

Спецвыпуск
**«ПРАВО
И СЕТЕВОЕ ОБЩЕСТВО»**

Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения

Lex mercatoria и lex sportiva: особенности, сходства и различия

Основания установления международной судебной юрисдикции применительно к трансграничным потребительским спорам в цифровую эпоху

Идеология реформы инвестиционного права в Китае

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-25128 от 7 мая 2014 г., ISSN 1994-1471;
- ✓ издается с 2004 г., с 2013 г. — ежемесячно;
- ✓ 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».

«Актуальные проблемы российского права» — это 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 экспертные заключения по знаковым судебным процессам, материалы конференций, рецензии на юридические новинки.

В журнале активно публикуются не только известные ученые и практики, но и молодые, начинающие ученые, студенты юридических вузов. Конечно, размещается большое количество материалов ведущих специалистов Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), в том числе выполненных в рамках НИРов, грантов, активно публикуются победители различных конкурсов.

LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)



- ✓ 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 («Русский закон») — 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.).

Председатель редакционного совета журнала

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

Заместитель председателя редакционного совета

СИНЮКОВ Владимир Николаевич проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России.

Главный редактор журнала

БОГДАНОВ Дмитрий Евгеньевич доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Заместитель главного редактора

КСЕНОФОНТОВА Дарья Сергеевна кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры семейного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Ответственный секретарь

СЕВРЮГИНА Ольга Александровна эксперт отдела научно-издательской политики НИИ Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Редакционный совет журнала

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин доктор публичного права (Франция), президент Комитас Генциум Франция-Россия, приглашенный профессор Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

БОНДАРЬ Николай Семенович доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

БРИНЧУК Михаил Михайлович доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник сектора экологического, земельного и аграрного права Института государства и права Российской академии наук, заслуженный деятель науки РФ.

ВААС Бернд профессор кафедры трудового и гражданского права в рамках европейского и международного трудового права Института гражданского и коммерческого права факультета права Университета Гёте (Германия).

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

де ЗВААН Яап Виллем почетный профессор кафедры права Европейского Союза Университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды).

ИСАЕВ Игорь Андреевич доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

КОЛЮШИН Евгений Иванович	доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.
КОМОРИДА Акио	профессор Университета Канагава (Япония).
МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович	кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.
МОРОЗОВ Андрей Витальевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой информационного права, информатики и математики Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России).
НОГО Срето	доктор юридических наук, профессор Университета Джона Нейсбитта (Белград, Сербия), президент Сербской королевской академии, генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине).
ОТМАР Зойль	доктор права, почетный доктор права, почетный профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).
ПАН Дунмэй	доктор юридических наук, профессор Хэнаньского университета, почетный ученый «Хуанхэ».
ПЕТРОВА Татьяна Владиславовна	доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и земельного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.
РАРОГ Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
РАССОЛОВ Илья Михайлович	доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
СТАРИЛОВ Юрий Николаевич	доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета, заведующий кафедрой административного и административного процессуального права Воронежского государственного университета.
СТАРОСТИН Сергей Алексеевич	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ТУМАНОВА Лидия Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
ФЕДОРОВ Александр Вячеславович	кандидат юридических наук, профессор, заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
тер ХААР Берил	доцент Лейденского университета (Нидерланды).

**ХЕЛЛЬМАНН
Уве** хабилитированный доктор права, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

**ШЕВЕЛЕВА
Наталья
Александровна** доктор юридических наук, профессор, и. о. заведующего кафедрой административного и финансового права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

**ЯРКОВ
Владимир
Владимирович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета.

Редакционная коллегия журнала

**ГРОМОШИНА
Наталья
Андреевна** доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**ЕРШОВА
Инна
Владимировна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**ЖАВОРОНКОВА
Наталья
Григорьевна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**КАШКИН
Сергей
Юрьевич** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**КОМАРОВА
Валентина
Викторовна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

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

**ЛЮТОВ
Никита
Леонидович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**МАЦКЕВИЧ
Игорь
Михайлович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

Chairman of the Council of Editors

BLAZHEEV Victor Vladimirovich Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Associate Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

SINYUKOV Vladimir Nikolaevich Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

BOGDANOV Dmitry Evgenievich Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University.

Deputy Editor-in-Chief of the Journal

KSENOFONTOVA Darya Sergeevna PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Family Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Executive Editor

SEVRYUGINA Olga Aleksandrovna Expert of the Research and Publishing Policy Department of the Research Institute of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Council of Editors

BECHET-GOLOVKO Karine Doctor of Public Law (France), President of the Comitas Gentium France-Russie, Visiting Professor of the Lomonosov Moscow State University.

BONDAR Nikolay Semenovich Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

BRINCHUK Mikhail Mikhailovich Doctor of Law, Professor, Senior Fellow, Sector of Environmental, Land and Agricultural Law of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Honored Scholar of the Russian Federation.

WAAS Bernd Prof., Dr., Professor of the Department of Labor Law and Civil Law under consideration of European and International Labor Law of the Institute of Civil and Commercial Law of the Faculty of Law, Goethe University, Frankfurt (Germany).

GRACHEVA Elena Yurievna Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

de ZWAAN Jaap Willem Emeritus Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam, The Netherlands.

ISAEV Igor Andreevich Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

KOLYUSHIN Evgeniy Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.
KOMORIDA Akio	Professor of the Kanagawa University (Japan).
MALINOVSKIY Vladimir Vladimirovich	PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.
MOROZOV Andrey Vitalievich	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Information Law, Informatics and Mathematics of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia).
NOGO Sreto	Doctor of Law, Professor of John Naisbitt University (Belgrade, Serbia), President of The Serbian Royal Academy, Secretary General of Association of international criminal law, Vice-President of the World Forum on fighting with organized crime in the Global Era (headquarter in Beijing).
OTMAR Seul	Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).
PAN Dunmey	Doctor of Law, Professor of Henan Daxue, «Huang He» Merited Scholar.
PETROVA Tatiana Vladislavovna	Doctor of Law, Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University.
RAROG Aleksey Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.
RASSOLOV Ilya Mikhailovich	Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Information Law and Digital Technologies of the Kutafin Moscow State Law University.
STARILOV Yuriy Nikolaevich	Doctor of Law, Professor, Dean of the Faculty of Law, Head of the Department of Administrative Law and Administrative Procedural Law of the Voronezh State University.
STAROSTIN Sergey Alekseevich	Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Administrative Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
TUMANOVA Lidia Vladimirovna	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, Dean of the Law Faculty of the Tver State University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich	PhD in Law, Professor, Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
ter HAAR Beryl	Associate Professor of Leiden University (Netherlands).

- HELLMANN**
Uwe
Dr. iur. habil., Professor, Holder of the Chair of Criminal Law and Commercial Criminal Law of the Faculty of Law, University of Potsdam (Germany).
- SHEVELEVA**
Natalia
Aleksandrovna
Doctor of Law, Professor, Acting Head of the Department of Administrative and Financial Law of the Law Faculty of the St. Petersburg State University.
- YARKOV**
Vladimir
Vladimirovich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Procedure of the Ural State Law University.
- Editorial Board**
- GROMOSHINA**
Natalia
Andreevna
Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ERSHOVA**
Inna
Vladimirovna
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Entrepreneurial and Company Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZHAVORONKOVA**
Natalia
Grigorievna
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN**
Sergey
Yurievich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA**
Valentina
Viktorovna
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KORNEV**
Arkadiy
Vladimirovich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- LYUTOV**
Nikita
Leonidovich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Labour Law and Law of Social Security of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH**
Igor
Mikhailovich
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО / JUS PRIVATUM

- Алимова Я. О.** *Возможность унификации в сфере трансграничных договорных отношений в странах БРИКС* 9
- Дмитриева Г. К., Луткова О. В.** *Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения* 18
- Засемкова О. Ф.** *Международное частное право в XXI веке: современные вызовы и перспективы развития* 30
- Слепак В. Ю.** *Некоторые аспекты защиты прав участников государственного оборонного заказа при обжаловании результатов торгов* 37
- Шахназаров Б. А.** *Трансформация основных принципов охраны промышленной собственности в трансграничных отношениях в современных условиях* 47
- Шулаков А. А.** *Интересы публичного порядка Российской Федерации и международное усыновление (удочерение)* 56

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО / JUS GENTIUM

- Захарова Л. И.** *Lex mercatoria и lex sportiva: особенности, сходства и различия* 70

КИБЕРПРОСТРАНСТВО / CYBERSPACE

- Бирюков П. Н.** *Искусственный интеллект и «предсказанное правосудие»: зарубежный опыт* 79
- Викторова Н. Н.** *Эволюция правового понятия «иностранная инвестиция» в условиях сетевого общества* 88
- Терентьева Л. В.** *Основания установления международной судебной юрисдикции применительно к трансграничным потребительским спорам в цифровую эпоху* 96

МЕГАСАЙЕНС / MEGA-SCIENCE

- Заплата Т. С.** *Институт Лауэ — Ланжевена как форма научной кооперации* 108
- Молчанов Н. А.** *Правовое регулирование науки и образования в интересах национальной безопасности в условиях сетевого общества* 124

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / COMPARATIVE STUDIES

- Камалян А. М.** *Об основах правового регулирования государственных закупок в Западноафриканском экономическом и валютном союзе (ЗАЭВС)* 131
- Некотенева М. В.** *Электронная коммерция и некоторые особенности защиты прав потребителей в соответствии с правом ЕС* 140
- Скворцов О. Ю.** *Идеология реформы инвестиционного права в Китае* 146

РЕКОМЕНДУЕМЫЕ КНИГИ И РЕЦЕНЗИИ / INDEX LIBRORUM

- Петров А. А.** *Сложные коллизии норм права и как с ними бороться: рецензия на монографию А. С. Гамбаряна и Л. Г. Даллакян «Коллизионные нормы и их конкуренция» (М.: Юрлитинформ, 2019. 160 с.)* 155

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

CONTENTS

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

Alimova Ya. O. <i>Potential Unification in the Field of Cross-Border Contractual Relations in the BRICS Countries</i>	9
Dmitrieva G. K., Lutkova O. V. <i>National Mechanisms of Regulation of Cross-Border Copyright Relations Aimed at Protection of Orphan Works</i>	18
Zasemkova O. F. <i>Private International Law in the 21st Century: Contemporary Challenges and Development Prospects</i>	30
Slepak V. Yu. <i>Some Aspects of Protection of Rights of Participants of the State Defense Order when Challenging Bidding Results</i>	37
Shakhnazarov B. A. <i>Transformation of the Basic Principles of Industrial Property Protection in Cross-Border Relations in the Present-Day Conditions</i>	47
Shulakov A. A. <i>Russian Federation Public Policy Interests and International Adoption</i>	56

INTERNATIONAL LAW / JUS GENTIUM

Zakharova L. I. <i>Lex Mercatoria and Lex Sportiva: Peculiarities, Similarities and Differences</i>	70
--	----

CYBERSPACE / CYBERSPACE

Biryukov P. N. <i>Artificial Intelligence and "Predicted Justice": Foreign Experience</i>	79
Viktorova N. N. <i>Evolution of the Legal Concept of "Foreign Investment" in a Network Society</i>	88
Terentyeva L. V. <i>Grounds for Establishing International Judicial Jurisdiction in Relation to Cross-Border Consumer Disputes in Digital Era</i>	96

MEGASCIENCE / MEGA-SCIENCE

Zaplatina T. S. <i>Institut Laue-Langevin (ILL) as a Form of Scientific Cooperation</i>	108
Molchanov N. A. <i>Legal Regulation of Science and Education in the Interests of National Security in a Network Society</i>	124

COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

Kamalyan A. M. <i>The Basis of Legal Regulation of Public Procurement in the West African Economic and Monetary Union (UEMOA)</i>	131
Nekoteneva M. V. <i>E-Commerce and Some of the Features of Consumer Protection Rights under EU Law</i>	140
Skvortsov O. Yu. <i>The Ideology of the Investment Law Reform in China</i>	146

RECOMMENDED BOOKS AND REVIEWS / INDEX LIBRORUM

Petrov A. A. <i>Complex Conflicts of Law and How to Deal with Them: Review of the Monograph by A. S. Gambaryan and L. G. Dallakyan "Conflict of Law Rules and their Competition" (Moscow: Yurlitinform Publ., 2019. 160 p.)</i>	155
--	-----

Возможность унификации в сфере трансграничных договорных отношений в странах БРИКС

Аннотация. Статья посвящена особенностям регулирования универсальными международными договорами трансграничных договорных отношений, складывающихся в рамках стран БРИКС. Автором очерчены перспективы и проблемы, с которыми сталкиваются коммерсанты из стран БРИКС при заключении контрактов. Огромная роль при заключении трансграничных контрактов отводится международным договорам, содержащим прежде всего унифицированные материальные нормы. Однако в рамках стран БРИКС мало договоров, в которых бы участвовали практически все эти страны. Автор статьи выявил, что такие конвенции все-таки существуют, хотя и не только в договорной сфере. В статье особое внимание уделено особенностям применения Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., кейптаунской Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. и, конечно, венской Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (хотя в ней участвуют только три страны БРИКС, она может применяться также в Индии и ЮАР).

Ключевые слова: БРИКС, трансграничные договорные отношения, унификация, международные контракты, Кейптаунская конвенция 2001 г., Венская конвенция 1980 г., оговорки к Венской конвенции 1980 г., КНР, Бразилия, Индия, ЮАР.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.009-017

В настоящее время наблюдается активное взаимодействие между коммерсантами из стран БРИКС по самым разным вопросам экономики и права. Последние 10 лет эта тема становится все более обсуждаемой среди экономистов, политиков и юристов.

Переговоры о создании нового объединения под названием «БРИК» между Бразилией, Россией, Индией и Китаем состоялись в 2006 г. Объяснялась необходимость такого объединения экономическими причинами: в рамках но-

вого «конгломерата» мирового уровня страны могли бы обмениваться опытом, создавать совместные проекты в экономической, правовой и в других сферах.

В 2010 г. к БРИК присоединилась и Южно-Африканская Республика (ЮАР). В результате в начале 2011 г. союз приобрел тот состав и название, с которыми существует и сейчас, — БРИКС.

Организационная структура БРИКС характеризуется двумя уровнями¹. Во-первых, полити-

¹ Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС : учебник : в 2 т. М. : РУДН, 2015.

© Алимова Я. О., 2019

* Алимова Яна Олеговна, кандидат юридических наук, и. о. заведующего кафедрой правового моделирования, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
yaoalimova@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ческим уровнем в виде проведения различных саммитов глав государств, по итогам которых принимаются декларации², совместные заявления³; во-вторых, рабочим — министерские встречи стран БРИКС⁴.

В научной литературе идут споры по поводу статуса БРИКС. На информационном портале этого объединения указывается, что БРИКС — неформальная группа государств, в которую входят Федеративная Республика Бразилия, Российская Федерация, Республика Индия, Китайская Народная Республика и Южно-Африканская Республика⁵.

Ряд авторов относят БРИКС к международным квазиорганизациям⁶, другие — к «неформальному клубу»⁷, третьи справедливо отмечают, что БРИКС не является ни объединением экономик стран-участниц, ни интеграционным объединением, ни международной организацией⁸. Так, по мнению О. М. Мещеряковой, БРИКС нельзя назвать интеграционным сообществом в полном смысле слова: страны объединения находятся в различных геополитических точках планеты, их национальные

интересы слишком различны, они имеют различные валюты⁹.

Встречается мнение, что группа БРИКС формировалась как свободное объединение крупных развивающихся или развитых стран, желающих создать экономический и, возможно, политический центр силы, который был бы альтернативным по отношению к западному, в котором доминируют США¹⁰.

Несмотря на все вышеуказанное, феномен под названием «БРИКС» продолжает активно развиваться. Работа внутри него ведется по широкому спектру вопросов. Так, в рамках БРИКС действует Деловой совет, решение о создании которого было объявлено на V саммите БРИКС в г. Дурбан (ЮАР) 27 марта 2013 г. В настоящее время при Деловом совете БРИКС осуществляют свою деятельность девять рабочих групп¹¹. Задачей Делового совета БРИКС является выявление проблемных вопросов и трудностей, сдерживающих рост экономических, торговых, деловых и инвестиционных связей между странами БРИКС, а также формирование предложений и рекомендаций по их разрешению¹².

² Делийская декларация (Индия, г. Нью-Дели, 29 марта 2012 г.), Этеквинская декларация и Этеквинский план действий (ЮАР, г. Дурбан, 27 марта 2013 г.), Уфимская декларация (Россия, г. Уфа, 9 июля 2015 г.), Декларация Гоа (Индия, Гоа, 15—16 октября 2016 г.).

³ Совместное заявление лидеров стран БРИК (Россия, г. Екатеринбург, 16 июня 2009 г.); Совместное заявление руководителей миграционных ведомств стран БРИКС — Российской Федерации, Республики Индия, Китайской Народной Республики, Южно-Африканской Республики (8 октября 2015 г., г. Сочи, Российская Федерация).

⁴ Документ «О встрече министров иностранных дел государств — участников БРИКС» (США, г. Нью-Йорк, 25 сентября 2014 г.), 2-я встреча министров торговли и экономики стран БРИКС (Индия, г. Нью-Дели, 28 марта 2012 г.).

⁵ Информационный портал БРИКС. URL: <http://infobrics.org/page/history-of-brics/> (дата обращения: 17.04.2019).

⁶ Абашидзе А. Х., Солнцев А. М. БРИКС — международная квазиорганизация? // Актуализация процесса взаимодействия стран БРИКС в экономике, политике, праве / отв. ред. К. М. Беликова. М., 2012. 251 с.

⁷ См.: Кузнецов А. Транснациональные корпорации стран БРИКС // Мировая экономика и международные отношения. 2012. № 3. С. 3.

⁸ Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС. С. 14—15.

⁹ См.: Мещерякова О. М. Фрагментация как основной фактор, определяющий развитие интеграционных процессов // Правовые аспекты БРИКС / отв. ред. Т. А. Алексеева, П. Каталано. СПб., 2011. С. 31.

¹⁰ URL: https://news.rambler.ru/latinamerica/41538394/?utm_content=rnews&utm_medium=read_more&utm_source=corylink (дата обращения: 16.03.2019).

¹¹ Рабочие группы Делового совета БРИКС: 1) инфраструктура (в том числе все виды транспорта и логистика); 2) производственный сектор (в том числе фармацевтическое производство, высокие технологии, добыча, обработка и обогащение полезных ископаемых, металлургическая промышленность и др.); 3) финансовый сектор (в том числе банковский сектор, страхование и инвестиционное сотрудничество); 4) энергетика и «зеленая экономика»; 5) профессиональная подготовка кадров; 6) сельское хозяйство; 7) дерегуляция; 8) региональная авиация; 9) цифровая экономика.

¹² Деловой совет БРИКС. Официальный сайт. URL: <http://brics.tpprf.ru/ru/about/> (дата обращения: 17.04.2019).

В рамках финансового сектора произошло создание Нового банка развития БРИКС, положение о котором было закреплено в Форталезской декларации, принятой 15 июня 2014 г. по итогам VI саммита БРИКС¹³. Целью банка является мобилизация ресурсов для финансирования инфраструктурных проектов в области устойчивого развития в странах БРИКС и других странах с формирующейся экономикой, а также в укреплении сотрудничества между ними.

В рамках БРИКС планируется введение единой валюты и создание валютного фонда, который может стать альтернативой мировому. Прилагаются усилия для создания совместных научных проектов, энергетического союза. Присутствует в планах и создание своего интернета — альтернативы мировой информационной сети.

Активно ведется работа и в сфере юридического сотрудничества. Так, уже начиная с 2014 г. в рамках БРИКС стал проводиться юридический форум, который является «открытой постоянной платформой для юридического сотрудничества и профессионального обмена опытом и идеями между юристами стран БРИКС»¹⁴.

Участниками форума являются: Ассоциация юристов России, Бразильская ассоциация адвокатов, Ассоциация адвокатов Индии, Китайское юридическое общество, Восточно-Китайский университет политологии и права, Юридическое общество Южной Африки и Университет Кейптауна.

Большое внимание в рамках форумов уделяется следующим вопросам: совместимости правовых и судебных систем стран-участниц, подготовка их законодательства к возможным унификационным процессам, возможные способы и основные принципы разрешения конфликтов и др.

