникновению очевидных трудностей для участников образовательного процесса.

Между тем федеральный проект «Кадры для цифровой экономики», реализуемый в рамках национальной программы «Цифровая эконо-

мика Российской Федерации»⁷ и предусматривающий подготовку компетентных высококвалифицированных специалистов, обладающих «цифровыми» компетенциями, побудил образовательные организации в значительной мере активизировать соответствующую работу, перейдя от теории к практике.

Цифровизация образования стала возможна благодаря тому, что ранее было разработано и внедрено одновременно несколько технологий общего назначения, таких как мобильные устройства, сеть Интернет, биометрические технологии, облачные вычисления, платформы аналитики больших данных, искусственный интеллект. Период же пандемии ознаменовался настоящим прорывом: отчетливо наметился тренд принятия вузами управленческих решений в образовательной сфере с опорой на большие данные.

Потенциал использования больших данных в сфере образования

Действительно, ввиду распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19) традиционное представление об очных формах образовательных процессов стало быстро утрачивать актуальность. В результате перехода университетов на дистанционные формы обучения пересмыслены способы приобретения студентами общеобразовательных и профессиональных компетенций.

³ URL: <http://static.government.ru//media/files/4YeJV8mVcCSeGWTg2kXprmthtNbWyfrU.pdf> (дата обращения: 05.06.2021).

⁴ Майер-Шенбергер В., Кукьер К. Большие данные. Революция, которая изменит то, как мы живем, работаем и мыслим / пер. с англ. И. Гайдюк. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014.

⁵ См.: Зенин С. С., Кутейников Д. Л., Япрынцев И. М. Большие данные в законодательном процессе // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 9. С. 19–31. DOI: 10.17803/1994-1471.2020.118.9.019-031.

⁶ Гвозденко Ю. В., Ищенко А. А., Пилипенко А. В. Большие данные в системе образования // Международный студенческий научный вестник : электронный научный журнал. 2019. Вып. 5. Ч. 1. URL: <http://eduherald.ru/ru/article/view?id=19731> (дата обращения: 05.06.2021).

⁷ Паспорт национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации», утв. Президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам (протокол от 04.06.2019 № 7) // URL: <http://www.static.government.ru/media/files/urKHmOgTPPnzJlKw3M5cNLo6gczMkPF.pdf> (дата обращения: 05.06.2021).

По нашему мнению, все этапы перехода от «аналогового» к цифровому уровню осмысления образовательной реальности в условиях пандемии COVID-19, которые преодолели российские университеты, были осуществлены под влиянием больших данных на построение учебного процесса вуза.

Подчеркнем, что основная ценность больших данных — в *результате анализа* информации, а не в самой информации в электронном виде. Источниками больших данных выступают любые сведения, представляющие аналитический интерес с точки зрения обработки и изучения полученной соответствующими сервисами (например, Google Analytics или Яндекс.Метрика) информации.

Хорошо обученный искусственный интеллект с помощью больших данных способен заменить традиционные очные формы образования с участием преподавателя-человека в части аналитической обработки данных и формирования итогового решения. Следует признать, что данную работу может осуществлять исключительно искусственный интеллект, при этом не вытеснив когнитивную систему преподавателя-человека, а разгрузив последнюю от ненужной работы — обработки накопленной человечеством неструктурированной информации.

Для образовательного процесса в университетах важно аккумулировать и преподносить информацию из контента больших данных. В данном вопросе неминуемо применение искусственного интеллекта, работу которого настраивает профессорско-преподавательский состав вуза исходя из потребностей времени и

профессии, а также традиций научных школ и университетов.

Следует отметить, что использование потенциала больших данных для повышения эффективности образовательной деятельности является предметом обсуждения и зарубежных исследователей.

Так, Ray Saptarshi⁸ подчеркивал возможность в результате анализа больших данных выявлять заинтересованность образовательного курса и визуализационные преимущества интерактивных образовательных процессов. Christos Vaitis, Vasilis Hervatis и Nabil Zary⁹ исследуют возможность манипулирования данными при соответствующем использовании визуальной аналитики больших данных. В рассуждениях Vidal Alonso Secades и Olga Arranz¹⁰ сделан акцент на потенциале больших данных как источнике информации в системе дистанционного обучения студентов и автоматизации образовательного процесса. Giti Javidi, Lila Rajabion и Ehsan Sheybani¹¹ раскрывают преимущества анализа больших данных для принятия верных педагогических решений, определения поведения обучающихся, а также применения эффективных моделей обучения.