Вопросы, связанные с унификацией частноправовых отношений, прежде всего в сфере договорных обязательств, сегодня выходят на первый план.

Торговля становится одним из важнейших направлений взаимовыгодного сотрудниче-

ства, способствующего дальнейшему росту национальных экономик этих стран. Однако на этом направлении встречается немало преград. Страны, которые вошли в состав БРИКС, характеризуются совершенно разным экономическим, политическим, социальным, а соответственно, и правовым уровнем развития. В своей статье М. В. Захарова пишет о том, что данный вариант региональной интеграции можно идентифицировать в русле аристотелевского тезиса «единство непохожих», особенностью такой интеграции является отсутствие исторических гуманитарных платформ для объединения¹⁵. Этот факт вызывает на практике сложности при заключении трансграничных контрактов между различными контрагентами из стран БРИКС.

Трансграничные договорные отношения характеризуются особой системой регулирования¹⁶. Страны БРИКС не исключение, но есть своя специфика. Во-первых, это правовые источники, содержащие как унифицированные материально-правовые нормы (материальный способ регулирования), так и коллизионные нормы (коллизионный способ регулирования); во-вторых, неправовые (негосударственные) источники регулирования.

Огромная роль при заключении трансграничных контрактов отводится международным договорам, содержащим прежде всего унифицированные материальные нормы. Однако в рамках стран БРИКС, как отмечают многие исследователи, нет практически ни одного договора, в котором все эти страны участвовали бы одновременно, не только в сфере договорных отношений, но и в иных.

Так, в сфере купли-продажи Конвенцию об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. Россия и Бразилия подписали в 1974 г., но до сих пор не ратифицировали; в сфере электронной торговли Конвенцию Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г. КНР подписала

¹³ Левашов Р. О., Беляев Е. В. Банк развития стран БРИКС как элемент международной финансовой архитектуры // Современные наукоемкие технологии. Региональное приложение. 2014. С. 92—98.

¹⁴ Официальный сайт Юридического форума БРИКС. URL: <http://brics-legal.com/o-forume/> (дата обращения: 15.04.2019).

¹⁵ Захарова М. В. Конвергенция и конкуренция правовых систем мира // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 4 (44). С. 23.

¹⁶ Международные контракты и их регуляторы : учебник для магистратуры / М. В. Мажорина, Я. О. Алимова. М. : Норма: Инфра-М, 2017. С. 108.

в 2006 г., но не ратифицировала, а Россия участвует с 2014 г.

В сфере лизинга Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. действует только для РФ с 1 января 1999 г., в сфере факторинга Оттавская конвенция о международном факторинге 1988 г. — только для РФ с 1 марта 2015 г.

В сфере железнодорожной перевозки Соглашение о международном грузовом сообщении (СМГС) обязательно для РФ и КНР; в сфере морской перевозки Конвенция ООН о морской перевозке грузов (Гамбургские правила) 1978 г. была подписана только Бразилией в 1978 г., но так и не ратифицирована.

Анализ статуса конвенций показал, что найти конвенции, в которых участвовали бы сразу все страны БРИКС, действительно очень сложно. Автор настоящей статьи провел исследование и выявил, что такие конвенции все-таки существуют, хотя и не только в договорной сфере.

Первым таким исключением, в сфере арбитража, является Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, заключенная в Нью-Йорке в 1958 г. Все пять государств БРИКС являются участниками этой Конвенции. РФ как правопреемница СССР — с 1960 г., Индия тоже с 1960 г., ЮАР с 1976 г., КНР с 1987 г., самой последней эту конвенцию ратифицировала Бразилия в 2002 г.

Именно этот факт послужил мощным толчком для обсуждения перспектив создания международного арбитража в рамках БРИКС. В этом направлении стала происходить большая работа. Так, на II Юридическом форуме был образован Шанхайский центр для разрешения споров стран БРИКС, а уже в рамках III форума в сентябре 2016 г. было принято решение об обра-

зовании в Нью-Дели Международного центра по разрешению споров стран БРИКС и других развивающихся экономик. И уже в 2017 г. на IV Юридическом форуме стран БРИКС в Москве председатель Правления Ассоциации юристов России В. Груздев инициировал создание Международного арбитражного суда БРИКС. Сегодня активно ведется обсуждение на самых разных площадках дальнейших планов по реализации данного проекта¹⁷.

Следующим исключением, уже в сфере способов обеспечения исполнения обязательств, является кейптаунская Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г.¹⁸, которая вступила в силу в 2006 г.¹⁹ Все пять стран БРИКС являются участниками этой Конвенции. Для России эта Конвенция вступила в силу только с 1 сентября 2011 г., для ЮАР с 1 мая 2007 г., для Индии с 1 июля 2008 г., для КНР с 1 июня г., для Бразилии с 1 марта 2012 г.

К Конвенции приняты три протокола: по авиационному оборудованию²⁰, по железнодорожному оборудованию²¹ и по космическому оборудованию²². Все страны БРИКС участвуют в Протоколе по авиационному оборудованию. Конвенция и Протокол рассматриваются в качестве единого документа.

Конвенция применяется тогда, когда на момент заключения соглашения, порождающего или предусматривающего «международную гарантию», должник находится в договаривающемся государстве. Факт нахождения кредитора (залогодателя, продавца или лизингодателя) в государстве, не участвующем в Конвенции, на применимость Конвенции не влияет.

В случае неисполнения обязательства залогодержатель может воспользоваться следующими способами защиты: а) принять во

¹⁷ 4 апреля в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) прошел VI Московский юридический форум «Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции», в рамках первого дня форума Ассоциацией юристов России была проведена сессия «Арбитраж в странах БРИКС и развивающихся странах».

¹⁸ URL: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention> (дата обращения: 22.04.2019).

¹⁹ Статус кейптаунской Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г.: URL: <https://www.unidroit.org/status-2001capetown> (дата обращения: 22.04.2019).

²⁰ См. статус Протокола по авиационному оборудованию: URL: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/aircraft-protocol> (дата обращения: 22.04.2019).

²¹ См. статус Протокола по железнодорожному оборудованию: URL: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/rail-protocol> (дата обращения: 22.04.2009).

²² См. статус Протокола по космическому оборудованию: URL: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/space-protocol> (дата обращения: 22.04.2019).

владение предоставленный ему в порядке обеспечения исполнения обязательства объект или установить контроль над ним; b) продать или передать в лизинг любой такой объект; c) инкассировать или получить любой доход, который образуется в результате использования такого объекта.

Конвенция также содержит положения, касающиеся юрисдикции и применимого права. Стороны соответствующих сделок купли-продажи, лизинга или залога вправе определить суд в любом государстве — участнике Конвенции, который будет обладать юрисдикцией в отношении любого иска, предъявляемого в соответствии с Конвенцией, независимо от того, имеет ли избранный суд какую-либо связь со сторонами или сделкой²³.

Следующим договором по числу участников — стран БРИКС является венская Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.²⁴ (далее — Венская конвенция). Сегодня Венская конвенция является одним из самых известных и авторитетных международных договоров по вопросам регулирования договора купли-продажи между участниками из самых разных стран мира. На 2019 г. ее участниками являются 89 государств²⁵. Среди стран БРИКС данная Конвенция ратифицирована лишь тремя государствами: Россией (с 16 августа 1990 г.), Китаем (с 11 декабря 1986 г.) и Бразилией (с 4 марта 2013 г.). Причем эти страны ратифицировали Венскую конвенцию с оговорками.

Россия является участницей Венской конвенции как правопреемница СССР. Документ о присоединении был размещен на хранение 16 августа 1990 г.²⁶ В СССР Конвенция вступила в силу 1 сентября 1991 г. При присоединении к Конвенции СССР заявил в соответствии со ст. 12 и 96 Конвенции, что любое положение ст. 11, 29 или ч. II Конвенции, которое допускает, чтобы договор купли-продажи или его изме-

нение или прекращение соглашением сторон либо оферта, акцепт или любое иное выражение намерения совершались не в письменной форме, неприменимо, если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие на территории СССР.

Как верно отмечает В. А. Канашевский, правило об обязательной юридической форме контракта купли-продажи (подпадающего под действие Конвенции) с участием российского лица должно соблюдаться, несмотря на исключение из ГК РФ понятия «внешнеэкономическая сделка» и требований об обязательной письменной форме таких сделок (п. 3 ст. 162), по крайней мере до тех пор, пока Россия не отозвала заявление, которое сделал СССР при присоединении к Венской конвенции²⁷.

КНР при присоединении к Конвенции сделала оговорку о том, что не связана положениями Конвенции, относящимися к содержанию ст. 11. Как пишет А. В. Асосков, «несмотря на то, что оговорка, сделанная Китаем, не вполне соответствует тексту комментируемой статьи, следует исходить из того, что Китай также сделал оговорку по ст. 12 и 96 Конвенции, поскольку в силу ст. 98 Конвенции не допускаются никакие оговорки, кроме тех, которые прямо предусмотрены Конвенцией, и сделанная Китаем оговорка по своему смыслу соответствует именно содержанию комментируемой оговорки»²⁸. При этом требование об обязательной письменной форме внешнеэкономических сделок в Китае было отменено в 1999 г.

Бразилия ратифицировала Венскую конвенцию относительно недавно — в 2014 г. Причем также с оговоркой в соответствии со ст. 12 и 96 Конвенции. В отличие от России, парламент Бразилии относительно недавно принял решение в пользу Венской конвенции, притом что Бразилия подписала ее 23 мая 1969 г.

Либеральнее к вопросу формы договора относятся Индия, где договор купли-продажи

²³ Канашевский В. А. Международные сделки: правовое регулирование. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Международные отношения, 2019. С. 213.

²⁴ URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-e-book-r.pdf> (дата обращения: 20.04.2019).

²⁵ См. статус Венской конвенции 1980 г.: URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (дата обращения: 20.04.2019).

²⁶ Уведомление депозитария C.N.263.1990.Treaties-5 от 05.12.1990 // URL: http://www.cisg.ru/dok/CN_2631990Eng.pdf (дата обращения: 18.04.2019).

²⁷ Канашевский В. А. Указ. соч. С. 229.

²⁸ Асосков А. В. Венская конвенция ООН о Договорах международной купли-продажи 1980 г. // URL: <https://sci.house/mejdunarodnoe-pravo-scibook/statya-32613.html> (дата обращения: 23.04.2019).

может быть заключен в любой форме, и ЮАР, где договор купли-продажи тоже может быть заключен как устно, так и письменно, а также частично устно, частично — письменно²⁹.

При этом Венская конвенция применима не только к отношениям между субъектами, осуществляющими деятельность на территории государств-членов (пп. «а» п. 1 ст. 1), но и если нормы международного частного права приводят к необходимости применения права государства-члена (пп. «б» п. 1 ст. 1). Таким образом, в отношении между контрагентами из РФ и других стран БРИКС, которые не являются участниками Конвенции, а именно ЮАР и Индия, Венская конвенция также может применяться.

Однако последнее правило было подвергнуто критике на Дипломатической конференции 1980 г., следствием чего стало включение в текст Венской конвенции нормы, позволяющей государствам при присоединении сделать оговорку о неприменении Конвенции в силу норм международного частного права (ст. 95). Именно такую оговорку в свое время и сделала КНР при ратификации Венской конвенции еще в 1986 г.³⁰ КНР заявила о неприменении Конвенции в случаях, предусмотренных положениями пп. «б» п. 1 ст. 1.: «Любое государство может заявить при сдаче на хранение своей ратификационной грамоты, документа о принятии, утверждении или присоединении, что оно не будет связано положениями подпункта b пункта 1 статьи 1 настоящей Конвенции».

Рассмотрим типовые ситуации с участием контрагентов из стран БРИКС.

1. В ситуации, когда коммерческие предприятия сторон находятся в договаривающихся государствах, в нашем случае в странах БРИКС (РФ или Бразилии), которые не сделали оговорку в соответствии со ст. 95 Конвенции, то Конвенция должна без ограничений применяться на основании пп. «а» п. 1 ст. 1 Конвенции.

2. В ситуации, когда коммерческие предприятия сторон находятся в договаривающихся государствах, в нашем случае в странах БРИКС

(РФ/Китай или Бразилия/Китай), причем одно из этих государств сделало оговорку в соответствии со ст. 95 Конвенции, то Конвенция все равно должна без ограничений применяться на основании пп. «а» п. 1 ст. 1 Конвенции.

3. В ситуации, когда коммерческие предприятия сторон находятся в таких странах БРИКС, как Индия/Китай или ЮАР/Китай, и спор будет рассматриваться в судах Китая, сделавшего оговорку и в силу норм международного частного права применимым является право Китая, то суды такого государства не обращаются к Конвенции, а применяют собственное национальное право, то есть национальное право Китая, а именно Общие положения гражданского права КНР, Общую часть гражданского права КНР, а также основной нормативный акт в сфере договорного права Китая — Закон «О договорах»³¹. Аналогичной будет ситуация, если и в силу норм международного частного права применимым является право иного государства, например не входящего в БРИКС, которое тоже сделало оговорку по ст. 95 Конвенции. Нормы национального законодательства будут превалировать над нормами Конвенции.

4. Если будет аналогичная ситуация и спор будет рассматриваться в судах Китая, сделавшего оговорку, но в силу норм международного частного права будет применяться право РФ, не сделавшей оговорку по ст. 95, то суды Китая будут обращаться к Венской конвенции и subsidiarily будут обращаться к нормам российского права, в зависимости от ситуации. А. В. Асосков подчеркивает, что необходимо иметь в виду, что в договаривающихся государствах, не сделавших оговорки в соответствии со ст. 95 Конвенции (в том числе в России), Конвенция является частью правовой системы, которая вытесняет применение национальных правил о договорах международной купли-продажи. Поэтому принцип применения иностранного права в том виде, в котором оно применяется соответствующим иностранным судом, требует обращения к положениям Конвенции³².

²⁹ Старцев Д. В. Страны БРИКС и Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.: общие вопросы применения // Законодательство и экономика. 2015. № 3.

³⁰ Бабкина Е. В. Сложности применения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и иностранного права при разрешении международных коммерческих споров // URL: http://www.elib.bsu.by/bitstream/123456789/122087/1/babkina_2014_6_Aktyaln_Problem.pdf (дата обращения: 19.04.2019).

³¹ Подробнее о договорном праве Китая: Правовые основы бизнеса в Китае / отв. ред. А. Е. Молотников, В. Шань. М.: Изда-во РКЮЮ, 2018. С. 238.

³² Асосков А. В. Указ. соч.

5. В ситуации, когда коммерческие предприятия сторон находятся в таких странах БРИКС, как РФ/Индия или РФ/ЮАР, и спор будет рассматриваться в судах РФ, т.е. стране, не сделавшей оговорку, а в силу норм международного частного права применимым является право Китая, сделавшего оговорку в соответствии со ст. 95 Конвенции, суд РФ будет применять нормы Венской конвенции по пп. «b» п. 1 ст. 1, поскольку Россия не сделала оговорку в соответствии со ст. 95 Конвенции. Данный подход к решению описанной ситуации получает всё большую поддержку в литературе³³.

Скорее всего, аналогичной будет ситуация, когда коммерческие предприятия сторон находятся в таких странах БРИКС, как Бразилия/Индия или Бразилия/ЮАР, и спор будет рассматриваться в судах Бразилии, т.е. в стране, не сделавшей оговорку, а в силу норм международного частного права применимым будет являться право Китая, сделавшего оговорку в соответствии со ст. 95 Конвенции. Однако согласно ст. 9 Вводного закона к Гражданскому кодексу Бразилии (1942) в редакции № 13.555 от 2018 г. к контрактам должно применяться право места заключения договора — *lex loci contractus*³⁴. Таким образом, бразильское законодательство еще не приняло современные тенденции международного частного права, а именно применение гибких коллизионных привязок. Возможность для сторон контракта выбирать применимое право и использовать принцип автономии воли активно обсуждается учеными из Бразилии. Подавляющее большинство ученых полагают, что, несмотря на молчание ст. 9 Вводного закона к Гражданскому кодексу Бразилии в отношении автономии воли, этот коллизионный принцип существует

в бразильском международном частном праве. Поскольку он является «фундаментальным принципом», хотя непосредственно и не упомянут в законе³⁵. Другие ученые считают, что принцип автономии воли не существует в Бразилии и стороны контракта не могут свободно выбирать применимое право.

6. В ситуации, когда коммерческие предприятия сторон находятся в таких странах БРИКС, как РФ/Индия, и спор будет рассматриваться в судах Индии, т.е. стране, не участвующей в Конвенции, а в силу норм международного частного права применимым является право Китая, сделавшего оговорку в соответствии со ст. 95 Конвенции, суд Индии будет применять Венскую конвенцию. Поскольку суд государства, не участвующего в Конвенции (в отличие от суда договаривающегося государства, не сделавшего оговорку по ст. 95), не связан нормой пп. «b» п. 1 ст. 1 Конвенции, у него в рассматриваемой ситуации отсутствуют убедительные аргументы в пользу применения Конвенции³⁶.

Таким образом, особенности применения Венской конвенции в рамках стран БРИКС выявили, что на практике суды сталкиваются с огромными проблемами в применении Венской конвенции между данными странами. Некоторые ученые, например Д. Д. Старцев, отмечают, что регулирование купли-продажи в БРИКС сложно назвать полностью унифицированным и не имеющим недостатков, однако уже имеющаяся Конвенция и возможность ее применения в этих странах имеют больше положительный оттенок для торговли между этими странами, нежели отрицательный³⁷.

На наш взгляд, есть лишь один путь развития в сфере унификации договорных отношений в странах БРИКС — создание новых документов

³³ *Ferrari Fr. Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention*. Leiden/Boston, 2012. P. 89—90; Schlechtriem & Schwenger: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* / edited by Ingeborg Schwenger. 4th ed. Oxford, 2016. Art. 95. P. 1191; *Fawcett J., Harris J., Bridge M. International Sale of Goods in the Conflict of Laws*. Oxford, 2005. P. 980—981.

³⁴ Международное частное право : Иностранное законодательство / предисл. А. Л. Маковского ; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М. : Статут, 2000. С. 180—184; Вводный закон к ГК Бразилии (в редакции 2018 г.) // URL: [https://pravo.hse.ru/data/2019/03/19/1186062916/%D0%92%D0%B2%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D1%8B%D0%B9%20%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%20%D0%BA%20%D0%93%D0%9A%20%D0%91%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BB%D0%B8%D0%B8%20\(%D1%80%D0%B5%D0%B4.2018\).pdf](https://pravo.hse.ru/data/2019/03/19/1186062916/%D0%92%D0%B2%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D1%8B%D0%B9%20%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%20%D0%BA%20%D0%93%D0%9A%20%D0%91%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BB%D0%B8%D0%B8%20(%D1%80%D0%B5%D0%B4.2018).pdf) (дата обращения: 22.04.2019).

³⁵ *Tiburcio C. Private International Law in Brazil : brief overview* // *Panorama of Brazilian Law*. 2013. Vol. 1, No 1. P. 23.

³⁶ *Асосков А. В.* Указ. соч.

³⁷ *Старцев Д. В.* Указ. соч.