Возвращаясь к российскому образовательному пространству, констатируем значение потенциала больших данных и его использование для выстраивания управления образовательным процессом вузов в условиях пандемии COVID-19. Наглядно правоту данного вывода можно продемонстрировать на примере Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (да-

⁸ Saptarshi R. Big Data in Education // Gravity, the Great Lakes Magazine. 2016. Iss. 20. P. 8–10. URL: https://www.researchgate.net/publication/259443597_BIG_DATA_IN_EDUCATION (дата обращения: 05.06.2021).

⁹ Vaitis C., Hervatis V., Zary N. Introduction to big data in education and its contribution to the quality improvement processes // In S. V. Soto, J. M. Luna & A. Cano (Ed.) Big Data on Real-World Applications. London, UK : In Tech, 2016. P. 41–63. DOI: 10.5772/63896.

¹⁰ Alonso V., Arranz O. G. Big Data & eLearning: A binomial to the future of the knowledge society // International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence (IJIMAI). 2016. Iss. 3 (6). P. 29–33. DOI: 10.9781/ijimai.2016.364.

¹¹ Javidi G., Rajabion L., Sheybani E. Educational Data Mining and Learning Analytics: Overview of Benefits and Challenges // International Conference on Computational Science and Computational Intelligence (CSCI). 2017. P. 1102–1107. DOI: 10.1109/CSCI.2017.360.

лее также – Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Университет).

Большие данные и локальное нормотворчество

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) за полтора года была сформирована целостная электронная информационно-образовательная среда, правовое обеспечение которой осуществляется локальными нормативными актами¹². Для темы нашего исследования важно, что локальные акты приняты на основе анализа больших данных.

Так, руководством Университета был инициирован и проведен анонимный опрос «Переход на дистант: антиCOVIDное образование и мои впечатления», в котором приняло участие более 1200 обучающихся. Из них 42 % удовлетворено тем, как в Университете в условиях пандемии был организован дистант. Говоря о формате дистанционного обучения, треть опрошенных (35 %) указала, что большая часть занятий проходила онлайн с использованием системы дистанционного обеспечения Университета, а также на платформах Zoom, Skype и пр. И лишь 15 % респондентов отметили, что преподаватели предпочли асинхронную форму проведения занятий (выдача и оценивание заданий).

Учет результатов опроса позволил закрепить в локальном акте различные формы электронного обучения (по критерию формы взаимодействия оно подразделяется на синхронное и асинхронное) и осуществить классификацию дистанционных образовательных технологий (видеолекция, лекция-вебинар, лекция-форум,

практическое занятие в формате вебинара, практическое форум-занятие).

При разработке приказов было принято решение об активном внедрении смешанного обучения, которое базируется на сочетании в различных пропорциях очного формата с электронным обучением и применением названных дистанционных образовательных технологий в зависимости от уровня образования, формы обучения, курса, периода и пр. На данное решение повлияло мнение обучающихся: большая часть анкетированных (41 %) отдала голоса за традиционный формат обучения, оценив его как более эффективный и удобный. При этом 52 % респондентов указали, что дистант более затрачен по времени, и лишь 1/5 опрошенных (19 %) видит желаемым полный переход на дистант в будущем.

В июне 2020 г. авторами также было проведено социологическое исследование при участии студентов магистратуры Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) «Дистанционное обучение в период распространения коронавирусной инфекции».

Предложенные Университетом форматы взаимодействия преподавателя с обучающимися были восприняты последними как достаточно удобные и эффективные (за дистанционное асинхронное взаимодействие высказалось 52 %, за синхронную онлайн-коммуникацию — 48 %).

Что касается формата лекций, то здесь лидирует синхронная лекция-вебинар (49,3 %), за ней следует синхронная лекция-форум (26,7 %), замыкает тройку лидеров с небольшим отставанием асинхронная видеолекция (24 %). Практическое занятие в формате вебинара видится

¹² См.: Положение об электронной информационно-образовательной среде, утв. приказом от 17.05.2019 № 148 // URL: <https://www.msal.ru/upload/medialibrary/42b/Polozhenie-ob-elektronnoy-informatsionno-obrazovatelnoy-srede.pdf>; Положение об электронных образовательных ресурсах, утв. приказом от 17.01.2020 № 17 // URL: <https://www.msal.ru/upload/medialibrary/e56/17-ot-17.01.2020-Ob-utverzhdenii-Polozheniya-ob-elektronnykh-obrazovatelnykh-resursakh-v-Universitete.pdf>; Положение о применении электронного обучения и дистанционных образовательных технологий при реализации образовательных программ, утв. приказом от 06.05.2020 № 149 // URL: https://www.msal.ru/upload/medialibrary/72f/149-Polozhenie-o-primenenii-EO-i-DOT_2_13.pdf; Положение об организации образовательного процесса по образовательным программам высшего образования — программам бакалавриата, программам специалитета, программам магистратуры, утв. приказом от 13.11.2020 № 481 // URL: https://msal.ru/upload/medialibrary/584/481_02.03.pdf (дата обращения: 05.06.2021).

наиболее перспективным и эффективным 64 % респондентов против 36 % опрошенных, которые выбрали практическое форум-занятие.

Для цели конструирования режима смешанного обучения, безусловно, представляют интерес отклики обучающихся касательно элементов дистанта, которые целесообразно использовать по завершении пандемии коронавирусной инфекции. Так, за дистанционное проведение консультаций перед экзаменами ратует 54,7 % опрошенных; размещение в СДО видеолекций наряду с лекциями, читаемыми преподавателями в аудитории, положительно оценили 45,3 % анкетированных; сохранение частичного проведения практических занятий в режиме вебинаров поддержали 44 % студентов; еженедельные онлайн-консультации оказались оптимальны для 36 % респондентов; дистанционное проведение лабораторных практикумов, а также первичную сдачу зачетов, экзаменов в дистанционном формате одобрили 21,3 % респондентов.

Переход на дистанционное обучение неизбежно выявил ряд проблем. В качестве основной 70,3 % респондентов обозначили проблему технического характера, причем она в равной степени возникала как у отдельных обучающихся, так и у вуза. Фактором, затрудняющим коммуникацию в дистанте, по мнению 12,5 % обучающихся, является недостаточная квалификация преподавателей. Примечательно, что уровень своей цифровой грамотности, судя по ответам, магистранты считают надлежащим. Рост трудозатрат и временных затрат сочли проблемой 17,2 % опрошенных.

Технология больших данных в социологическом фокусе

В сентябре 2020 г. авторами было предпринято специальное социологическое исследование «Управление образовательным процессом вуза в период пандемии COVID-19: влияние Big Data».

Результаты опроса показали, что более половины анкетированных (52,7 %) содержательно осведомлены об изучаемой цифровой технологии. Примечательно, что абсолютное большин-

ство респондентов считает, что анализ больших данных влияет на принятие руководством вуза управленческих решений полностью (52,7 %) либо частично (40,3 %). При этом в основном (83,3 %) анкетированные, равно как и авторы статьи, не рассматривают результаты, полученные с использованием анализируемой технологии, как самодостаточные, полагая необходимым проведение анализа, интерпретации, системного толкования данных.

Заметим, что более половины (65,3 %) опрошенных оказались позитивистами, отдав предпочтение нормативным правовым и ненормативным актам федеральных органов исполнительной власти по степени влияния на построение образовательного процесса в вузе. Данные социологических исследований и данные о санитарно-эпидемиологической ситуации заняли соответственно второе (51,3 %) и третье (30,5 %) места.

Вместе с тем среди факторов, в большей мере воздействующих на формирование образовательного процесса в вузе, респонденты предпочли внутренние факторы (59,7 %) внешним (43,05 %).

Подчеркнем, что если на момент проведения опроса лишь небольшая доля (14,4 %) обучающихся полагала, что при принятии руководством вуза управленческих решений используются большие данные, то перспективу данной технологии в ближайший период (56,9 %) либо в отдаленной перспективе (18,0 %) видело абсолютное большинство участников социологического опроса. Такие результаты внушают оптимизм.

Заключение

Проведенное исследование позволяет сделать некоторые *выводы*.

Прежде всего, следует констатировать, что в крупных образовательных организациях, примером которых может служить Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), совершился переход от малых к большим данным в интересующем нас аспекте принятия на основе анализа таких данных управленческих решений. Это стало возможным в силу формирования усилиями науч-

но-педагогических работников и специалистов технических подразделений электронной информационно-образовательной среды вуза. Мощным катализатором такого процесса выступило объявление пандемии COVID-19. Вместе с тем в сфере образования наблюдаются лишь первые опыты применения технологии больших данных.

В настоящее время *полноценное применение технологии больших данных в сфере образования представляется затруднительным в силу ряда обстоятельств.*

Во-первых, специальная электронная среда, порождающая большие данные, во многих вузах находится в стадии становления. В связи с этим большие данные образовательных организаций еще не являют собой «огромных объемов информации значительного многообразия» по смыслу классических больших данных. По существу, мы имеем дело с большими данными в миниатюре. Увеличение темпов формирования и совершенствование электронной информационно-образовательной среды ускорит применение больших данных в полном объеме.