для БРИКС, которые бы послужили основой для всех взаимоотношений между коммерсантами из этих стран. Поскольку разработка единых механизмов нормативного регулирования в сфере трансграничных договорных отношений путем создания международных материальных и коллизионных договоров, а также принятие актов негосударственного регулирования позволит развивать и укреплять взаимодействие в рамках данного объединения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абашидзе А. Х., Солнцев А. М.* БРИКС — международная квазиорганизация? // Актуализация процесса взаимодействия стран БРИКС в экономике, политике, праве / отв. ред. К. М. Беликова. — М., 2012. — 251 с.
2. *Асосков А. В.* Венская конвенция ООН о Договорах международной купли-продажи 1980 г. // URL: <https://sci.house/mejdunarodnoe-pravo-scibook/statya-32613.html> (дата обращения: 23.04.2019).
3. *Захарова М. В.* Конвергенция и конкуренция правовых систем мира // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2018. — № 4 (44).
4. *Канашевский В. А.* Международные сделки: правовое регулирование. — М. : Международные отношения, 2019.
5. *Кузнецов А.* Транснациональные корпорации стран БРИКС // Мировая экономика и международные отношения. — 2012. — № 3.
6. *Левашов Р. О., Беляев Е. В.* Банк развития стран БРИКС как элемент международной финансовой архитектуры // Современные наукоемкие технологии. Региональное приложение. — 2014. — С. 92— 98.
7. *Международное частное право : Иностранное законодательство / предисл. А. Л. Маковского ; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов.* — М. : Статут, 2000.
8. *Международные контракты и их регуляторы : учебник для магистратуры / М. В. Мажорина, Я. О. Алимова.* — М. : Норма: Инфра-М, 2017.
9. *Мещерякова О. М.* Фрагментация как основной фактор, определяющий развитие интеграционных процессов // Правовые аспекты БРИКС / отв. ред. Т. А. Алексеева, П. Каталано. — СПб., 2011.
10. *Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС : учебник : в 2 т. — М. : РУДН, 2015.*
11. *Правовые основы бизнеса в Китае / отв. ред. А. Е. Молотников, В. Шань.* — М. : Издательство РКЮЮ, 2018.
12. *Старцев Д. В.* Страны БРИКС и Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.: общие вопросы применения // Законодательство и экономика. — 2015. — № 3.
13. *Fawcett J., Harris J., Bridge M.* International Sale of Goods in the Conflict of Laws. — Oxford, 2005.
14. *Ferrari Fr.* Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention. — Leiden/Boston, 2012.
15. *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods / ed. by I. Schwenzler.* — 4th ed. — Oxford, 2016.
16. *Tiburcio C.* Private International Law in Brazil : brief overview // Panorama of Brazilian Law. — 2013. — Vol. 1, No 1.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

POTENTIAL UNIFICATION IN THE FIELD OF CROSS-BORDER CONTRACTUAL RELATIONS IN THE BRICS COUNTRIES

Yana O. Alimova, Cand. Sci. (Law), Acting Head of the Moot Courts Department, Associate Professor of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
yaoalimova@msal.ru
9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *The article is devoted to the peculiarities of regulation of cross-border contractual relations that are being developed within the BRICS countries in compliance with universal international treaties. The author has outlined the prospects and problems with which traders from BRICS countries are facing when concluding contracts. International treaties, which contain, above all, uniform substantive rules, play a great role in concluding cross-border contracts. However, all the BRICS countries are member-states to very few treaties. The author of the article has revealed that such conventions still exist, although not only in the contractual field. The article*

pays special attention to the peculiarities of application of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958, the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment of 2001 and, indeed, the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 (although only three BRICS countries are involved, it can also be applied to India and South Africa).

Keywords: BRICS, cross-border contractual relations, unification, international contracts, Cape Town Convention 2001, Vienna Convention 1980, reservations to the Vienna Convention 1980, PRC, Brazil, India, South Africa.

REFERENCES

1. Abashidze A.H., Solntsev A.M. BRIKS — mezhdunarodnaya kvaziorganizatsiya? [BRICS — an international quasi-organization?]. Aktualizatsiya protsessa vzaimodeystviya stran BRIKS v ekonomike, politike, prave [Actualization of the process of interaction of the BRICS countries in economy, politics, law]. Ed. by K. M. Belikova Moscow, 2012. 251 p. (In Russ.)
2. Asoskov A. C. Venskaya konventsiya OON o Dogovorakh mezhdunarodnoy kupli-prodazhi 1980 g . [The Vienna Convention on Contracts for the International Sale of 1980]. URL: <https://sci.house/mejdunarodnoe-pravo-scibook/statya-32613.html> (accessed: 23.04.2019).
3. Zakharova M. V. Konvergentsiya i konkurentsya pravovykh sistem mira [Convergence and competition of legal systems of the world]. *Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 2018. No. 4 (44). (In Russ.)
4. Kuznetsov A. Transnatsionalnye korporatsii stran BRIKS [Transnational corporations of BRICS countries]. *Mirovaya ekonomika i mezhdunarodnye otnosheniya* [World economy and international relations]. 2012. No. 3. (In Russ.)
5. Levashov R. O., Belyaev E. C. Bank razvitiya stran BRIKS kak element mezhdunarodnoy finansovoy arkhitektury [The Bank of Development of the BRICS countries as an element of international financial architecture]. Modern high technologies. Regional application. 2014. pp. 92— 98. (In Russ.)
6. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: Inostrannoe zakonodatelstvo [Private International Law: Foreign Legislation]. Foreword by A.I. Makovskiy; A.N. Zhiltsov, A.I. Muranov (eds). Moscow, Statut Publ., 2000. (In Russ.)
7. Mezhdunarodnye kontrakty i ikh regulatory : uchebnik dlya magistratury [International contracts and their regulators: A Textbook for the Master's Students]. M. S. Mazhorina, Ya. O. Alimova. Moscow, Norma: Infra-M Publ., 2017. (In Russ.)
8. Mezhdunarodnye sdelki: pravovoe regulirovanie [International transactions: legal regulation]. V. A. Kanashevsky. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniya Publ., 2019. (In Russ.)
9. Meshcheryakova O. M. Fragmentatsiya kak osnovnoy faktor, opredelyayushchiy razvitie integratsionnykh protsessov [Fragmentation as the main factor determining the development of integration processes]. Legal aspects of BRICS. T. A. Alekseeva, P. Catalano (eds). St. Petersburg, 2011. (In Russ.)
10. Natsionalnye osobennosti i perspektivy unifikatsii chastnogo prava stran BRIKS : uchebnik [National Features and Prospects of Unification of Private Law of BRICS Countries: A textbook : in 2 volumes]. Moscow, RUDN Publ., 2015. (In Russ.)
11. Pravovye osnovy biznesa v Kitae [Legal basis of business in China]. A. E. Molotnikov, V. Shan (eds). Moscow, RKYuYu Publishing House, 2018. (In Russ.)
12. Startsev D. V. Strany BRIKS i venskaya konventsiya o dogovorakh mezhdunarodnoy kupli-prodazhi tovarov 1980 g.: obshchie voprosy primeneniya [BRICS Countries and the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General issues of application]. *Zakonodatelstvo i ekonomika* [Legislation and Economics]. 2015. No. 3. (In Russ.)
13. Fawcett J., Harris J., Bridge M. International Sale of Goods in the Conflict of Laws. Oxford, 2005.
14. Ferrari Fr. Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention. Leiden/Boston, 2012.
15. Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods. Ed. by I. Schwenger. 4th ed. Oxford, 2016.
16. Tiburcio C. Private International Law in Brazil: brief overview. *Panorama of Brazilian Law*. 2013. Vol. 1, No 1.

Г. К. Дмитриева*,
О. В. Луткова**

Национальные механизмы регулирования трансграничных авторских отношений, объектом которых являются сиротские произведения

Аннотация. В статье рассмотрены механизмы национального (как правового, так и не-юридического) регулирования сиротских произведений, то есть произведений, обладатель (обладатели) прав на которые не установлен(ы) и/или не установлено местонахождение правообладателя. Сиротские произведения предположительно находятся под охраной авторского права, что означает действие исключительных прав на них и потенциальную необходимость получить разрешение у правообладателя на любые способы использования такого произведения — воспроизведение, включая оцифровку, перевод, переработку и др. Однако в ситуации, когда правообладатель не установлен (недоступен), пользователь не имеет объективной возможности получить такое разрешение, и произведение фактически остается вне социума, хотя может при этом иметь художественную, культурную или историческую ценность. Примерно с начала нового тысячелетия в национальных системах права ряда государств началась работа по созданию особого режима правовой охраны сиротских произведений, и в настоящее время около 20 государств мира разработали основы такого режима. В статье анализируется регулирование бесхозных произведений в нескольких государствах — в ЕС и его государствах-членах, Великобритании, США, Канаде, Корее, Японии, Индии. Выявлены зачатки материально-правового и коллизионного регулирования трансграничных отношений, объектом которых являются сиротские произведения. Отмечены особенности регулирования произведений с неустановленным автором в эпоху сетевого общества: в частности, необходимость оцифровки сиротских произведений, поскольку многие из них находятся в единственном экземпляре на испорченных временем носителях; а также тот факт, что оцифрованное произведение из баз данных может мгновенно распространиться в другие юрисдикции. Сделан прогноз возможных путей эволюции правового регулирования указанных отношений с использованием механизмов национального и международного права.

Ключевые слова: сиротские произведения, произведение с потерянным автором, бесхозное произведение, свободное использование произведений, общественное достояние, база данных, авторское право, оцифровка произведений, коллизионное регулирование, охраноспособность произведений.

© Дмитриева Г. К., Луткова О. В., 2019

* Дмитриева Галина Кирилловна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист Российской Федерации
gkdmitrieva@msal.ru

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

** Луткова Оксана Викторовна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ovlutkova@mail.ru

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

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.018-029

Наряду с такими проблемами охраноспособности произведений в трансграничных авторских отношениях, как несовпадение круга регулируемых объектов в разных государствах, снижение требований к уровню охраноспособности произведений в отдельных государствах, особенности правового регулирования параллельного творчества и повторных произведений¹, различие оснований и сроков перехода произведений в общественное достояние², актуальна проблема охраны произведений, авторов которых невозможно установить.

Эта категория произведений в национальном праве и доктрине государств может иметь различные названия: произведения, не определяемые по субъекту авторского права; сиротские или бесхозные произведения (*orphan work*); произведения с недоступным правообладателем; произведения с потерянным автором и др. Специфика правового положения таких произведений в том, что обладатель (обладатели) прав на них не установлен(ы) и/или не установлено местонахождение правообладателя. При этом сами произведения предположительно находятся под охраной авторского права³, что означает действие исключительных прав на них и потенциальную необходимость получать разрешение у правообладателя на любые способы использования такого произведения — воспроизведение, включая оцифровку, перевод, переработку и др. Однако в ситуации, когда правообладатель не установлен (недоста-

пен), пользователь не имеет объективной возможности получить такое разрешение.

Если подходить к сиротским произведениям исключительно с тем же набором инструментов правового регулирования, как к произведениям, в отношении авторов которых нет сомнений, доступным оказывается только механизм свободного использования⁴, то есть очень ограниченный перечень возможностей использования произведения без разрешения правообладателя и выплаты ему гонорара⁵.

Таким образом, произведение, на эксплуатацию которого невозможно легитимно получить разрешение, фактически оказывается вне социума, исключенное из культурного оборота и обреченное храниться на первоначальном носителе с опасностью полной утраты. Такое произведение не только не может быть правомерно выпущено в оборот, но не может даже стать частью электронного фонда библиотеки, музея или архива.

Имеющиеся статистические данные процентного соотношения сиротских произведений и произведений с известными правообладателями впечатляют значительным количеством именно бесхозных произведений. Так, Британская библиотека оценивает количество сиротских произведений в своих фондах в 26,5 %, Университет Карнеги Мелон (Carnegie Mellon University) в двух исследованиях приходит к результатам 21 и 31 %⁶, американская Цифровая библиотека Хатхи Траст (Hathi Trust

¹ См.: Луткова О. В. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 8. С. 5—16 ; № 9. С. 5—16.

² См.: Луткова О. В. Общественное достояние в международном авторском праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 3. С. 45—58.

³ В ином случае они входили бы в общественное достояние и на них распространялся бы режим общественного достояния без каких-либо оговорок, то есть исключительные права на них прекратили бы действие.

⁴ В США и других англосаксонских странах используются доктрина добросовестного использования произведений (*fair use*) и доктрина честного использования произведений (*fair dealing*). См.: Луткова О. В. Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 186—199.

⁵ См.: Луткова О., Черныш Д. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 12. С. 47—56.

⁶ Статистические данные опубликованы в статье: Калятин В. О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. Октябрь — декабрь. С. 12.

Digital Library) после серьезного исследования обнародовала примерную цифру — 50 %⁷.

Наиболее типичными причинами, по которым произведения попадают в категорию сиротских, считаются следующие⁸:

- информация об авторе утрачена помимо воли самого автора: на выпущенном давно и в единственном экземпляре произведении могла стереться информация об авторе из-за повреждения носителя; оригинал произведения утерян, а копия не содержит информации об авторе; автор опубликовал произведение самиздатом или в Интернете, где информация о нем была утрачена или искажена;
- произведение является результатом творческого труда нескольких лиц, не знающих друг о друге⁹;
- автор безразлично относится к результату своего интеллектуального труда и др.¹⁰

Безусловно, не все произведения с недоступным правообладателем непременно имеют коммерческую ценность. Они могут обладать культурной, исторической и образовательной ценностью, характеризуя исторические эпохи или конкретные персоны, как, например, личные письма и дневники, географические карты, учебные и научные тексты и др. В частности, если обратиться к культуре XX в., известна оценка Центра по изучению общественного достоинства Юридической школы университета Дюка

(The Center for the Study of the Public Domain at Duke Law School), согласно которой большинство информации об этом историческом периоде в настоящее время выражено именно в сиротских произведениях¹¹.

В этой связи важна разработка специального правового регулирования для произведений с недоступным правообладателем, которое позволяло бы сохранить защиту владельца прав, но при этом открывало бы пользователям в разных государствах в определенном объеме доступ к таким произведениям.

Разного рода попытки легализовать доступ к сиротским произведениям предприняты в правовых системах ряда стран. И к настоящему времени более 20 государств уже приняли акты, регулирующие этот вопрос. Однако в механизмах законодательного доступа к сиротским произведениям в трансграничном масштабе отсутствует единообразие: от закрепления возможности использования сиротских работ на индивидуальной основе в одних государствах до разрешения лицензирования в массовых масштабах в других государствах.

Европейский Союз. Начало попыток легализовать допуск заинтересованных лиц к использованию сиротских произведений в ЕС отражено в отчете Рабочей группы высокого уровня по цифровым библиотекам 2007 г.¹² (High Level Expert Group on Digital Libraries). В этом документе акцентировано внимание

⁷ Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of «Rights» in Digital Collection Building. By J. P. Wilkin. Feb., 2011 // URL: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/wilkin/> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

⁸ Существуют и другие научные позиции, например что длительная охрана авторских прав, «которая исчисляется в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти...», приводит к тому, что «...владельца авторских прав будет просто невозможно или очень сложно идентифицировать...». См.: *Мишакова Ю. И.* «Сиротские произведения»: история и перспективы развития // Вопросы российского и международного права. 2018. Т. 8, № 5А. С. 169.

⁹ Например, произведения как результат некоторых типов лицензирования по модели creative commons. Или так называемые «демотиваторы» — пародии на основе заимствования изображенного на «плакате-мотиваторе» другого автора оптимистичного визуального сюжета, но с комментарием, формирующим у реципиента настроение обреченности и бессмысленности якобы мотивируемых усилий.

¹⁰ Исследование причин возникновения сиротских произведений см.: *Левава И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю.* Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы. Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. М., 2016. С. 7—8.

¹¹ Orphan Works Analysis and Proposal. Submission to the Copyright Office. Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School. March, 2005. URL: <http://www.law.duke.edu/cspd> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

¹² Report on Digital Preservation, Orphan Works European Commission and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues / Ad. by the High Level Expert Group at its third meeting on 18.04.2007 // URL: ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295.

на необходимость решения государствами — членами ЕС проблемы правового положения сиротских произведений и предложены следующие принципы использования таких произведений: выработка единых оснований использования; разработка правил добросовестного поиска авторов; исключение произведения из реестра сиротских в случае обнаружения автора; установление особого режима использования таких произведений для некоммерческих учреждений в культурных и образовательных целях; закрепление возможности коммерческого использования; выплата правообладателю в случае его обнаружения гонорара за период использования произведения как сиротского.

Эти принципы воспроизведены как юридические нормы в Директиве Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2012/28/ЕС от 25 октября 2012 г. об определенном разрешенном использовании произведений, неопределяемых по субъекту авторского права¹³ (далее — Директива). В соответствии с этим документом «произведения... считаются неопределяемыми по субъекту авторского права, если ни один из правообладателей такого произведения... неизвестен или не обнаружено местонахождение ни одного из известных правообладателей в результате добросовестного поиска, проведенного и зафиксированного» (с. 2).

Важным аспектом для трансграничного регулирования в рамках ЕС является уточнение, что «произведения... признанные неопределяемыми по субъекту авторского права в соответствии со ст. 2 в одном государстве — члене ЕС, должны признаваться таковыми во всех государствах — членах ЕС... могут быть использованы и к ним может быть получен доступ в соответствии с настоящей Директивой во всех государствах — членах ЕС» (ст. 4).

Действие Директивы распространяется на все произведения, находящиеся под защитой законодательства об авторских правах государств — членов ЕС с 29 октября 2014 г. включительно (ст. 8 п. 1).

Ограничения исключительных прав на сиротские произведения незначительны и заключаются в том, что организации (общедоступные библиотеки, образовательные учреждения

и музеи, архивы, фильмо- и аудиофонды, организации общественного вещания, учрежденные в государствах ЕС) вправе (ст. 6): сообщать сиротские произведения для всеобщего сведения; воспроизводить их в целях оцифровки, сообщения, индексирования, каталогизации, сохранения или реставрации. При этом организациям разрешено получать доход за использование сиротских произведений для достижения целей, связанных с общественными интересами.

Если обнаружится автор сиротского произведения в период действия исключительных прав, он может прекратить указанный статус произведения (ст. 5), а также получить справедливую компенсацию за весь период использования произведения до прекращения статуса сиротского. Компенсация устанавливается государством — членом ЕС, на территории которого расположена организация, использовавшая произведение, в отношении которого заявлены права (ст. 18).

На основании Директивы организована единая база данных для ЕС о произведениях с неустановленным правообладателем — Orphan Works Database¹⁴. Помимо информации о сиротских произведениях, находящихся в коллекциях указанных ранее организаций, база данных содержит информацию о коллективных обладателях прав на нее, что должно облегчать заинтересованным лицам получение цифровой копии произведения в законных целях. База комплектуется усилиями крупных библиотек Европы.

Стоит подчеркнуть, что Директива — региональный документ. Ее действие распространяется на отношения государств — членов ЕС и не обязывает государства, входящие в ЕС, действовать аналогичным образом в отношении других государств.

В этом контексте интересен опыт регулирования доступа к бесхозным произведениям непосредственно в национальном праве государств ЕС.

Франция. В 2012 г. парламент Франции принял Закон «О цифровом использовании недоступных книг XX века»¹⁵, в котором Государственной библиотеке Франции

¹³ СПС «ГАРАНТ».

¹⁴ URL: <https://www.oami.europa.eu/orphanworks/> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

¹⁵ JORF n°0053 du 2 mars 2012. LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du xxe siècle // URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=273943 (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

(Gallica¹⁶) разрешена оцифровка печатных произведений, изданных до 1 января 2001 г., авторы которых не установлены (L. 134-1)¹⁷. Оцифровка возможна в случае, когда они не находятся в коммерческом использовании. Оцифрованные произведения передаются в фонд, через который к ним получают доступ пользователи, а также компании-партнеру, ответственному за их дальнейшее использование.

Правообладатель в течение 6 месяцев после размещения в фонде принадлежащего ему произведения может изъять его с целью нового выпуска на рынок (L. 134-3.-I). Для реализации этой цели у правообладателя есть 2 года, после чего право на воспроизведение и распространение произведения в цифровой форме переходит к библиотеке. Библиотека воспроизводит соответствующее произведение на условиях выплаты лицензионных отчислений организации по коллективному управлению правами, принадлежащей Министерству культуры Франции.

В соответствии с данными, представленными на сайте Gallica, в библиотечном фонде находится около 2 млн номеров газет и журналов, более 1 млн изображений, около 100 тыс. рукописей, 130 тыс. географических карт, более 50 тыс. аудиозаписей, более 48 тыс. партитур и более 0,5 млн электронных книг¹⁸. Предусмотрен электронный поиск произведений по ряду критериев, таких как дата и язык издания, тип доступа (коммерческое или бесплатное использование). Возможен электронный экспорт многих документов, объективирующих произведения, их загрузка, печать, отправка по электронной почте и др. (L. 134-2; L. 134-4; L. 134-5; L. 134-6).

Понимание сиротской работы в рассматриваемом Законе совпадает с общеевропейским согласно Директиве (L. 113-10).

Германия. В соответствии с рассмотренной ранее Директивой ЕС в Германии вступил в силу Закон о сиротских произведениях и вышедших из продажи изданиях 2014 г.¹⁹ На его основании предусмотрена выдача лицензий на ис-

пользование вышедших из продажи изданий через национальные организации коллективного управления правами, наиболее значимыми среди которых являются Общество авторов и издателей текстовых произведений (VG Wort) и Общество защиты авторских прав в искусстве (VG Bild-Kunst; представляет интересы художников, фотографов, дизайнеров, карикатуристов, режиссеров, операторов и хореографов). Обе организации по коллективному управлению правами администрируют базы данных в соответствующих сферах.