Во-вторых, преподаватели как разработчики электронных образовательных ресурсов зачастую сознают отсутствие технических знаний и навыков, необходимых для осуществления эффективного онлайн-взаимодействия с обучающимися. Способы повышения уровня цифровой грамотности разнообразны: от самообразования до различных курсов повышения квалификации. Яркий позитивный пример: в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в июне 2020 г. было организовано массовое обязательное повышение квалификации профессорско-преподавательского состава по программе «Использование информационно-коммуникационных технологий в образовательной деятельности современного университета».

В-третьих, российские вузы зачастую не располагают горизонтально масштабируемыми программными инструментами, которые и позволяют эффективно обрабатывать колоссальные объемы информации. Техническим средствам и программному обеспечению образо-

вательной организации под силу обрабатывать большие данные скорее в тестовом режиме, нежели на постоянной основе. Как следствие, лишь отдельные управленческие решения будут приняты с использованием этой передовой технологии. Доступ вуза к платформе аналитики больших данных видится возможным в силу заключения партнерского соглашения с компанией соответствующего профиля.

В-четвертых, большие данные — это, как правило, неструктурированные данные огромных объемов. Для принятия на их основе управленческих решений недостаточно сбора и первичной обработки таких данных; требуется их серьезный анализ. В связи с этим весьма востребована профессия аналитика больших данных, для которого целесообразно найти место в организационно-штатной структуре вуза. Так, в Центре академического развития и образовательных инноваций, созданном в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА), существует штатная единица — аналитик по инновационным формам образования.

В качестве определяющих характеристик для больших данных вообще традиционно выделяют «три V»: объем (Volume, в смысле величины физического объема), скорость (Velocity, в смысле как скорости прироста, так и необходимости высокоскоростной обработки и получения результатов), многообразие (Variety, в смысле возможности одновременной обработки различных типов структурированных и неструктурированных данных). Целью дальнейшего развития больших данных применительно к образовательному процессу является как скорейшее достижение вузами указанных сущностных характеристик, так и развитие еще «двух V»: достоверности (Veracity) и ценности накопленной информации (Value).

Очевидно, что для образовательной организации важны большие данные, обладающие потребительской ценностью — способностью приносить информативную пользу, включая итоговый социально-экономический эффект, а также имеющие прикладной характер.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гвозденко Ю. В., Ищенко А. А., Пилипенко А. В. Большие данные в системе образования // Международный студенческий научный вестник : электронный научный журнал. — 2019. — Вып. 5. — Ч. 1. — URL: <http://eduherald.ru/ru/article/view?id=19731>.
2. Зенин С. С., Кутейников Д. Л., Япрынцева И. М. Большие данные в законодательном процессе // Актуальные проблемы российского права. — 2020. — Т. 15. — № 9. — С. 19–31. — DOI: 10.17803/1994-1471.2020.118.9.019-031.
3. Майер-Шенбергер В., Кукьер К. Большие данные. Революция, которая изменит то, как мы живем, работаем и мыслим / пер. с англ. И. Гайдюк. — М. : Манн, Иванов и Фербер, 2014. — 240 с.
4. Alonso V., Arranz O. G. Big Data & eLearning: A binomial to the future of the knowledge society // International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence (IJIMAI). — 2016. — Iss. 3 (6). — P. 29–33. — DOI: 10.9781/ijimai.2016.364.
5. Javidi G., Rajabion L., Sheybani E. Educational Data Mining and Learning Analytics: Overview of Benefits and Challenges // International Conference on Computational Science and Computational Intelligence (CSCI). — 2017. — P. 1102–1107. — DOI: 10.1109/CSCI.2017.360.
6. Saptarshi R. Big Data in Education // Gravity, the Great Lakes Magazine. — 2016. — Iss. 20. — P. 8–10. — URL: https://www.researchgate.net/publication/259443597_BIG_DATA_IN_EDUCATION.
7. Vaitsis C., Hervatis V., Zary N. Introduction to big data in education and its contribution to the quality improvement processes // Big Data on Real-World Applications / S. V. Soto, J. M. Luna & A. Cano (Ed.). — London : In Tech, 2016. — P. 41–63. — DOI: 10.5772/63896.