В том случае, когда добросовестные попытки установить правообладателя произведения оказались безрезультатными, публичным библиотекам, государственным научным и учебным заведениям разрешено оцифровывать такие «бесхозные» произведения и размещать их в открытом доступе онлайн в рамках миссии по сохранению культурного наследия.

Официально действующие в определенной сфере авторских прав организации в отношении прав на воспроизведение представляют интересы правообладателей, не передавших полномочия на лицензирование своих произведений ни одной организации коллективного управления, при выполнении следующих условий:

- произведение было впервые опубликовано до 1 января 1966 г.;
- экземпляры произведений хранятся в фондах и архивах государственных учреждений;
- использование вышедших из продажи произведений ограничивается воспроизведением и распространением в некоммерческих целях;
- по заявке организации по коллективному управлению правами произведение зарегистрировано в открытом реестре вышедших из продажи произведений;
- в течение 6 недель после внесения произведения в упомянутый реестр правообладатель не направил возражения в организацию по коллективному управлению правами.

¹⁶ Галлика (фр. Gallica) — онлайн-библиотека Национальной библиотеки Франции. Все материалы библиотеки находятся в свободном доступе. Библиотека содержит следующие виды документов: книги, журналы, газеты, фотографии, карикатуры, плакаты, карты, рукописи, партитуры, аудиоматериалы, книжные миниатюры.

¹⁷ How France is embracing digitization of everything // CNN. URL: http://edition.cnn.com/2015/02/21/intl_tv/chambers-france-digitization/index.html (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

¹⁸ Gallica en chiffres. <http://gallica.bnf.fr/GallicaEnChiffres> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

¹⁹ Германия спешит соответствовать Директиве ЕС «О сиротских произведениях» // URL: https://www.copyright.ru/news/main/2014/3/21/ocifrovka_proizvedenie (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

Соединенное Королевство. В Великобритании проблема сиротских произведений рассматривалась в течение нескольких лет как ключевое направление независимого обзора системы интеллектуальной собственности, проведенного в ноябре 2010 г. Было выявлено, в частности, что около 40 % находящихся в архивах материалов являются произведениями с неустановленным правообладателем и содержатся на материальных носителях, созданных из распадающегося материала, — на целлулоидной пленке, звуковой ленте и пр. В 2013 г. на основании рекомендаций к докладу и Директивы ЕС 2012 г.²⁰ были приняты поправки в Закон об авторском праве, дизайне и патентах 1998 г. В Закон были введены положения уполномочить Государственного секретаря предоставлять неисключительные лицензии на использование сиротских работ на срок до семи лет с возможностью продления для ситуаций, когда предполагаемый пользователь провел добросовестный поиск, но не смог найти владельца исключительных прав.

США. Попытки законодательно урегулировать доступ к сиротским произведениям предпринимались в США с конца прошлого века, но не были успешны. Так, в 1998 г. был принят Закон о справедливости в области лицензирования музыки (Fairness in Music Licensing Act), благодаря которому действие института добросовестного использования произведений распространялось на музыкальные произведения с недоступным правообладателем, а также на музыкальные произведения, которые давно не переиздавались. Барам и ресторанам было позволено воспроизводить произведения, находящиеся в указанном статусе, без необходимости во всех других случаях лицензии. Однако Европейская комиссия в 2000 г. обратилась жалобой в ВТО по факту нарушения Соединенными Штатами Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г., и США отменили упомянутый Закон²¹.

Кроме того, в 2005 г. в США была предпринята попытка создания базы данных сиротских произведений под названием «Фонд мертвой руки», в задачи которой входило перечислять процент от продажи или предоставления доступа к сиротским произведениям. Инициатива исходила от Бюро по охране авторских прав при Библиотеке Конгресса. Собранные средства предполагалось направлять на выплату компенсации обладателям исключительных прав на сиротские произведения в случае их обнаружения. Однако в 2006 г. законопроект по этому вопросу был отклонен Конгрессом под влиянием протестов со стороны организаций, представляющих интересы групп художников и издателей²². Считается, что это произошло в первую очередь из-за неконкретности предлагаемых мер, выраженных в формулировках «добросовестный поиск в разумных объемах» и «добропорядочные намерения использования произведения»²³.

В настоящее время достижения США по легализации доступа к произведениям с неустановленным правообладателем сводятся к документу неюридического характера — докладу Бюро по охране авторских прав в США (US Copyright Office) «Сиротские произведения и массовая оцифровка» 2015 г.

В Докладе предложено создать систему расширенного коллективного лицензирования на оцифровку произведений с неустановленным правообладателем, которую можно использовать для авторизации проектов на условиях, установленных сторонами, и под государственным надзором. Согласно этой модели, лицензии должны выдаваться и управляться коллективными организациями, которые получают на это полномочия от определенных государственных органов по авторскому праву. Коллективные организации, выступая лицензиарами, как на безвозмездных, так и на возмездных условиях, представляют интересы неустановленных владельцев авторских прав на следующие категории произведений: литературные произведе-

²⁰ Великобритания в настоящее время находится в процессе выхода из Европейского Союза, однако указанная Директива ЕС 2012 г. оказала влияние на ее внутреннее законодательство.

²¹ Dispute Settlement: Dispute DS160 // World Trade Organization. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

²² Peters M. The Importance of Orphan Works Legislation // U. S. Copyright Office. URL: <https://www.copyright.gov/orphan/> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

²³ Козловский С. А., Горбунова А. С., Жуков Д. А. [и др.] Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / под общ. ред. С. А. Козловского. М. : Ваш формат, 2017. С. 100.

ния; графические произведения, включая опубликованные в виде иллюстраций, диаграмм или аналогичных дополнений к литературным произведениям; фотографии.

В случае если правообладатель будет установлен, он вправе прекратить статус своего произведения как сиротского.

Предложены следующие принципы регулирования доступа к сиротским произведениям²⁴:

- ограничить средства защиты авторских прав для тех пользователей, которые могут доказать, что провели добросовестный и скрупулезный поиск правообладателя и не смогли установить его личность и/или местонахождение;
- определить, что скрупулезный поиск означает как минимум поиск при помощи Бюро по охране авторских прав, поиск источников авторского права и лицензий с использованием разумных и целесообразных технических средств и баз данных;
- требовать от Бюро по охране авторских прав поддержки в поисках;
- разрешить суду США при определении им соответствия конкретного результата поиска закону США принимать во внимание подтверждающие документы иностранной юрисдикции о том, что поиск был произведен добросовестно и с достаточным усердием, при условии, что соответствующее иностранное государство обеспечивает аналогичное обращение с результатами поиска, квалифицируемыми США;
- денежную компенсацию пользователями за нарушение авторских прав на сиротские произведения ограничить разумным размером в виде суммы, с которой согласились бы заинтересованные покупатель и продавец непосредственно перед началом использования;
- отменить денежную компенсацию для некоммерческих образовательных и культурных учреждений;
- ограничить объем санкций против переработки сиротского произведения, если она сочетается со значительным оригинальным выражением в новой работе, разумной компенсацией за прошлые и будущие виды использования и обеспечение атрибуции;

- разрешить суду налагать судебный запрет на внесение изменений в сиротское произведение, таких как вставка переводчиком или переписчиком фрагментов (слов или фраз) в первоначальный текст, ведущих к созданию новой производной работы, при условии, если таким образом первичному автору будет нанесен вред репутационного характера;
- сохранить возможность добросовестного использования (fair use) сиротских произведений и др.

В ряде государств (Канада, Япония, Индия, Южная Корея) в настоящее время в отношении бесхозных произведений законодательно установлены системы лицензирования, в которых использованы схожие алгоритмы публичных поисков автора с дальнейшим внесением иском лицензией «страхового» взноса на случай обнаружения правообладателя произведений.

Канада. Классическим примером государственного лицензирования сиротских произведений является правовое регулирование Канады, закрепленное в Законе об авторском праве Канады²⁵ (разд. 77), в который были внесены поправки в 2012 г. Любое лицо, которое испрашивает разрешение на использование защищенных авторским правом работ, но не может найти правообладателя, может обратиться в Совет по авторским правам Канады за неисключительной лицензией на использование этой работы (Copyright Act, s. 6.2). При этом испрашивающее лицензию лицо должно доказать, что предприняло разумные меры, которые не привели к обнаружению правообладателя.

Совет по авторским правам Канады ведет базу данных выданных лицензий, устанавливает сроки использования произведения и размер сбора за пользование. Сборы направляются в организации по коллективному управлению авторскими правами.

Лицензии могут быть выданы на произведения, охраняемые авторским правом и опубликованные: печатные произведения, аудиозаписи, видеозаписи, включая записи трансляций. Предметом лицензии могут быть все виды исключительных авторских прав, принадлежащие владельцу.

Если обнаружится правообладатель, он вправе требовать снять с произведения статус

²⁴ Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights. June, 2015 // URL: <https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

²⁵ Copyright Act (R.S.C., 1985, consolidated version incorporating all amendments up to June 19, 2017) // URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=441765 (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

сиротского, а также требовать выплаты в свою пользу вознаграждения, определенного в лицензионном договоре, но не позднее пяти лет после истечения срока действия лицензии. В противном случае вознаграждение сохраняется за соответствующей организацией.

Индия. Согласно законодательству Индии (Art. 31a, Indian Copyright Act)²⁶ лицензия на использование бесхозного произведения может быть выдана любому лицу государственным органом — Советом по авторскому праву — при следующих условиях: объект лицензии представляет собой неопубликованную индийскую²⁷ работу; автор умер или неизвестен либо автор (правообладатель) не может быть найден; предметом лицензии является право на публикацию или перевод произведения на любой язык; перед подачей заявки заявитель опубликовал на английском языке свое предложение в выпуске ежедневной газеты, имеющей циркуляцию в большей части и имеющей специальное приложение, предназначенное для подобных публикаций; такое предложение должно быть сделано в установленной форме и сопровождаться рекламой. Если лицензия будет предоставлена, заявитель должен внести на счет государственного органа сумму роялти с тем, чтобы она могла быть выплачена владельцу авторских прав в случае его обнаружения.

Япония. Закон Японии об авторском праве²⁸ (ст. 67) предписывает потенциальным пользователям сиротских произведений обращаться к уполномоченному Агентства по делам культуры. Такое обращение возможно в отношении определенных видов работ. Заявитель должен подтвердить, что не смог найти или установить правообладателя после должной осмотритель-

ности, а также должен внести денежный сбор (компенсацию) в пользу правообладателя. Принудительное лицензирование возможно только в отношении обнародованных произведений, которые не предоставлялись общественности в течение значительного периода времени²⁹.

Корея. Согласно Корейскому закону об авторском праве³⁰ (ст. 50) пользователи могут подать заявку на принудительную лицензию по использованию некоторых видов сиротских работ, действуя через министра культуры, спорта и туризма. После получения разрешения и внесения компенсации заявитель на любых сделанных копиях должен указывать реквизиты лицензии³¹.

Российская Федерация. Проблема использования произведений с недоступным правообладателем в России в настоящее время не решена³², хотя и поднималась в виде законопроекта Минкомсвязи РФ о реестре сиротских и перешедших в общественное достояние произведений от 27 августа 2015 г. В проекте предлагалось создать открытый реестр произведений, с помощью которого осуществлялся бы поиск авторов и правообладателей. В случае если в течение 6 месяцев с момента публикации в реестре таковые не были найдены, произведение считалось бы перешедшим в общественное достояние. Предусматривалось использование такого произведения на условиях открытой лицензии (ст. 1286.1 ГК РФ). Ответственность лиц, использовавших такое произведение, в случае, если позднее правообладатель обнаружится, исключалась. Законопроект в настоящее время находится на доработке как противоречащий российскому законодательству³³.

²⁶ Indian Copyright Act, 1957 (Act No. 14 of 1957, as amended up to Act No. 49 of 1999) // URL: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=128097 (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

²⁷ Индийская работа означает произведение литературы, драматическое или музыкальное произведение... автор которого, в случае неопубликования произведения, во время создания работы являлся гражданином Индии (Art. 2(a)(iii)), Indian Copyright Act).

²⁸ Japanese Copyright Act, Art. 67.

²⁹ С 1972 по 2010 г. в Японии было выдано всего 82 принудительные лицензии на использование произведений с потерянным правообладателем.

³⁰ South Korean Copyright Act, Art. 47.

³¹ В настоящее время в рамках программы выпущено только 10 лицензий.

³² Костюк К. Н. Проблема введения сиротских произведений в пространство легального рынка электронных книг // Библиотечное дело. 2013. № 8 (194). С. 31—33.

³³ В соответствии с законопроектом переход произведения в общественное достояние обусловлен только фактом включения его в специальный реестр, тогда как по российскому законодательству (так же как и на основании международных соглашений) этот переход связывается с истечением срока охраны исключительных прав (п. 1 ст. 1281, п. 1 ст. 1282 ГК РФ).

Можно прийти к выводу, что правовое регулирование доступа к произведениям, неопределяемым по субъекту авторского права, сложившееся в ряде государств к настоящему времени, специфично и далеко не только от унификации, но даже от гармонизации норм в рассматриваемой сфере. Неединообразно оценивается большинство элементов института произведений с потерянным автором: само понятие сиротского произведения; виды произведений, к которым может быть открыт доступ, и способы их возможного использования; субъектный состав пользователей и лиц, отвечающих за эксплуатацию произведений; сроки, в течение которых автор может прекратить статус сиротского произведения; возможность коммерческого использования таких произведений и многие другие.

В то же время в зарождающемся регулировании усматриваются некоторые общие тенденции развития: выбор в качестве объекта произведений, находящихся под охраной авторского права, авторы которых неизвестны или недоступны; требование проведения предварительного поиска правообладателя, который не привел к установлению его личности и/или местонахождения; создание банков-хранилищ произведений; возможность правообладателя в течение определенного времени восстановить свои права и получить компенсацию за использование произведения; разумное ограничение компенсации автору. В действующих нормах отдельных государств просматривается тенденция регулирования доступа к бесхозным произведениям в трансграничных отношениях: создание объединенных банков-хранилищ сиротских произведений и сотрудничество таких банков, а также признание статуса сиротского произведения, установленного в одном государстве, другими (договаривающимися) государствами (ЕС); восприятие (в установленном случае) национальными судами выданных в иностранной юрисдикции подтверждающих документов о проведенном поиске правообладателя в качестве доказательств «сиротства» произведения (США).

В силу особенностей ситуации — периода сепаратного и активного становления института регулирования сиротских произведений в разных государствах — и в доктрине нет единого мнения о том, что этот институт должен собой представлять и как «встраиваться» в мировую систему охраны авторских прав. Вариативность мнений ученых может тяготеть к предположению, что «...режим сиротских произведений представляет собой режим временного общественного достояния: сиротское произведение признается таковым и может использоваться любым лицом до тех пор, пока автор не будет установлен (не заявит о себе), то есть за автором сиротского произведения в любом случае должна быть сохранена возможность восстановления исключительного права в полном объеме»³⁴. И одновременно существует небезосновательное утверждение, что «...сиротское произведение не может считаться перешедшим в общественное достояние...», поскольку «...презюмируется охрана авторским правом, сохраняется монопольное положение, обеспечивается защита исключительных прав»³⁵.

Противоречива ситуация с «бесхозными» произведениями и в мировой практике. При том что данные статистики (в том числе приведенные в начале статьи), казалось бы, сигнализируют о необходимости создания режима доступа к произведениям с потерянным автором, правотворческая практика «не торопится» с урегулированием отношений не только на международном уровне, но и во многих национальных правовых порядках; а там, где эти отношения все же каким-то образом урегулированы, механизмы доступа вдруг оказываются не слишком востребованы. И получается, что «в мире решения проблемы как будто есть, но на самом деле ни одно из них не работает»³⁶.

Полагаем, что в условиях сетевого общества разработка режима правового регулирования доступа к произведениям с потерянным автором необходима по крайней мере по следующим причинам:

— общество должно иметь доступ к произведениям, чьих авторов невозможно установить

³⁴ Ахмедов Г. А., Войниканис Е. А., Глазунова К. Д. [и др.] Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. М., 2017. С. 159. URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends_in_Intellectual_Property.pdf (дата обращения: 25 апреля 2019 г.).

³⁵ Ахмедов Г. А., Войниканис Е. А., Глазунова К. Д. [и др.] Указ. соч. С. 160.

³⁶ Савина М. Сиротские произведения в Сети // Computerworld Россия. 2017. № 20. URL: <https://www.osp.ru/cw/2017/20/13053623/>.

- или найти, поскольку такие произведения могут содержать ценность — художественную, коммерческую, историческую, культурную;
- многие произведения с неустановленным автором нуждаются в оцифровке, поскольку находятся в единственном экземпляре на испорченных временем носителях;
- размещенное в Сети (банке данных) произведение неминуемо «разойдется» по всему миру, включая юрисдикции, не предусматривающие его охрану.

Представляется, что инициировать переговоры о создании режима охраны целесообразно именно на международном уровне, поскольку любые национальные (и даже региональные)

нововведения, во-первых, не решат проблему трансграничных отношений в рассматриваемой сфере и, во-вторых, будут противоречить конвенционному режиму охраны исключительных авторских прав, основанному на критерии срока их охраны.