Материал поступил в редакцию 7 июня 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Gvozdenko Yu. V., Ishchenko A. A., Pilipenko A. V. Bolshie dannye v sisteme obrazovaniya // Mezhdunarodnyj studencheskij nauchnyj vestnik : elektronnyj nauchnyj zhurnal. — 2019. — Vyp. 5. — Ch. 1. — URL: <http://eduherald.ru/ru/article/view?id=19731>.
2. Zenin S. S., Kutejnikov D. L., Yaprinceva I. M. Bolshie dannye v zakonodatelnom processe // Aktualnye problemy rossijskogo prava. — 2020. — T. 15. — № 9. — S. 19–31. — DOI: 10.17803/1994-1471.2020.118.9.019-031.
3. Majer-Shenberger V., Kuker K. Bolshie dannye. Revolyuciya, kotoraya izmenit to, kak my zhivem, rabotaem i myslim / per. s angl. I. Gajdyuk. — M. : Mann, Ivanov i Ferber, 2014. — 240 s.
4. Alonso V., Arranz O. G. Big Data & eLearning: A binomial to the future of the knowledge society // International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence (IJIMAI). — 2016. — Iss. 1 (6). — P. 29–33. — DOI: 10.9781/ijimai.2016.364.
5. Javidi G., Rajabion L., Sheybani E. Educational Data Mining and Learning Analytics: Overview of Benefits and Challenges // International Conference on Computational Science and Computational Intelligence (CSCI). — 2017. — P. 1102–1107. — DOI: 10.1109/CSCI.2017.360.
6. Saptarshi R. Big Data in Education // Gravity, the Great Lakes Magazine. — 2016. — Iss. 20. — P. 8–10. — URL: https://www.researchgate.net/publication/259443597_BIG_DATA_IN_EDUCATION.
7. Vaitsis C., Hervatis V., Zary N. Introduction to big data in education and its contribution to the quality improvement processes // Big Data on Real-World Applications / S. V. Soto, J. M. Luna & A. Cano (Ed.). — London : In Tech, 2016. — P. 41–63. — DOI: 10.5772/63896.

ПРАВО И ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-72703 от 23 апреля 2018 г.;
- ✓ издается с 2018 г., выходит 4 раза в год;
- ✓ основные языки журнала: русский, английский;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ);
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ».

«Право и цифровая экономика» — международное научное и научно-практическое издание. Журнал посвящен рассмотрению проблем правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Круг читателей журнала: государственные служащие, практикующие юристы в сфере правового регулирования цифровой экономики, предпринимательского и конкурентного права, малого и среднего бизнеса, предприниматели, научные работники, преподаватели, аспиранты, магистранты и студенты юридических факультетов вузов, а также читатели, интересующиеся проблемами и актуальными вопросами развития правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Основные рубрики журнала:

- ✓ Государственное регулирование цифровой экономики.
- ✓ Правовое регулирование криптовалюты и майнинга.
- ✓ Краудфандинг (проблемы и перспективы).
- ✓ Правовое регулирование больших данных.
- ✓ Технология блокчейн и криптовалют (bitcoin, Copernicus, Ethereum и т.д.).
- ✓ Интересы и противоречия, связанные с применением блокчейна в финансовой сфере.
- ✓ Финансовые технологии в действующем российском и международном правовом поле.
- ✓ Цифровые технологии в сфере интеллектуальной собственности и инноваций.
- ✓ Правовой статус смарт-контрактов.
- ✓ Защита прав и законных интересов участников цифровых рынков.
- ✓ Информационная безопасность.
- ✓ Консорциумы промышленного Интернета: правовая природа и особенности регулирования.



KUTAFIN LAW REVIEW

Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, расширение кругозора и интеллектуальных горизонтов представителей российского правоведения, повышение узнаваемости и авторитета наших ученых-юристов.

Журнал публикует статьи известных и начинающих ученых, юристов-практиков, а также студентов и аспирантов. Главный критерий отбора публикаций — это качество содержания, которое отражает талант автора, его эрудицию и профессионализм в исследуемой сфере, добросовестность и глубину проведенного анализа, использование богатого арсенала научной методологии, актуальность проблематики и новизну результатов проведенного исследования.

Данное издание создает уникальную возможность писать и публиковать научные статьи на английском языке в целях существенного расширения профессиональной читательской аудитории, повышения индекса цитирования, выхода на международный научный уровень.

В качестве авторов, членов редакционного совета и редакционной коллегии с журналом Kutafin Law Review сотрудничают выдающиеся российские и зарубежные специалисты в различных областях юриспруденции.

The best ideas are always welcomed!



Редакционная подписка на журналы Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журналы Университета распространяются через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписаться на журнал можно с любого месяца. Подписные индексы журналов:

«Актуальные проблемы российского права» – 11178, Lex Russica – 11198,

«Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» – 40650, «Право и цифровая экономика» – 39492.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

Том 16 № 9 (130) сентябрь 2021

Журнал распространяется через
объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс: 11178.

Подписаться на журнал можно с любого месяца.

ISSN 1994-1471



9 771994 147002