Что же касается вопроса о востребованности урегулирования отношений, полагаем, практика лицензирования использования сиротских произведений может быть незначительна именно из-за противоречивости и сложности подходов в разных государствах, но даже если некоторые ценные произведения, оказавшиеся без автора, вернутся в социум, усилия мирового сообщества будут оправданны.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ахмедов Г. А., Войниканис Е. А., Глазунова К. Д. [и др.] Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. — М., 2017.
2. Калятин В. О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2015. — № 4.
3. Козловский С. А., Горбунова А. С., Жуков Д. А. [и др.] Открытая библиотека. Рекомендации для библиотек по использованию открытых лицензий и публикации произведений в режиме открытого доступа / под общ. ред. С. А. Козловского. — М.: Ваш формат, 2017.
4. Костюк К. Н. Проблема введения сиротских произведений в пространство легального рынка электронных книг // Библиотечное дело. — 2013. — № 8 (194).
5. Левова И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю. Сиротские произведения в России: статус, пути решения проблемы. Как открыть доступ к произведениям, авторов или законных правообладателей которых установить невозможно. — М., 2016.
6. Луткова О., Черныш Д. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2011. — № 12.
7. Луткова О. В. Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2016. — № 2.
8. Луткова О. В. Общественное достояние в международном авторском праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2016. — № 3. — С. 45—58.
9. Луткова О. В. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2016. — № 8. — С. 5—16; № 9.
10. Мишакова Ю. И. «Сиротские произведения»: история и перспективы развития // Вопросы российского и международного права. — 2018. — Т. 8, № 5А.
11. Савина М. Сиротские произведения в Сети // Computerworld Россия. — 2017. — № 20.
12. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of «Rights» in Digital Collection Building / by J. P. Wilkin. — Feb., 2011.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

**NATIONAL MECHANISMS OF REGULATION OF CROSS-BORDER COPYRIGHT RELATIONS
AIMED AT PROTECTION OF ORPHAN WORKS**

Galina K. Dmitrieva, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (Moscow State Law University), Merited Lawyer of the Russian Federation

gkdmtrieva@msal.ru

9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Oksana V. Lutkova, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

ovlutkova@mail.ru

9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *The article has investigated the mechanisms of the national (both legal and non-legal) regulation of orphan works, i.e. works the holder (holders) of rights to which is (are) not identified and/or the location of the rights-holder is not established. Orphan works are supposedly protected by copyright, which means the validity of exclusive rights and the potential need to obtain permission from the copyright holder for any form of using the works under consideration, namely: reproduction including digitization, translation, processing, etc. However, in a situation where the right holder is not determined (is unavailable), the user does not have an objective opportunity to obtain such a permission, and the work actually remains unknown to the society, although it can be of artistic, cultural or historical value. Since the beginning of the new millennium, the national legal systems of a number of States have establish a special regime for the legal protection of orphan works, and about 20 states of the world have developed the foundations of such a regime so far. The article analyzes the regulation of orphan works in several states — in the EU and its member states, Great Britain, the USA, Canada, Korea, Japan, India. The authors have determined the foundations of the substantive and conflict of laws regulation of cross-border relations regulating orphan works. Features of regulation of works with an unidentified author in the era of a network society are highlighted: in particular, the need to digitize orphan works, since many of them are in a single copy on the medium ruined by time, and the fact that the digitized work can instantly spread from databases to other jurisdictions. The authors provide for the forecast of possible ways of evolution of legal regulation of relations in question with the use of mechanisms of national and international law.*

Keywords: *orphan works, work with a lost author, ownerless work, free use of works, public domain, database, copyright, digitization of works, conflict of laws regulation, protectability of works.*

REFERENCES

1. Akhmedov G. A., Voinikanis E. A., Glazunova K. D. [et al.] Osnovnye tendentsii razvitiya prava intellektualnoy sobstvennosti v sovremennom mire, v tom chisle novye obekty intellektualnykh prav i globalnaya zashchita [The main tendencies of intellectual property rights development in the modern world, including new objects of intellectual rights and global protection]. Moscow, 2017. (In Russ.)
2. Kalyatin V. O. Funktsii rezhima obshchestvennogo dostoyaniya v sovremennom informatsionnom obshchestve [Functions of the regime of public domain in the modern information society]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2015. No. 4. (In Russ.)
3. Kozlovskiy S. A., Gorbunova A. S., Zhukov D. A. [et al.] Otkrytaya biblioteka. Rekomendatsii dlya bibliotek po ispolzovaniyu otkrytykh litsenziy i publikatsii proizvedeniy v rezhime otkrytogo dostupa [Open library. Recommendations for libraries on the use of open licenses and publication of works in open access mode]. S. A. Kozlovsky (ed.). Moscow, Vash format Publ., 2017. (In Russ.)
4. Kostyuk K. N. Problema vvedeniya sirotskikh proizvedeniy v prostranstvo legalnogo rynka elektronnykh knig [The problem of introduction of orphan works into the space of the legal market of e-books]. *Bibliotechnoe delo*. 2013. No. 8 (194). (In Russ.)
5. Levova I. Yu., Vinnik D. V., Moiseeva A. Yu. Sirotskie proizvedeniya v Rossii: status, puti resheniya problemy. Kak otkryt dostup k proizvedeniyam, avtorov ili zakonnykh pravoobladateley kotorykh ustanovit nevozmozhno

- [Orphan works in Russia: The status, ways of solving the problem. How to open access to works, authors or legal owners of which cannot be established]. Moscow, 2016. (In Russ.)
6. Lutkova O., Chernysh D. Konventionnoye regulirovaniye svobodnogo ispolzovaniya proizvedeniy v transgranichnom kommercheskom oborote [Convention Regulation of Free Use of Works in Transboundary Commercial Turnover]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava [Intellectual Property. Copyright and Related Rights]*. 2011. No. 12. (In Russ.)
 7. Lutkova O. V. Doktrina dobrosovestnogo ispolzovaniya proizvedeniy v sovremennom avtorskom prave SShA [The Doctrine of Fair Use of Works in Modern Copyright of the USA]. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2016. No. 2. (In Russ.)
 8. Lutkova O. V. Obshchestvennoye dostoyaniye v mezhdunarodnom avtorskom prave [Public domain in international copyright law]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava [Intellectual Property. Copyright and Related Rights]*. 2016, No. 3, pp. 45—58. (In Russ.)
 8. Lutkova O. V. Problema okhranosposobnosti proizvedeniy s neznachitelnyim urovnem tvorchestva i povtornykh proizvedeniy v avtorskom prave zarubezhnykh gosudarstv i RF [The problem of protection of works with insignificant level of creativity and repeated works in copyright of foreign states and the Russian Federation]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava [Intellectual Property. Copyright and Related Rights]*. 2016. No. 8. pp. 5—16, No. 9. (In Russ.)
 10. Mishakova Yu. I. «Sirotskie proizvedeniya»: istoriya i perspektivy razvitiya [Orphan Works: History and Prospects of Development]. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava [Questions of Russian and International Law]*. 2018. Vol. 8, No. 5A. (In Russ.)
 11. Savina M. Sirotskie proizvedeniya v seti [Orphan works in the Network]. *Computerworld Russia*. 2017. No. 20. (In Russ.)
 12. Wilkin J.P. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building. Feb., 2011.

О. Ф. Засемкова*

Международное частное право в XXI веке: современные вызовы и перспективы развития

Аннотация. В условиях интеграции, глобализации и усложнения частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, международное частное право приобретает особое значение. Подвергаясь воздействию со стороны таких процессов, оно не только стремительно развивается и получает новые направления развития, но и сталкивается с новыми глобальными вызовами. В связи с этим в статье предпринята попытка проанализировать основные тенденции развития международного частного права в XXI в., выявив новые тренды и угрозы, с которыми оно может столкнуться в современных условиях.

По итогам проведенного анализа автор приходит к выводу о том, что основными тенденциями развития международного частного права является расширение сферы его применения, а также унификация и гармонизация, проводимые в рамках различных международных организаций как на универсальном, так и на региональном уровнях. Наиболее важную роль в этом процессе играют Гагская конференция по международному частному праву, Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Наконец, еще одной важной тенденцией развития международного частного права является попытка адаптации к новым, стремительно меняющимся реалиям, что приводит к существенной модернизации способов разрешения трансграничных частноправовых споров.

Ключевые слова: международное частное право, унификация, гармонизация, онлайн-арбитраж, цифровые технологии, блокчейн, блокчейн-арбитраж, ЮНСИТРАЛ, Сингапурская конвенция.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.030-036

В условиях глобализации, цифровизации, а также возрастающей экономической взаимозависимости государств происходит постепенное изменение векторов развития международного частного права (далее — МЧП)¹.

При этом одной из современных тенденций развития данной отрасли является расширение сферы применения МЧП, которое прояв-

ляется в двух основных аспектах. Во-первых, в условиях стремительного развития новых технологий (например, таких как блокчейн, Big Data и искусственный интеллект) появляются новые виды общественных отношений², которые могут носить трансграничный характер и, как следствие, ставить вопрос о выборе подлежащего применению права, а также о способах

¹ Мажорина М. В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 193—217.

² Аничкин Е. С. Международное частное право начала XXI века: универсальные векторы эволюции // Известия Алтайского государственного университета. 2015. № 2-1 (86). С. 23 ; De Caria R. A Digital Revolution in International Trade? The International Legal Framework for Blockchain Technologies, Virtual Currencies

© Засемкова О. Ф., 2019

* Засемкова Олеся Федоровна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры международного частного права, старший преподаватель кафедры правового моделирования Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

zasemkova.olesya@mail.ru

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

разрешения возникающих из таких отношений споров.

Во-вторых, с развитием общественных отношений возникают новые правовые вопросы и в уже существующих сферах, которые также требуют регулирования, в том числе с точки зрения международного частного права. Например, в сфере международной торговли формируется электронная торговля. В сфере трансграничных брачно-семейных отношений признание постепенно получают такие новые институты, как суррогатное материнство, зарегистрированное партнерство, сожитительство вне брака и др. Не менее значимые изменения происходят и в иных сферах трансграничных частноправовых отношений.

Важную роль в решении указанных проблем играют международные организации, занимающиеся вопросами унификации и гармонизации права как на международном, так и на региональном уровнях.

Одной из таких организаций, осуществляющей работу по совершенствованию правовых основ, необходимых для прогрессивного развития и модернизации права международной торговли, является Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)³. В рамках данной организации действует шесть рабочих групп, занимающихся проведением подготовительной работы по таким ключевым темам, как⁴: микро-, малые и средние предприятия; урегулирование споров, включая разрешение споров путем проведения процедуры посредни-

чества (медиации), урегулирование споров в режиме онлайн, а также ускоренную арбитражную процедуру⁵; реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами; электронная торговля; несостоятельность; а также обеспечительные интересы.

При этом особое внимание уделяется развитию такого нового направления международной торговли, как электронная торговля. Так, за последние годы ЮНСИТРАЛ приняла целый ряд документов по этому вопросу, включая⁶: Типовой закон об электронных подписях 2001 г., Конвенцию ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г., а также Типовой закон об электронных передаваемых записях 2017 г. Наряду с этим, к числу приоритетов ЮНСИТРАЛ относится также работа в сфере технологии блокчейн⁷.

Не менее важное значение для развития МЧП имеет та работа, которую ЮНСИТРАЛ ведет в области урегулирования споров. Так, принимая во внимание «резкое увеличение числа трансграничных контрактов, заключаемых онлайн, и, как следствие, необходимость создания механизмов разрешения вытекающих из них споров», в 2017 г. ЮНСИТРАЛ были подготовлены Технические комментарии по урегулированию споров в режиме онлайн⁸.

Учитывая сложности, возникающие в процессе исполнения соглашений, достигнутых сторонами в ходе процедуры посредничества (медиации)⁹ ЮНСИТРАЛ подготовила два аль-

and Smart Contracts: Challenges and Opportunities // URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/5-DE_CARIA-A_Digital_Revolution_in_International_Trade.pdf (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

³ URL: <https://uncitral.un.org/ru> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁴ URL: <https://uncitral.un.org/ru/gateway> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁵ Комиссия ООН по праву международной торговли. Рабочая группа II (Урегулирование споров). Шестидесят девятая сессия. Нью-Йорк, 4—8 февраля 2019 г. // URL: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.II/WR.207> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁶ URL: <https://uncitral.un.org/ru/texts/ecommerce> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁷ Takahashi K. Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works // URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/30-TAKAHASHI-Implications_of_the_Blockchain_Technology_and UNCITRAL_works.pdf (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁸ Технические комментарии ЮНСИТРАЛ по урегулированию споров в режиме онлайн. Нью-Йорк, 2017 г. // URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/17-00384_r_ebook_technical_notes_on_odr.pdf (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁹ Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ «Планируемая и возможная будущая работа». Ч. III : Предложение правительства Соединенных Штатов Америки: будущая работа для Рабочей группы II // URL: <https://undocs.org/ru/a/cn.9/822> (дата обращения: 25 марта 2019 г.) ; Ответы на вопросы Секретариата ЮНСИТРАЛ, касающиеся правового регулирования, относящегося к трансграничному приведению в исполнение международных соглашений об урегулировании коммерческих споров (заключаемых в результате международных коммерческих посреднических / посреднических процедур) : Подборка за-

тернативных документа, направленные на решение данной проблемы¹⁰: проект Сингапурской конвенции о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества¹¹, а также поправки к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре, принятому в 2002 г.¹² При этом следует отметить тот факт, что ЮНСИТРАЛ впервые пошла на столь беспрецедентный шаг, подготовив сразу два альтернативных по своей правовой природе документа (Конвенцию и поправки к Типовому закону). Такое решение объясняется стремлением предоставить как можно большему числу государств (в том числе тем странам, которые еще не готовы присоединиться к Конвенции) «согласованные стандарты, позволяющие обеспечить принудительное исполнение мировых соглашений, достигнутых в ходе процедуры посредничества»¹³.

Еще одной важной организацией, осуществляющей работу по унификации норм МЧП, является Гагская конференция по международному частному праву (далее — Гагская конференция)¹⁴. Данная организация была создана еще в 1893 г. по инициативе лауреата Нобелев-

ской премии мира Т. Ассера (T. Asser). 12 сентября 2018 г. она отпраздновала свое 125-летие. На конференции, приуроченной к этому юбилею¹⁵, было отмечено, что в условиях быстрого роста числа трансграничных частноправовых отношений, МЧП сталкивается с новыми, глобальными вызовами. Среди них — проблема обеспечения исполнимости иностранных судебных решений. В связи с этим в качестве одного из приоритетных направлений работы Гагской конференции было провозглашено завершение работы над проектом конвенции, направленной на обеспечение признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, работа над которым ведется с 1992 г.¹⁶

Итогом этой многолетней работы стал представленный в мае 2018 г. на заключительном заседании специальной комиссии проект Конвенции о признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам¹⁷ (Judgments Convention), направленный на создание максимально простой и эффективной системы взаимного признания и исполнения иностранных судебных решений в государствах — участниках данной Конвенции¹⁸. Итоговое обсуждение данного документа пройдет в рамках 22-й дипломатической сес-

мечаний. Российская Федерация // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/041/91/PDF/V1504191.pdf?OpenElement> (дата обращения: 25 марта 2019 г.).

¹⁰ Подробнее об этих документах и процедуре их разработки см.: Засемкова О. Ф. Сингапурская конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества (медиации): от мечты к реальности? // Lex russica. 2018. № 3 (148). С. 60—72.

¹¹ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: Draft as finalized by the Commission // URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_i.pdf (дата обращения: 29 марта 2019 г.).

¹² Комиссия ООН по праву международной торговли. Рабочая группа II (Урегулирование споров). Шестидесят восьмая сессия. Нью-Йорк, 5—9 февраля 2018 г. Записка Секретариата // URL: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.II/WR.205/Add.1> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

¹³ Засемкова О. Ф. Указ. соч. С. 60—72 ; Записка Секретариата «Международная коммерческая медиация: проект Конвенции о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации». 2 марта 2018 г. // URL: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/942> (дата обращения: 29 марта 2019 г.).

¹⁴ URL: <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=636> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.).

¹⁵ Opening speech by Ms Teresa Cheng, SC Secretary for Justice. The HCCH 125 — Ways Forward Challenges and Opportunities in an Increasingly Connected World. 18 April 2018 // URL: <https://www.doj.gov.hk/eng/public/pdf/2018/sj20180418e1.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2019 г.).

¹⁶ Continuation of the Judgments Project drawn up by the Permanent Bureau. Prel. Doc. № 14. February 2010 // URL: <https://assets.hcch.net/docs/cd5f79f4-d710-44a1-a266-af0e73a6ffb4.pdf> (дата обращения: 12 апреля 2019 г.).

¹⁷ Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24—29 May 2018): 2018 Draft Convention // URL: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf> (дата обращения: 8 апреля 2019 г.).

¹⁸ Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments 24—29 May 2018: Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report // URL: <https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2019 г.).

сии Гаагской конференции (18 июня — 2 июля 2019 г.), после чего проект будет доработан и открыт для подписания¹⁹. Его принятие, безусловно, станет важным шагом на пути развития международного сотрудничества в судебной сфере и в случае присоединения к нему значительного числа государств позволит хотя бы частично решить проблему признания и исполнения иностранных судебных решений²⁰.

Не менее важное значение для развития МЧП имеет та работа, которую Гаагская конференция ведет в отношении защиты прав и интересов международных туристов (Tourism Project)²¹, вопросов суррогатного материнства (The Parentage/Surrogacy Project)²², сожителства и зарегистрированных партнерств (Cohabitation Outside Marriage Project)²³, признания и приведения в исполнение соглашений по брачно-семейным отношениям, касающимся детей (Family Agreements Involving Children Project)²⁴, а также работа в сфере электронно-

го аюстилирования (так называемый проект e-APP)²⁵.

Активное развитие МЧП происходит и на региональном уровне. Наибольшего успеха этот процесс достиг в рамках Европейского Союза, где был принят целый ряд документов, направленных на унификацию коллизионных норм стран — членов ЕС, в различных сферах трансграничных отношений. Среди них наибольшее значение имеют: Регламент ЕС от 17.06.2008 № 593/2008 о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим I)²⁶; Регламент от 11.07.2007 № 864/2007 о праве, применимом к внедоговорным обязательствам (Рим II)²⁷; Регламент от 27.02.2012 № 650/2012 о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, а также принятии и исполнении аутентичных документов по вопросам наследования, и о создании Европейского сертификата о наследовании (Рим IV)²⁸; Регламент от 24.06.2016 № 2016/1103 о сотрудничестве

¹⁹ Twenty-Second Session. Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. 18 June — 2 July 2019, The Hague. Procedural steps of a Diplomatic Session leading to the adoption of a new HCCH Convention — prepared for the 2019 (22nd) Diplomatic Session leading to the HCCH Judgments Convention, reflecting changes discussed during the 2019 meeting of the Council on General Affairs and Policy // URL: <https://assets.hcch.net/docs/ba2426d1-d41c-4ee1-a71e-18679258f30a.pdf> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.).

²⁰ О позиции ЕС в отношении данного документа см.: The Hague Conference on Private International Law «Judgments Convention». Study Requested by the JURI Committee // URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604954/IPOL_STU\(2018\)604954_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604954/IPOL_STU(2018)604954_EN.pdf) (дата обращения: 3 апреля 2019 г.).

²¹ Proposal by the National Organ of the Government of Brazil: Draft Convention on Co-Operation in Respect of the Protection of Tourists and Visitors Abroad and Explanatory Memorandum on the Topic of Tourist Protection // URL: <https://assets.hcch.net/docs/1565f420-ac8f-4c13-9d71-3839fff28e58.pdf> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.); Guinchard E. Study on the desirability and feasibility of further work on the Proposal on a Draft Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists. Final Report // URL: <https://assets.hcch.net/docs/18e70dec-83ae-4a15-ac6f-309440cf74bc.pdf> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.); Report of the Experts' Group on the Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project). No. 3 of October 2018 // URL: <https://assets.hcch.net/docs/7e92cd2a-7329-4152-9713-e0e3fcec46e.pdf> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.).

²² The Parentage / Surrogacy Project // URL: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

²³ Cohabitation Outside Marriage Project // URL: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/cohabitation> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

²⁴ Family Agreements Involving Children Project // URL: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

²⁵ URL: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects> (дата обращения: 20 апреля 2019 г.).

²⁶ Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17.06.2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) // OJ. L 177/6. 04.07.2008.

²⁷ Regulation (EC) № 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11.07.2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) // OJ. L 199. 31.7.2007.

²⁸ Regulation (EU) № 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 04.07.2012 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession and on the Creation of a European Certificate of Succession // OJ. L 201/107. 27.7.2012.

в сфере юрисдикции, применимого права, признания и приведения в исполнение решений по делам о режиме имущества супругов²⁹; Регламент от 24.06.2016 № 2016/1104 о сотрудничестве в сфере юрисдикции, применимого права, признания и приведения в исполнение решений в отношении имущественных последствий зарегистрированных партнерств³⁰ и др. Кроме того, планируется к принятию проект Регламента Европейского парламента и Совета ЕС о праве, применимом к последствиям уступки права требования, для третьих лиц, опубликованный Европейской комиссией в марте 2018 г.³¹

Региональной организацией, занимающейся развитием МЧП, является созданная в 2007 г. Организация по гармонизации торгового права стран Карибского бассейна (ОХАДАК)³². Несмотря на незначительный срок существования данной организации, ею уже был принят целый ряд документов, наиболее важными из которых являются:

- Типовой закон о международном частном праве 2014 г.³³, воплотивший в себе все современные тенденции развития современного МЧП;
- Типовой закон о коммерческих компаниях 2014 г.³⁴, содержащий в себе как коллизионные нормы, позволяющие определить право, применимое к таким компаниям, так и материально-правовые предписания, регулирующие отдельные аспекты их деятельности;

— Принципы международных коммерческих договоров ОХАДАК 2015 г.³⁵, отражающие все современные тенденции развития международного договорного права и во многом основывающиеся на Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА 2016 г.

Еще одной важной тенденцией развития современного МЧП является постепенная модернизация способов разрешения трансграничных частнопроводных споров. Прежде всего, широкое распространение получила идея создания онлайн-сервисов для проведения арбитражного разбирательства (ODR), или онлайн-арбитраж³⁶. В настоящее время возможность проведения такой процедуры предусмотрена регламентами практически всех арбитражных институтов, включая Российский арбитражный центр (РАЦ) при Российском институте современного арбитража³⁷, Гонконгский международный арбитражный центр (ГМАЦ)³⁸.

Кроме того, стремительное развитие новых технологий приводит к появлению новых видов споров, обладающих определенной спецификой и, как следствие, требующих разработки новых или существенной модификации уже существующих способов их разрешения. В таких условиях постепенно начинают формироваться концептуально новые методы, специально предназначенные для разрешения споров в глобальной цифровой децентрализованной среде.

²⁹ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24.06.2016 implementing enhanced cooperation in the area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property // OJ. L 183/1. 08.07.2016.

³⁰ Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24.06.2016 implementing enhanced cooperation in the area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of the Property Consequences of Registered Partnerships // OJ. L 183/30. 08.07.2016.

³¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to the Third-Party Effects of Assignments of Claims {SWD (2018) 52 final} — {SWD (2018) 53 final}. Brussels, 12.3.2017. COM (2018) 96 final.

³² URL: <http://www.ohadac.com/> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.).

³³ Draft OHADAC Model Law Relating to Private International Law // URL: <http://www.ohadac.com/textes/5/draft-ohadac-model-law-relating-to-private-international-law.html> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.).

³⁴ Draft OHADAC Model Law of Commercial Companies // URL: <http://www.ohadac.com/textes/1/draft-ohadac-model-law-of-commercial-companies.html> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.).

³⁵ OHADAC Principles on International Commercial Contracts // URL: <http://www.ohadac.com/textes/2/ohadac-principles-on-international-commercial-contracts.html> (дата обращения: 21 апреля 2019 г.).

³⁶ См.: Панов А. Онлайн-арбитраж // Legal Insight. 2014. № 8 (34). С. 4.

³⁷ URL: <https://my.centerarbitr.ru/landing> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

³⁸ Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules 2018 // URL: <http://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

Многие из таких проектов основываются на технологии блокчейн, сочетая ее преимущества с преимуществами международного коммерческого арбитража (например, проект SAMBA³⁹). Примером такого проекта является CodeLegit⁴⁰, где процедура разрешения споров ведется по Правилам блокчейн-арбитража (Blockchain Arbitration Rules)⁴¹, разработанным на основе Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

В отличие от этого, такие проекты, как Kleros⁴², CrowdJury⁴³, Confideal⁴⁴, Aragon⁴⁵, представляют собой принципиально новые, уникальные комплексные платформы, специально предназначенные для разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов. Некоторые из таких проектов (например, сервис Confideal) оптимизированы для использования лицами, не являющимися программистами, позволяя им совершать международные сделки без участия третьих лиц, а также разрешать возникающие из них споры. Суть проектов CrowdJury и Confideal

заключается в попытке создания «квазисудебной системы», где в качестве судей выступают анонимные пользователи, зарегистрированные в соответствующей системе. Все указанные проекты находятся на начальном этапе становления, и работа над ними все еще продолжается. Вместе с тем уже сегодня можно говорить о начале формирования новых способов разрешения трансграничных частноправовых споров, основывающихся на технологии блокчейн.

Подводя итог вышеизложенному, отметим, что указанный перечень тенденций и вызовов, с которыми МЧП сталкивается на современном этапе, безусловно, не является исчерпывающим. Стремительное развитие новых технологий, глобализация и возрастающая взаимозависимость государств будут приводить к формированию новых перспектив развития международного частного права, одновременно формируя новые глобальные вызовы и пути их преодоления.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аничкин Е. С. Международное частное право начала XXI века: универсальные векторы эволюции // Известия Алтайского государственного университета. — 2015. — № 2-1 (86). — С. 19—23.
2. Засемкова О. Ф. Сингапурская конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества (медиации): от мечты к реальности? // Lex russica. — 2018. — № 3 (148). — С. 60—72.
3. Мажорина М. В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2018. — № 1. — С. 193—217.
4. Панов А. Онлайн-арбитраж // Legal Insight. — 2014. — № 8 (34). — С. 4.
5. De Caria R. A Digital Revolution in International Trade? The International Legal Framework for Blockchain Technologies, Virtual Currencies and Smart Contracts: Challenges and Opportunities // URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/5-DE_CARIA-A_Digital_Revolution_in_International_Trade.pdf (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).
6. Takahashi K. Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works // URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/30-TAKAHASHI-Implications_of_the_Blockchain_Technology_and_UNCITRAL_works.pdf (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

³⁹ The Miami Blockchain Group: Smart Arbitration & Mediation Blockchain Application // URL: <http://www.miamiblockchaingroup.com/> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁴⁰ URL: <http://codelegit.com/> (дата обращения: 29 марта 2019 г.).

⁴¹ CodeLegit White Paper on Blockchain Arbitration — https://docs.google.com/document/d/1v_AdWbMuc2Ei70ghITC1mYX4_5VQsF_28O4PsLckNM4/edit (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁴² Kleros <https://kleros.io/ru/#solution> (дата обращения: 28 марта 2019 г.).

⁴³ CrowdJury. A Justice System for the Internet Age // URL: <https://www.crowdjury.org/> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁴⁴ URL: <https://confideal.io/> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

⁴⁵ URL: <https://aragon.org/project/> (дата обращения: 22 апреля 2019 г.).

**PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE 21ST CENTURY: CONTEMPORARY CHALLENGES
AND DEVELOPMENT PROSPECTS**

Olesya F. Zasemkova, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer of the Department of Private International Law, Senior Lecturer of the Moot Courts Department, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
zasemkova.olesya@mail.ru
9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *In the context of integration, globalization and increasing complexity of private law relations complicated by a foreign element, private international law acquires special importance. Being influenced by the processes named above, it is not only rapidly developing and acquiring new directions for development. Private international law is also facing new global challenges. In this regard, the article attempts to analyze the main trends in the development of private international law in the 21st century revealing new trends and threats that it may face in modern conditions.*

Based on the results of the analysis, the author comes to the conclusion that the main trends in the development of private international law include the expansion of the scope of its application, as well as the unification and harmonization carried out within the framework of various international organizations at both universal and regional levels. The Hague Conference on Private International Law and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) play the most important role in this process. Finally, one more important trend in the development of private international law is constituted by the attempt to adapt to new, rapidly changing realities leading to a substantial modernization of the methods of cross-border private law disputes resolution.

Keywords: *private international law, unification, harmonization, online arbitration, digital technologies, blockchain, blockchain arbitration, UNCITRAL, Singapore Convention.*

REFERENCES

1. Anichkin E. S. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo nachala XXI veka: universalnye vektory evolyutsii [Private International Law of the Beginning of the 21st Century: Universal vectors of evolution]. *Izvestiya Altaiskogo gosudarstvennogo universiteta*. 2015. No. 2-1 (86). Pp. 19—23. (In Russ.)
2. Zasemkova O. F. Singapurskaya konventsia o privedenii v ispolnenie mirovykh soglasheniy, dostignutykh v rezultate posrednichestva (mediatsii): ot mechty k realnosti? [Singapore Convention for the Enforcement of Amicable Agreements Resulting from Mediation: from dream to reality?]. *Lex russica*. 2018. No. 3 (148). pp. 60—72. (In Russ.)
3. Mazhorina M. V. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo v usloviyakh globalizatsii: ot razgosudarstvleniya k fragmentatsii [Private International Law in the 21st Century: from denationalization to fragmentation]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2018. No. 1. pp. 193—217. (In Russ.)
4. Panov A. Onlayn-arbitrazh [Online arbitration]. *Legal Insight*. 2014. No. 8 (34). Pp. 4. (In Russ.)
5. De Caria R. A Digital Revolution in International Trade? The International Legal Framework for Blockchain Technologies, Virtual Currencies and Smart Contracts: Challenges and Opportunities. URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/5-DE_CARIA-A_Digital_Revolution_in_International_Trade.pdf (accessed: 22.04.2019).
6. Takahashi K. Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works. URL: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/5-DE_CARIA-A_Digital_Revolution_in_International_Trade.pdf (accessed: 22.04.2019).

В. Ю. Слепак*

Некоторые аспекты защиты прав участников государственного оборонного заказа при обжаловании результатов торгов¹

Аннотация. В статье рассматриваются отдельные особенности построения систем пересмотра вынесенных по итогам закупочных процедур решений в государствах — членах ЕС в свете требований права ЕС. В частности, исследуются требования права ЕС к органам, осуществляющим пересмотр вынесенных решений в контексте необходимости определения баланса между принципом процедурной автономии государств — членов Европейского Союза (ст. 4 Договора о Европейском Союзе) и принципами эффективности и эквивалентности (выведены судебной практикой при толковании ст. 19 Договора о Европейском Союзе), анализируются проблемы при определении *locus standi* заявителя, т.к. чрезмерно узкое толкование понятия «интерес в получении соответствующего контракта» может выступать необоснованным ограничением для доступа к процедурам пересмотра и, более широко, доступа к правосудию. Исследуются вопросы применения такого основания для исключения из числа участников торгов, как «совершение существенного нарушения правил профессиональной деятельности», в свете примененных к руководителям участника закупки ограничительных мер ЕС. Возможны ситуации, когда действия единоличного исполнительного органа, которые привели к применению к нему ограничительных мер, могут быть рассмотрены как подтверждение совершения существенного нарушения правил профессиональной деятельности; в статье рассматриваются позиции, как подтверждающие данный тезис, так и указывающие на излишне широкую трактовку этой нормы. С одной стороны, Суд ЕС подтверждал, что органы управления, особенно единоличные исполнительные органы, оказывают решающее влияние и осуществляют эффективный контроль за деловой активностью соответствующего общества, в силу чего их действия могут рассматриваться как действия компании, в том числе применительно к вопросам ответственности. С другой стороны, сами ограничительные меры по своей природе мерой ответственности не являются. Однако вопрос, вправе ли национальные органы производить переоценку выводов Совета ЕС применительно к обжалованию результатов торгов, остается открытым.

Ключевые слова: Европейский Союз, ЕС, государственные закупки, *locus standi*, ограничительные меры, санкции, пересмотр решений о присуждении контракта, обжалование результатов торгов.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.037-046

¹ При поддержке Программы Европейского Союза Erasmus+ Модуль Жана Моне 587634-EPP-1-2017-1-RU-EPPJMO-MODULE. Поддержка Европейской комиссией настоящей публикации не является подтверждением согласия с мнением авторов, и Комиссия не несет ответственности за любое использование представленной в настоящей публикации информации.

© Слепак В. Ю., 2019

* Слепак Виталий Юрьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) vitaliy.slepak@gmail.com
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Непосредственно процедуры государственных закупок регулируются в Европейском Союзе Директивой Европейского парламента и Совета 2014/24/EU². Вопросы пересмотра вынесенных по итогам закупочных процедур решений охватываются гораздо более старым нормативным актом — Директивой Совета 89/665³.

Директива 89/665 призвана гарантировать, что решения, принимаемые организаторами торгов, подлежат действенным механизмам пересмотра, особенно в случаях, когда такие решения нарушают право ЕС в сфере государственных закупок⁴.

В сфере безопасности и обороны действует более поздний акт — Директива 2009/81/ЕС Европейского парламента и Совета от 13.07.2009 о координации процедур размещения контрактов на выполнение отдельных работ и оказание услуг, заключения договоров поставки органами власти или обществами, ответственными за размещение заказов в сфере безопасности и обороны, вносящая изменения в Директивы 2004/17/ЕС и 2004/18/ЕС⁵.

В отличие от Директивы 2014/24/EU, Директива 2009/81/ЕС изначально включает в себя положения о пересмотре, в связи с чем специальный акт в отношении пересмотра решений в отношении гособоронзаказа не требуется. Однако положения разд. IV Директивы 2009/81/ЕС в целом идентичны нормам Директивы 89/665,

в связи с чем полагаем целесообразным рассматривать также и практику Суда ЕС по данному вопросу, созданную до вступления в силу Директивы 2009/81/ЕС, т.к. по данной Директиве выводы Суда в целом идентичны, что позволяет применять соответствующие подходы Суда ЕС по аналогии.

Эффективная система правовой защиты является важной составляющей в открытии рынков государственных закупок и, по сути, гарантом устранения ограничений в торговле между государствами-членами⁶. Тем не менее основная задача директив заключается не в формировании механизмов судебной защиты, а в обеспечении их наличия и эффективности на уровне государств-членов «таким образом, чтобы обеспечить надлежащую имплементацию положений директив о государственных закупках»⁷.

Необходимо отметить, что законодательство государств-членов не устанавливает четких требований к структуре органов власти, компетентных разрешать споры в определенных сферах. Каждое государство самостоятельно определяет на основе требований директивы, какой именно орган будет обеспечивать защиту прав и законных интересов ущемленных лиц при проведении государственных закупок⁸.

Чаще всего акты ЕС лишь предписывают государствам-членам обеспечить наличие таких органов для разрешения споров, связанных

² Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (OJ L 94, 28.3.2014, Pp. 65—242).

³ Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts (OJ 1989 L 395, P. 33), as amended by Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 (OJ 2007 L 335, P. 31)

⁴ Directive 89/665, Article 1(1), subparagraph 3; Case C-81/98 Alcatel Austria and Others [1999] ECR I-7671, paras 33—34 ; Case C-470/99 Universale-Bau and Others [2002] ECR I-11617, para 74 ; Case C-410/01 Fritsch, Chiari & Partner and Others [2003] ECR I-6413, para 30 ; Case C-230/02 Grossmann Air Service [2004] ECR I-1829, para 36.

⁵ Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (OJ L 216, 20.8.2009, P. 76).

⁶ *La Chimia A. Tied Aid and Development Aid Procurement in the Framework of EU and WTO Law: The Imperative for Change.* Bloomsbury Publishing, 2013. P. 332.

⁷ C-392/93 *The Queen v H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, para 26 [ECLI:EU:C:1996:131] ; C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd v NHS Business Services Authority*, para 26 [ECLI:EU:C:2010:45] ; C-314/09 *Stadt Graz v Strabag AG and Others*, para 33, 39 [ECLI:EU:C:2010:567] ; C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl v Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)*, para 42 [ECLI:EU:C:2014:2435].

⁸ *Williams-Elegbe S. Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures.* Bloomsbury Publishing, 2012. P. 276.

с применением того или иного акта ЕС. В частности, такие требования содержатся в директивах, посвященных государственным закупкам.

Ключевым требованием является независимость органа, осуществляющего пересмотр, от лица, вынесшего решение. Это требование необходимо рассматривать в свете практики Суда ЕС. Традиционно независимость рассматривается в двух аспектах: внешнем и внутреннем. Внешняя независимость означает, что орган, рассматривающий дело, осуществляет свои полномочия полностью автономно и защищен от внешних вмешательств или давления, способных повлиять на независимость его членов или повлиять на выносимое решение⁹. Компетентный орган при рассмотрении конкретного дела должен действовать без каких-либо иерархических связей или отношений подчинения другому органу, не принимая указаний или инструкций из каких-либо источников¹⁰. Под внутренней независимостью понимается объективность и отсутствие любой заинтересованности в результате процесса, кроме строгого соблюдения принципа верховенства права¹¹.

Именно на внешнюю независимость указывается в директивах о государственных закупках. Однако это не означает, что созданные в государствах-членах органы, ответственные за пересмотр принятых в сфере государственных закупок решений, не должны соответствовать критерию внутренней независимости, т.к. практика Суда ЕС возводит данные требования

к одному из общих принципов права — верховенству права.

Кроме того, на уровне первичного права ЕС устанавливаются общие требования к создаваемым государствами-членами механизмам разрешения споров.

Основной задачей является поиск баланса между базовыми в этой сфере принципами права ЕС: принципом процедурной автономии, с одной стороны, и принципами эквивалентности и эффективности — с другой.

Принцип процедурной автономии выводится из ст. 4 Договора о Европейском Союзе (далее — ДЕС), согласно которой Союз уважает национальную индивидуальность государств-членов, присущую их основополагающим политическим и конституционным структурам. В свете этого именно в рамках национального права государств — членов ЕС определяются органы, обладающие юрисдикцией по определенным вопросам, и устанавливаются процессуальные нормы, регламентирующие действия, направленные на защиту гарантированных ЕС прав частных лиц¹².

Многие государства-члены устанавливают специальные правила доступа к таким процедурам, в том числе требования о наличии законного интереса как предпосылки для *locus standi*, особенно в части административных правоотношений¹³. Только интерес, который является достаточно ясным и выражается в экономических последствиях, подпадает под требование

⁹ Minister for Justice and Equality, para 63 ; Wilson, para 51 ; Panicello, para 37 ; C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses, EU:C:2018:117, para 44 ; C-685/15 Online Games and Others [2017] EU:C:2017:452, para 60 ; C-103/97 Köllensperger and Atzwanger [1999] ECR I-551, para 21 ; C-407/98 Abrahamsson and Anderson [2000] ECR I-5539, para 36 ; C-58/13 and C-59/13 Torresi [2014] EU:C:2014:2088, para 22 ; C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme [2015] EU:C:2015:664, para 19 ; C-222/13 TDC [2014] EU:C:2014:2265, para 30 ; C-175/11 H.I.D. [2013] ECLI:EU:C:2013:45, para 96 ; C-517/09 RTL Belgium, [2010] ECR I-14093 para 39 ; Case No 7819/77 and 7878/77 Campbell and Fell v The United Kingdom, 28.6.1984 [ECtHR], para 78.

¹⁰ Minister for Justice and Equality, para 63 ; Wilson, para 51 ; Panicello, para 37 ; Associação Sindical, para 44 ; Online Games, para 60 ; C-103/97 Köllensperger and Atzwanger [1999] ECR I-551, para 21 ; Abrahamsson, para 36 ; C-58/13 and C-59/13 Torresi [2014] EU:C:2014:2088, para 22 ; C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme [2015] EU:C:2015:664, para 19 ; C-222/13TDC [2014] EU:C:2014:2265, para 30 ; Case No 7819/77 and 7878/77 Campbell and Fell v The United Kingdom, 28.6.1984 [ECtHR], para 78.

¹¹ Minister for Justice and Equality, para 65 ; Wilson, para 52 ; Panicello, para 38 ; C-407/98 Abrahamsson and Anderson [2000] ECR I-5539, para 32 ; C-685/15 Online Games and Others [2017] EU:C:2017:452, para 61 ; C-222/13 TDC [2014] EU:C:2014:2265, para 31 ; C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme [2015] EU:C:2015:664, para 20.

¹² C-425/16 Raimund [2017] ECLI:EU:C:2017:776, para 40 ; C-224/01 Köbler [2003] EU:C:2003:513, para 47 ; C-93/12 Agroconsulting [2013] EU:C:2013:432, para 35.

¹³ Так, национальные суды Бельгии, Франции, Венгрии, Италии, Нидерландов и Польши требуют наличия законного интереса как основы *locus standi* в административном процессе. См.: *Eliantonio M., Backes C., van Rhee C. H., Spronken T. and Berlee A.* Standing up for your right(s) in Europe. A comparative study on Legal

к государствам — членам ЕС гарантировать доступ к правосудию¹⁴.

Что касается *locus standi* применительно к государственным закупкам, то в соответствии со ст. 55(4) Директивы 2009/81 и ст. 1(3) Директивы 89/665 процедуры пересмотра должны быть доступны лицам, которые обладали или обладают интересом в получении соответствующего контракта и которым причинен или может быть причинен ущерб предполагаемым нарушением. Поскольку эти требования должны быть соблюдены одновременно¹⁵, то, как указал суд в деле *Hackermüller*, государства-члены не обязаны производить пересмотр процедур по заявлению любого лица, желающего получить государственный контракт, но вправе предъявлять к заявителю требования доказать, что заинтересованному лицу допущенными (согласно его заявлению) нарушениями причинен или может быть причинен вред¹⁶. Таким образом, ст. 1(3) Директивы 89/665 и ст. 55(4) Директивы 2009/81 адресованы только тем лицам, которые в ходе торгов продемонстрировали свой интерес в его получении¹⁷.

Тем не менее данные нормы отдельные государства — члены ЕС трактуют очень широко. При создании механизмов обжалования необходимо также принимать во внимание принципы эффективности и эквивалентности, закрепленные в ст. 19 ДЕС.

Статья 19(1) ДЕС обязывает государства — члены Европейского Союза обеспечить наличие средств защиты, достаточных для обеспечения правовой защиты в сферах, охватываемых правом ЕС. В соответствии со ст. 6 ДЕС Союз при-

знает права, свободы и принципы, которые установлены Хартией Европейского Союза об основных правах (далее — Хартия) и имеют такую же юридическую силу, как и учредительные договоры. Значимость Хартии неоднократно подчеркивалась Судом ЕС¹⁸.

Как подчеркивает Генеральный адвокат Круз Виллайон (*AG Cruz Villalón*) право на эффективное обжалование, закрепленное в ст. 47 Хартии, принципы эффективности и эквивалентности и общие принципы эффективной юридической защиты подлежат применению к любым национальным процессуальным нормам, направленным на введение гарантий исполнимости прав, предоставленных правом Союза, включая национальные нормы о *locus standi*, поскольку они являются важным фильтром для доступа к правосудию в государствах — членах ЕС¹⁹.

Как справедливо отметил Генеральный адвокат Мишо (*AG Mischo*), национальные правила, регламентирующие процедуры пересмотра решений по закупочным процедурам, не могут быть менее благоприятными, чем те, которые регламентируют аналогичные национальные меры (принцип эквивалентности) или делают практически невозможным или чрезвычайно сложным реализацию прав, предоставленных правом ЕС (принцип эффективности)²⁰.

В свете этого рассмотренные выше положения ст. 55(4) Директивы 2009/81 и ст. 1(3) Директивы 89/665 должны пониматься широко и предоставляться любому лицу, намеренному получить соответствующий государственный контракт²¹.

Standing (*Locus Standi*) before the EU and Member States' Courts. Intersentia, 2013. Pp. 70—71 ; Opinion of *AG Cruz Villalón* in Case C-510/13 *E.ON Földgáz Trade* [2014] ECLI:EU:C:2014:2325. Paras 52—53.

¹⁴ Opinion of *AG Cruz Villalón* in Case C-510/13 *E.ON Földgáz Trade* [2014] ECLI:EU:C:2014:2325, para 50.

¹⁵ Opinion of *AG Mischo* in Case C-249/01 *Hackermüller*, para 32.

¹⁶ Case C-249/01 *Hackermüller*, para 18.

¹⁷ Case C-129/04 *EspaceTrianon* [2005] ECR I-7805, para 19.

¹⁸ Case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-05769, para 38 ; Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633, para 45—46 ; Opinion of *AG Colomer* in Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, para 76—79.

¹⁹ Opinion of *AG Cruz Villalón* in Case C-510/13 *E.ON Földgáz Trade* [2014] ECLI:EU:C:2014:2325, para 43.

²⁰ Opinion of *AG Mischo* in Case C-249/01 *Hackermüller*, para 45: citing, by analogy, Case C-390/98 *Banks v. Coal Authority and Secretary of State for Trade and Industry* [2001] ECR I-6117, para 121, Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297, para 29, Case C-92/00 *HI* [2002] ECR I-5553, para 67, Case C-470/99 *Universale-Bau* [2002] ECR I-11617, para 72 ; Case C-62/00 *Marks & Spencer* [2002] ECR I-6325, para 34 ; Case C-255/00 *Grunddigitaliana* [2002] ECR I-8003, para 33 ; C-424/01 *CS Austria* [2003] ECR I-03249, para 31.

²¹ Case C-81/98 *Alcatel Austria and Others* [1999] ECR I-7671, paras 34—35 ; Case C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner and Others* [2003] ECR I-6413, para 27.

Суд ЕС часто критиковал государства-члены, которые чрезмерно ограничивали критерии для получения *locus standi*²², в том числе по вопросам государственных контрактов²³. В частности, в делах *Universale-Bau*²⁴, *Fritsch*²⁵ и *Grossmann*²⁶ Суд ЕС постановил, что тот факт, что ст. 1(3) Директивы 89/665 позволяет государствам-членам устанавливать детальные правила, в соответствии с которыми предоставляется доступ конкретным лицам к процедурам пересмотра решений по закупочным процедурам, не позволяет государствам толковать термин «интерес в получении государственного контракта» таким образом, который ограничивал бы эффективность данной Директивы. Законодательство государств-членов в отношении присуждения государственных контрактов должно предусматривать процедуры, посредством которых проигравшие участники могли бы добиваться отмены решения²⁷.

Помимо требования о независимости органа, осуществляющего пересмотр, ст. 2 Директивы 89/665 и ст. 56 Директивы 2009/81 устанавливают полномочия, которыми должен обладать орган по пересмотру: право принимать меры по приостановке процедуры заключения контракта²⁸, отменять незаконно вынесенные решения при проведении торгов и по их завершении, а также изменять вынесенные решения и присуждать выплаты лицам, чьи права были нарушены.

В соответствии со ст. 2с Директивы 89/665 заявления о пересмотре решения, принятого организатором торгов, должны быть направлены не позднее 10 дней с момента получения

или опубликования такого решения. По вопросам о недействительности решений в значении ст. 2d(1) срок увеличен до 30 дней.

Эти требования направлены на повышение эффективности процедур пересмотра, что неоднократно подчеркивал Суд ЕС²⁹.

Несмотря на то что директивы в сфере государственных закупок прямо не предусматривают необходимость участия сторон в разбирательстве, право ЕС гарантирует каждому право быть заслушанным до принятия по отношению к нему меры индивидуального характера, влекущей для него неблагоприятные последствия, как составную часть права на хорошее управление, закрепленного в ст. 41 Хартии.

В сфере государственных закупок это право, в частности, означает, что до исключения участника закупки ему должна быть предоставлена возможность доказать организатору торгов, что его предложение является действительным³⁰. Как указал Генеральный адвокат Коломер (*AG Colomer*) в своем заключении по делу *SECA Pand Santorso*, участник закупки, который может быть исключен в результате сговора других участников, находится в значительно более невыгодном положении, если ему не предоставят право дать пояснения³¹. Соответственно, автоматический отказ в доступе к процедурам пересмотра может противоречить процессуальным требованиям права ЕС.

Директивы 2009/81 и 2014/24 устанавливают закрытый перечень оснований, по которым участник может быть исключен из числа участников торгов³².

²² Case C-115/09 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen* [2011] EU:C:2011:289, para 43 ; Case C-72/12 *Gemeinde Altrip and Others* [2013] EU:C:2013:712, para 45 ; Case C-174/02 *Streekgewest* [2005] ECLI:EU:C:2005:10, para 19.

²³ C-145/08 *Club Hotel Loutraki and Others* [2010] EU:C:2010:247, para 78.

²⁴ Case C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, para 72.

²⁵ Case C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner and Others* [2003] ECR I-6413, para 34.

²⁶ Case C-230/02 *Grossmann Air Service* [2004] ECR I-1829, para 42.

²⁷ Case C-212/02 *Commission v. Austria* [2004] ECLI:EU:C:2004:386, paras 23—29.

²⁸ В силу ст. 2(4) Директивы 89/665 и ст. 56(4) Директивы 2009/81 само по себе возбуждение процедуры пересмотра автоматически исполнение оспариваемого решения не приостанавливает.

²⁹ Case C-241/06 *Lämmerzahl* [2008] ECR I-8415, paras 50—64 ; C-406/08 *Uniplex* [2010] ECR I-0817, paras 38—50 ; C-456/08 *Commission v. Ireland* [2010] ECR I-0859, paras 56-63 ; C-166/14 *MedEval* [2015] ECLI:EU:C:2015:779, paras 37—46.

³⁰ Opinion of AG Colomer in Joined Cases C-147/06 and C-148/06 *SECAP v. Comune di Torino* [2007] ECR-I-3565, para 51.

³¹ Opinion of AG Colomer in Joined Cases C-147/06 and C-148/06 *SECAP v. Comune di Torino* [2007] ECR-I-3565, para 52.

³² Статьи 39 и 57 соответственно.

Наибольший интерес представляет такое основание, как «совершение существенно-го нарушения правил профессиональной деятельности» (*grave professional misconduct*) как вызывающее наибольшие сложности при определении баланса интересов частных лиц и интересов, признаваемых ЕС в значении ст. 52 Хартии.

Директивы 2009/81 и 2014/24 предусматривают, что хозяйствующий субъект может быть исключен из числа участников, если такой хозяйствующий субъект признан виновным в совершении существенного нарушения правил профессиональной деятельности, подтвержденного любыми средствами, которые может предоставить организатор торгов³³.

«Совершение существенного нарушения правил профессиональной деятельности» рассматривается как нарушение принципов, касающихся этики, деловой репутации и профессиональной добросовестности³⁴.

Такое поведение не ограничивается исключительно противоправным поведением, которое влияет на репутацию участника закупки, или нарушениями этических профессиональных стандартов в узком смысле³⁵. В частности, становится распространенной практика исключения хозяйствующего субъекта из закупочных процедур на основании противоправного поведения его действующих или даже бывших органов управления³⁶. Такой подход объясняется тем, что органы управления, особенно единоличные исполнительные органы, оказывают решающее влияние и осуществляют эффективный

контроль за деловой активностью соответствующего общества, в силу чего их действия могут рассматриваться как действия компании, в том числе применительно к вопросам ответственности³⁷.

Особое значение такой подход стал играть в свете распространения ограничительных мер в отношении физических лиц. Возможна ситуация, когда от участия в закупочных процедурах будет отстранен хозяйствующий субъект, которые сам не находится под действием ограничительных мер ЕС, однако в так называемых санкционных списках находится его руководитель.

Как указывал Суд ЕС в делах *Kadi*³⁸, *Ayadi*³⁹ и других делах⁴⁰, ограничительные меры могут оказать существенное негативное влияние на права и свободы соответствующих лиц, включая их профессиональную жизнь, даже если они не преследуют цель ограничить деловую активность таких лиц на территории Европейского Союза. В частности, такие меры могут воздействовать на профессиональную жизнь лиц⁴¹ и заключение ими ряда сделок⁴². При этом ссылки на основные права человека не всегда помогают, т.к. в соответствии с правом ЕС данные права не пользуются абсолютной защитой⁴³. Такие права могут быть ограничены, если ограничения связаны с целями защиты общего интереса, признанными Союзом, и не представляют собой непропорциональное и неприемлемое вмешательство, умаляющее саму суть гарантированных правом ЕС прав⁴⁴.

Однако проблема заключается в том, что ограничительные меры ЕС не являются санк-

³³ Directive 2009/81, Article 39(2)(d) ; Directive 2014/24, Article 57(4)(c).

³⁴ Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 11.

³⁵ Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 27.

³⁶ Case C-171/15 *Connexion Taxi Services* [2016] ECLI:EU:C:2016:948, para 17 ; Case T-320/15 *Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro v. Commission* [2015] Application OJ 2015 C 254, P. 25, para 2.

³⁷ Opinion of AG Mazák in Case C-407/08 P *KnaufGips v. Commission* [2010] ECLI:EU:C:2010:70, para. 73. См. также: Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri v Commission* [2005] ECLI:EU:C:2005:408.

³⁸ Case C-402/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351, paras 361, 375.

³⁹ Case C-183/12 P *Chafiq Ayadi* [2013] ECLI:EU:C:2013:369, para 68.

⁴⁰ T-256/11 *Ezz and Others v. Council* [2014] ECLI:EU:T:2014:93, para 220 ; Case T-200/14 *Ben Ali v. Council* [2016] ECLI:EU:T:2016:216, para 253 ; Case T-215/15 *Azarov v. Council* [2017] ECLI:EU:T:2017:479, para 91.

⁴¹ Case C-340/08 M and Others [2010] ECR I-3913.

⁴² Case C-117/06 *Möllendorf and Möllendorf-Niehuus* [2007] ECR I-8361.

⁴³ Case T-346/15 *Bank Tejarat v. Council* [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 148.

⁴⁴ Joined cases C-539/10 P and C-550/10 P *Al-Aqsa v Council and Netherlands v. Al-Aqsa* [2012] EU:C:2012:711, para 121 ; Case T-95/14 *Iranian Offshore Engineering & Construction v Council* [2015] EU:T:2015:433, para 59 ; Case T-346/15 *Bank Tejarat v. Council* [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 148.

циями за совершение правонарушений⁴⁵, а лишь политическими механизмами, направленными на пресечение поведения, не отвечающего интересам ЕС. В связи с этим вопрос вины, особенно надлежаще установленной, при вынесении решения о применении к лицу ограничительных мер практически никогда не ставится, а решение вопроса виновности вообще находится за пределами компетенции Совета ЕС, который вводит ограничительные меры.

При этом в силу ст. 48 Хартии каждый обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена в законном порядке; каждому обвиняемому гарантируется соблюдение права на защиту.

Статья 39 Директивы 2009/81 и ст. 57 Директивы 2014/24 содержат закрытый перечень⁴⁶ оснований для исключения хозяйствующего субъекта из закупочной процедуры, и личные обстоятельства руководителя соответствующего хозяйствующего субъекта к таковым не относятся. Как следует из указанных статей, хозяйствующий субъект может быть отстранен от участия в закупке, только если признан виновным в совершении существенного нарушения правил профессиональной деятельности.

Однако введение ограничительных мер не влечет за собой предъявления обвинений уголовного характера⁴⁷. Как подчеркнул Суд ЕС в делах Ezz и Azarov, указание на то, что лицо ответственно за правонарушение, не подразумевает, что такое лицо осуждено за такое правонарушение⁴⁸.

По аналогии введение ограничительных мер за то или иное деяние не означает установления вины лица в таком деянии, что необходимо для отказа в заключении контракта по основанию «совершение существенного нарушения правил профессиональной деятельности» исходя из буквального толкования соответствующих статей директивы о государственных закупках.

Как подчеркивает Генеральный адвокат Кампос Санчес-Бордон (AG Campos Sánchez-Bordon) в заключении по делу Connexion Taxi Services, до момента наложения наказания в отношении хозяйствующего субъекта действует презумпция невиновности и он не может рассматриваться как виновный в совершении существенного нарушения правил профессиональной деятельности, даже если деяние, являющееся правонарушением (но еще не квалифицированное в качестве такового), имело место до даты объявления торгов⁴⁹.

Еще одна проблема возникает в свете того, что согласно практике Суда ЕС нарушение правил профессиональной деятельности как противоправное деяние должно быть установлено либо регулятором в соответствующей отрасли, либо вступившим в силу решением суда⁵⁰. Серьезность нарушения должна оцениваться с учетом поведения хозяйствующего субъекта⁵¹. В свете этого «существенное нарушение» толкуется ограничительно как поведение хозяйствующего субъекта, которое характеризуется противоправным умыслом или небрежностью определенной тяжести. Как справедливо указал Суд ЕС в деле Forposta, любое ненадлежащее

⁴⁵ Joined Cases T-128/12 and T-182/12 HTTS v. Council [2013] ECLI:EU:T:2013:312, para 42 ; Joined Cases T-42/12 and T-181/12 Bateni v. Council [2013] ECLI:EU:T:2013:409, para 39 ; Case T-578/12 National Iranian Oil Company v. Council [2014] ECLI:EU:T:2014:678, para 105 ; Case T-346/15 Bank Tejarat v. Council [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 142.

⁴⁶ Иной подход противоречил бы принципу правовой определенности. См., например, Opinion of AG Campos Sánchez-Bordon in Case C-27/15 Pizzo [2016] ECLI:EU:C:2016:48, para 14, а также по аналогии Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító [2014] ECLI:EU:C:2014:2469, para 16.

⁴⁷ Case T-390/08 Bank Melli Iran v. Council [2009] ECLI:EU:T:2009:401, para 111 ; Case T-346/15 Bank Tejarat v. Council [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 143 ; Case T-215/15 Azarov v. Council [2017] ECLI:EU:T:2017:479, para 142 ; T-256/11 Ezz and Others v. Council [2014] ECLI:EU:T:2014:93, para 77 ; Case T-545/13 Al Matri v Council [2016] ECLI:EU:T:2016:376, para 64.

⁴⁸ Case T-256/11 Ezz and Others v. Council [2014] ECLI:EU:T:2014:93, paras 57—61 ; Case C-220/14 P Ezz and Others v. Council [2015] ECLI:EU:C:2015:147, para 72 ; Case T-331/14 Azarov v. Council [2016] ECLI:EU:T:2016:49, para 52.

⁴⁹ Opinion of AG Campos Sánchez-Bordon in Case C-171/15 Connexion Taxi Services [2016] ECLI:EU:C:2016:506, footnote 8.

⁵⁰ Case C-465/11 Forposta and ABC Direct Contact [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 27 ; Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító [2014] ECLI:EU:C:2014:2469, para 35.

⁵¹ Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító [2014] ECLI:EU:C:2014:2469, para 15.

исполнение контракта потенциально может свидетельствовать об ограниченной профессиональной компетентности хозяйствующего субъекта, но не образует автоматически существенное нарушение⁵². Для того чтобы рассматривать нарушение в качестве существенного по общему правилу, должна быть проведена особая проверка индивидуального поведения лица⁵³.

Именно с такой оценкой и возникают проблемы. Фактически, принимая решение о введении ограничительных мер, Совет ЕС проводит оценку поведения лица. Принятое решение закрепляется в соответствующем регламенте, устанавливающим ограничительные меры в отношении государств и частных лиц. Принятый регламент обладает как верховенством, так и прямым действием, т.е. должен применяться всеми субъектами права на территории ЕС, а акты, ему не соответствующие, не подлежат применению. Как подчеркивал Суд ЕС, решения, не соответствующие праву ЕС, не подлежат применению⁵⁴. Все это ставит под вопрос действительность иной оценки, проведенной национальными органами власти.

При этом иная оценка могла бы подорвать эффективность ограничительных мер Союза, давая возможность действовать через подконтрольные юридические лица на рынке ЕС лицам, в отношении которых действует запрет на уровне ЕС совершать такие действия.

С другой стороны, данный подход представляется чрезмерно широким. Обычно в решениях и регламентах ЕС, вводящих ограничительные меры, перечисляются конкретные лица и запреты касаются имущества, которое им

принадлежит или ими контролируется. Несмотря на приведенный выше подход к возможности единоличного исполнительного органа определять деятельность юридического лица, сложно признать его лицом, единолично контролирующим юридическое лицо, если только он не является еще и единственным учредителем.

Как указал Суд ЕС в решении по делу *M and Others*⁵⁵, при толковании положений вторичного права ЕС предпочтение должно отдаваться толкованию, совместимому с общими принципами права ЕС, особенно принципом правовой определенности⁵⁶. Более того, как подчеркнул Суд в деле *Commission v. Ireland*, цели, преследуемые Директивой 89/665, должны достигаться национальным законодательством в соответствии с требованиями правовой определенности⁵⁷. Для этого государства — члены ЕС обязаны создать достаточно точные, ясные и предсказуемые нормы, позволяющие частным лицам уяснить свои права и обязанности⁵⁸.

Применительно к ограничительным мерам ЕС это означает, что данные принципы требуют от законодательства, оказывающего воздействие на права и свободы лиц⁵⁹, быть ясным и точным, чтобы соответствующие лица могли знать о своих правах и обязанностях.

Описанный выше расширительный подход к используемым основаниям для исключения из закупочной процедуры вряд ли содействует надлежащей реализации указанных требований и представляется необоснованным.

Тем не менее до настоящего времени на уровне ЕС правовая позиция по данному вопросу не сформирована.

⁵² Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 30.

⁵³ Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 31.

⁵⁴ *Križan*, para 69 ; *Elchinov*, para 29—30 ; *Melki*, para 43 ; C-106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, para 21, 24 ; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, para 73 ; *Berlusconi*, para 72 ; C-314/08 *Filipiak* [2009] ECR I-11049, para 81 ; AG *Mazák* Opinion in C-188/10 and C-189/10 *Melki and Abdeli* [2010] ECR I-05667, para 76.

⁵⁵ Case C-340/08 *M and Others* [2010] ECR I-3913, para 64.

⁵⁶ Case C-98/91 *Herbrink* [1994] ECR I-223, para 9 ; C-1/02 *Borgmann* [2004] ECR I-3219, para 30.

⁵⁷ Case C-456/08 *Commission v. Ireland* [2010] ECLI:EU:C:2010:46, para 61.

⁵⁸ Case C-361/88 *Commission v. Germany* [1991] ECR I-2567, para 24 ; Case C-221/94 *Commission v. Luxembourg* [1996] ECR I-5669, para 22.

⁵⁹ Case C-340/08 *M and Others* [2010] ECR I-3913, para 65 ; Case C-402/05 *P Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351, para 375.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Craig P., de Búrca G.* EU Law: Text, Cases, and Materials. — 5th ed. — OUP, 2011.
2. *Dima A. M.* Doing Business in Europe: Economic Integration Processes, Policies, and the Business Environment. — Springer, 2018.
3. *Eliantonio M., Backes C., van Rhee C. H., Spronken T. and Berlee A.* Standing up for your right(s) in Europe. A comparative study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts. — Intersentia, 2013.
4. *La Chimia A.* Tied Aid and Development Aid Procurement in the Framework of EU and WTO Law: The Imperative for Change. — Bloomsbury Publishing, 2013.
5. *Williams-Elegbe S.* Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures. — Bloomsbury Publishing, 2012.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

SOME ASPECTS OF PROTECTION OF RIGHTS OF PARTICIPANTS OF THE STATE DEFENSE ORDER WHEN CHALLENGING BIDDING RESULTS⁶⁰

Vitaliy Yu. Slepak, Cand. Sci. (Law), Associate Prof. of the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
vitaliy.slepak@gmail.com
9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *The article deals with some features of the systems of revision of decisions made in the compliance with the results of procurement procedures in the EU Member States in the light of the requirements of EU law. In particular, the author investigates the EU law requirements applied to bodies reviewing decisions in the context of the need to determine the balance between the principle of procedural autonomy of the European Union member States (Article 4 of the Treaty on European Union) and the principles of efficiency and equivalence (derived from jurisprudence interpreting Article 19 of the Treaty on European Union). Also, the paper analyzes the problems arising while determining the applicant's locus standi, since an excessively narrow interpretation of the notion "interest in obtaining a relevant contract" may serve as an unreasonable restriction for the access to the procedures of reviewing and, more generally, access to justice. The author explores the issues of applying such grounds in order to exclude the procurement participant from the number of bidders on the ground of "commission of a significant violation of the rules of professional activity" in the understanding of EU restrictive measures applied to managers of the procurement participant. There may be situations when the actions of the sole executive body result in the application of restrictive measures and that may be considered as evidence of the commission of a fundamental violation of rules of professional activity; the article considers standings that both confirm this thesis and indicate an excessively broad interpretation of this rule. On the one hand, the European Court of Justice has affirmed that organs of governance, especially the sole executive bodies, have a decisive influence and effective control over business activity to such an extent that their actions can be regarded as actions of the company also with regard to issues of liability. On the other hand, restrictive measures themselves do not, by their nature, constitute a measure of liability. However, the question of whether national authorities have the right to reassess the conclusions of the EU Council with regard to challenging the bidding results remains open.*

Keywords: *European Union, EU, public procurement, locus standi, restrictive measures, sanctions, review of contract award decisions, challenge of bidding results.*

⁶⁰ With the support of the European Union Erasmus+ Jean Monnet Module 587634-EPP-1-2017-1-RU-EPPJMO-MODULE. The support of the European Commission for this publication is not a confirmation of agreement with the authors' opinion, and the Commission is not responsible for any use of the information from this publication.

REFERENCES

1. Craig P., de Búrca G. EU Law: Text, Cases, and Materials. 5th ed. OUP, 2011.
2. Dima A. M. Doing Business in Europe: Economic Integration Processes, Policies, and the Business Environment. Springer, 2018.
3. Eliantonio M., Backes C., van Rhee C. H., Spronken T. and Berlee A. Standing up for your right (s) in Europe. A comparative study on Legal Standing (*Locus Standi*) before the EU and Member States Courts. Intersentia, 2013.
4. La Chimia A. Tied Aid and Development Aid Procurement in the Framework of EU and WTO Law: The Imperative for Change. Bloomsbury Publishing, 2013.
5. Williams-Elegbe S. Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures. Bloomsbury Publishing, 2012.

Б. А. Шахназаров*

Трансформация основных принципов охраны промышленной собственности в трансграничных отношениях в современных условиях

Аннотация. Автором исследуются основные принципы охраны промышленной собственности в трансграничных отношениях в современных условиях в их динамическом развитии. Территориальный принцип охраны промышленной собственности рассматривается автором с позиции необходимого преодоления. Отмечается, что применительно к промышленной собственности принцип территориальности (территориальной независимости охраны в отношении объектов промышленной собственности) в большинстве случаев действует более выражено, чем в авторском праве.

Фактически государства создают некоторые условия для преодоления (частичного) территориального принципа охраны, когда на международно-правовом уровне разрабатывают международные механизмы охраны промышленной собственности, обязывающие государства признавать заявительные документы (международные заявки), признавать единые регистрации (международные регистрации), предоставлять охрану объекту, получившему охрану за рубежом (например, в случае с наименованием места происхождения или географическим указанием, зарегистрированным в стране происхождения). Конечно, такое преодоление является условным, но оно всегда отражает интересы заявителей, правообладателей и представляется крайне важным в современных условиях глобализации, расширения рынков и трансграничного обмена технологиями.

При этом принцип национального режима на основе унифицированного действия международных механизмов охраны промышленной собственности уже на данном этапе развития системы правового регулирования промышленной собственности в трансграничных отношениях отчасти трансформируется в принцип международного режима, распространяя единые правила установления прав на объекты промышленной собственности повсеместно на субъектов из большого количества стран.

Говорить о преодолении территориального принципа охраны представлялось бы возможным при трансформации основополагающего принципа охраны промышленной собственности — принципа национального режима — в принцип международного режима. Отмечается важный характер принципа конвенционного приоритета и необходимость его распространения и на другие объекты промышленной собственности, за исключением тех, в отношении которых приоритет невозможен по природе (наименования мест происхождения, географические указания, указания происхождения). Отдельно исследуется проблематика реализации принципа выставочного приоритета.

Ключевые слова: территориальный принцип, охрана, преодоление, интеллектуальная собственность, промышленная собственность, трансграничные отношения, национальный режим, конвенционный приоритет, выставочный приоритет, международный механизм, объекты охраны, территориальная юрисдикция, цифровое пространство, сеть Интернет, территориальный суверенитет, информационный суверенитет.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.047-055

© Шахназаров Б. А., 2019

* Шахназаров Бениамин Александрович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ben_raf@mail.ru

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

Одним из основополагающих принципов охраны промышленной собственности в трансграничных отношениях является принцип территориальности. Применительно к промышленной собственности принцип территориальности (территориальной независимости охраны в отношении объектов промышленной собственности) в большинстве случаев действует более выражено, чем в авторском праве. Связано это прежде всего с тем, что большинство объектов промышленной собственности (за исключением небольшого количества объектов, прежде всего ноу-хау, коммерческого обозначения) подлежат регистрации. Как правило, такая регистрация осуществляется в компетентном национальном ведомстве государства, на территории которого и будет предоставлена охрана.

В то же время отсутствие на международно-правовом уровне единой универсальной правовой среды, механизмов и институтов охраны основных групп объектов промышленной собственности: патентуемых объектов и средств индивидуализации, а также еще более скудное международно-правовое регулирование иных объектов промышленной собственности не позволяет судить формально о сколь бы то ни было существенном преодолении территориального принципа охраны объектов промышленной собственности. Фактически государствами создаются некоторые условия для такого преодоления (частичного), когда на международно-правовом уровне разрабатываются международные механизмы охраны промышленной собственности, обязывающие государства признавать заявительные документы (международные заявки), единые регистрации (международные регистрации), предоставлять охрану объекту, получившему охрану за рубежом (например, в случае с наименованием места происхождения или географическим указанием, зарегистрированным в стране происхождения). Конечно, такое преодоление является условным, но оно всегда отражает интересы заявителей, правообладателей и представляется крайне важным в современных условиях глобализации, расширения рынков и трансграничного обмена технологиями.

Еще одним фундаментальным принципом охраны промышленной собственности в трансграничных отношениях является принцип национального режима.

В науке отмечается, что наличие и закрепление в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. двух основных принципов охраны промышленной собственности — национального режима и территориальной независимости охраны прав — представляет собой компромисс, на который были вынуждены пойти государства с различным уровнем развития¹. Обосновывается такая позиция тем, что, с одной стороны, правообладателям-гражданам (юридическим лицам) одной страны — участницы Конвенции принадлежат гарантированные Конвенцией права на объекты промышленной собственности в другой стране — участнице Конвенции. И такие права тождественны правам граждан (юридических лиц) этой другой страны. С другой стороны, получение охраны в одной стране не приводило к автоматическому признанию и защите исключительного права на территории другой. Подобный подход обозначается как «промежуточный» между решениями, являющимися «максимально целесообразными для развитых и развивающихся государств»². Принцип национального режима можно лишь условно назвать компромиссом между развитыми и развивающимися странами. Если говорить о разном научно-техническом уровне развития разных государств и, соответственно, о разных правовых подходах, объемах интеллектуальных прав, предоставляемых в разных юрисдикциях, то реализация принципа национального режима более выгодна развивающимся странам и их субъектам, поскольку они получают больший объем прав, большие возможности коммерциализации в развитой стране. При этом реализация национального режима должна предусматривать, например, единые пошлины на рассмотрение заявок и регистрацию объектов промышленной собственности, подлежащих регистрации, для иностранных граждан и граждан страны рассмотрения заявки³. Территориальный принцип охраны промышленной собственности и вовсе не представляется

¹ См.: Ворожевич А. С. Правовая охрана изобретений и полезных моделей : учебное пособие для магистров. М. : Проспект, 2017.

² Ворожевич А. С. Указ. соч.

³ См.: Шахназаров Б. А. Модернизация права интеллектуальной собственности РФ в условиях членства в ВТО // Lex russica. 2013. № 3. С. 296.

возможным назвать компромиссом, ввиду того что сохраняются и не унифицируются положения национального законодательства по охране промышленной собственности. Преодоление территориального принципа охраны на основе принципа национального режима могло бы быть таким компромиссом, если бы на международном уровне был реализован подход, сводящийся к единому универсальному характеру всех «национальных» прав, которые были бы одинаковыми во всех странах — участницах универсальных международных договоров в сфере охраны промышленной собственности. Такой подход мог бы служить серьезным экономическим подспорьем (возможность освоения рынков, развитие конкуренции на глобальном международном уровне) для правообладателей как из развитых, так и развивающихся стран, если бы не экономические, инфраструктурные, политические противоречия между государствами на пути формирования единой международной в собственном смысле системы охраны промышленной собственности.

Закрепление принципа национального режима как минимум в странах Парижского союза (177 государств-членов⁴) и ВТО (159 государств-членов⁵) на первый взгляд демонстрирует создание правового пространства с равными (но не одинаковыми) правами иностранных граждан, юридических лиц и граждан, юридических лиц стран — участниц международных договоров. Такое правовое пространство действительно имеет место. Совокупность национальных режимов, предоставляемых странами — участницами Парижской конвенции, как бы этого ни хотелось, не создает единого правового поля с унифицированными правилами охраны объектов промышленной собственности и не преодолевает территориальный принцип их охраны. В то же время иностранные субъекты права гармонично интегрируются в ту или иную национальную систему охраны объектов промышленной собственности, а, будучи носителями прав, таких же, как права, которые предоставляются гражданам страны, где права на объект промышленной собственности планируется охранять, являют собой пример трансграничного действия национального права промышленной собственности. Такая трансграничность через взаимодействие с иностранным субъектом, конечно, условна. Но национальная система охра-

ны промышленной собственности посредством реализации таких принципов, как принцип национального режима, принцип конвенционного и выставочного приоритета, становится частью международной системы регулирования трансграничных отношений по охране промышленной собственности.

Говорить о преодолении территориального принципа охраны представлялось бы возможным при трансформации основополагающего принципа охраны промышленной собственности — принципа национального режима — в принцип международного режима. Однако условно именуемый принцип международного режима уже сейчас складывается из международных механизмов (например, из конвенционного и выставочного приоритета, возможности подавать единую международную заявку, осуществлять международную, региональную регистрацию, критерия абсолютной мировой новизны применительно к охраноспособности патентуемых объектов), которые в отсутствие единых, признаваемых на универсальном международном уровне прав на объекты промышленной собственности, удостоверенных единым правоустанавливающим документом, только отчасти формируют единое международно-правовое поле охраны промышленной собственности на универсальном уровне. При этом принцип национального режима на основе унифицированного действия обозначенных выше международных механизмов охраны промышленной собственности уже на данном этапе развития системы правового регулирования промышленной собственности в трансграничных отношениях отчасти трансформируется в принцип международного режима, распространяя единые правила к установлению прав на объекты промышленной собственности повсеместно на субъектов из большого количества стран.

В системе охраны промышленной собственности в трансграничных отношениях принцип национального режима, выражающийся прежде всего в предоставлении такого же объема прав иностранным субъектам, как и своим национальным субъектам со стороны государства, где реализован принцип национального режима, применительно к патентуемым объектам тесно связан еще и с критериями охраноспособности. Так, критерий абсолютной мировой

⁴ URL: https://www.wipo.int/treaties/ru/StatsResults.jsp?treaty_id=2 (дата обращения: 12.02.2019).

⁵ URL: <http://www.rgwto.com/wto.asp?id=5223> (дата обращения: 12.02.2019).

новизны предполагает необходимость отыскания всех зарегистрированных в мире соответствующих объектов или заявок, поданных не только в стране подачи заявки. Таким образом, оцениваются все сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета соответствующего объекта. При таком требовании законодательств большинства государств об абсолютной мировой новизне к патентуемым объектам мы сталкиваемся с объективной обязанностью заявителей по всему миру обеспечить при создании объекта новизну не только в стране подачи заявки, но и во всем мире. Такое обязательство является практически международным по своему характеру, а права на подачу заявки и приобретаемые после регистрации права на объект промышленной собственности являются национальными, охраняемыми в рамках каждой юрисдикции. Если такой подход к исключительному праву еще можно условно посчитать логически обоснованным с точки зрения финансовых затрат государства на создание, функционирование и развитие системы охраны объектов промышленной собственности, инфраструктурных составляющих, то охрану личных неимущественных прав можно было бы как раз обеспечить, преодолевая территориальный принцип охраны. То есть охрана личных неимущественных прав уже сейчас может осуществляться экстратерриториально во всем мире, независимо от того, где подана заявка. Такой подход представляется возможным распространить и на ситуации, когда несколько заявок имеют одну дату приоритета. В таком случае можно говорить о личном неимущественном праве двух и более создателей. Обозначенный механизм применим ко всем объектам промышленной собственности, в отношении которых возможно установление личного неимущественного права.

Поскольку в мире общепринятым подходом к охране большинства объектов промышленной собственности является необходимость их регистрации в компетентном органе государственной власти и эта процедура возможна лишь путем волеизъявления соответствующего субъекта, то повсеместно применяемым до сих

пор является подход к определению приоритетного права на охрану через первого заявителя (первую заявку). Истории промышленной собственности известен и иной подход, когда приоритет в правах на объект промышленной собственности признается за тем лицом, кто первый изобрел соответствующее техническое решение (доктрина *first to invent* — «первый, кто изобрел»). Так, в США длительное время до 2013 г. применительно к патентуемым объектам промышленной собственности сохранялся именно такой подход. Дата создания изобретения имела приоритет перед датой подачи патентной заявки при определении патентных прав. Однако с принятием Закона «Об изобретениях» 2011 г.⁶, который вступил в силу в 2013 г. и представлял собой масштабную реформу патентного законодательства США, был осуществлен переход на систему *first to file* (первый, кто подал заявку), устанавливающую право приоритета за первым заявителем.

Рассматриваемый вопрос так же разрешается и на международном уровне. Основным международным механизмом Парижской конвенции является конвенционный приоритет, означающий, что заявитель, подавший в отношении таких объектов промышленной собственности, как изобретение, полезная модель, промышленный образец или товарный знак, надлежаще оформленную заявку в одном из государств — участников Парижской конвенции (в полном соответствии с требованиями национального законодательства этого государства), имеет приоритетное право подачи заявки на тот же объект в любом другом государстве — участнике Парижской конвенции в течение определенных сроков (ст. 4)⁷. Обозначенные сроки поделены на две группы: 12 месяцев для изобретений и полезных моделей и 6 месяцев для промышленных образцов и товарных знаков.

Принцип конвенционного приоритета, т.е. приоритета первоначальной заявки, который распространяется на все последующие заявки в странах — участницах Конвенции представляется конвенционным по своей природе. Данный принцип установлен в Конвенции и носит

⁶ Закон США об изобретениях был принят в 2011 г. и вступил в силу в 2013 г. См.: Title 35, United States Code. Leahy-Smith America Invents Act (AIA) // URL: https://www.uspto.gov/sites/default/files/aia_implementation/20110916-pub-l112-29.pdf (дата обращения: 12.02.2019).

⁷ Луткова О. В., Терентьева Л. В., Шахназаров Б. А. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве : учебное пособие для магистров. М. : Проспект, 2017. С. 90 (автор гл. 2 — Б. А. Шахназаров).

трансграничный характер, т.е. имеет трансграничное действие. Как отмечает Г. Боденхаузен⁸, право приоритета является одним из важнейших элементов Конвенции, так как фигурировало уже в ее первоначальном тексте 1883 г. С. П. Гришаев в то же время обращает внимание на то обстоятельство, что первопричиной формальных процедур установления конвенционного приоритета является необходимость получения специальных охраняемых документов на ряд объектов промышленной собственности⁹. В случае с патентуемыми объектами С. П. Гришаев отмечает признак повторимости, который характерен для объектов патентной охраны (изобретения, промышленные образцы, полезные модели) и заключается в том, что вероятность создания одного и того же объекта патентной охраны разными лицами и независимо друг от друга достаточно велика. Обозначенный признак опосредует необходимость прохождения формальных процедур (регистрации) и получения охранного документа (патента), что, в свою очередь, вызывает необходимость проведения особой формальной процедуры, удостоверяющей приоритет (первенство) того или иного лица в создании конкретного объекта как в рамках одной юрисдикции, так и при истребовании охраны на один и тот же объект в разных странах. В то же время в законодательстве разных стран могут быть реализованы различные правила, касающиеся установления приоритета на тот или иной объект промышленной собственности, однако положения Парижской конвенции были призваны установить особые универсальные правила о приоритете, именуемом конвенционным, и тем самым унифицировать положения законодательства ряда стран о приоритете¹⁰.

Действительно, на основе принципа конвенционного приоритета национальный законодатель может также предоставить своим гражданам право истребовать приоритет заявки в своей стране, основываясь на заявке, поданной ранее за рубежом. Условия, необходимые для истребования права приоритета согласно

положениям Конвенции, должны существовать как в момент подачи заявки, на которой основывается право приоритета, так и в момент, когда это право используется, но необязательно в течение всего срока права приоритета. Таким образом, гражданин страны — участницы Конвенции может, например, уступить свое право приоритета какому-либо другому лицу, которое в этот момент не является гражданином страны — участницы Конвенции, но станет им в дальнейшем, прежде чем будет требовать применения права приоритета¹¹.

Реализация принципа конвенционного приоритета в Парижской конвенции, безусловно, является серьезным шагом на пути к формированию единого международно-правового пространства охраны промышленной собственности. В то же время действие принципа распространено лишь на 4 объекта охраны (изобретение, полезная модель, промышленный образец). Действительно, в перечне объектов охраны промышленной собственности, закрепленном в п. 2 ст. 1 Парижской конвенции, содержатся объекты, в отношении которых применение конвенционного приоритета нецелесообразно ввиду самой их правовой природы. Речь идет о наименованиях места происхождения товаров и об указаниях происхождения, поскольку права на эти объекты невозможно монополизировать. Так, исключительное право на наименование места происхождения товаров по своей правовой природе не подлежит отчуждению. Таким образом, в отношении таких объектов охраны, как наименования места происхождения товара (а также географические указания, охрана которых предусмотрена Соглашением ТРИПС 1994 г.), механизм установления, истребования приоритета заявки не актуален и не применим из-за возможности существования одновременно неограниченного количества правообладателей. Указания происхождения, сводящиеся, как правило, к формулировкам «сделано в...», «продукция...»¹², не подлежат регистрации, исключительное право на этот объект не устанавливается. Поэтому

⁸ См.: Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий / пер. с фр. Н. Л. Тумановой ; под ред. проф. М. М. Богуславского. М. : Прогресс, 1977. С. 48.

⁹ См.: Гришаев С. П. Комментарий к Парижской конвенции об охране промышленной собственности. СПС «ГАРАНТ», 2012.

¹⁰ См.: Гришаев С. П. Указ. соч.

¹¹ См.: Боденхаузен Г. Указ. соч. С. 49

¹² См.: URL: https://www.wipo.int/geo_indications/ru/faq_geographicalindications.html (дата обращения: 1.03.2019).

конкуренция заявок, исключительных прав, необходимость установления приоритета здесь также отсутствуют.

Продолжая рассмотрение перечня объектов охраны промышленной собственности, закрепленного в п. 2 ст. 1 Парижской конвенции, отметим, что пресечение недобросовестной конкуренции представляется все же механизмом охраны объектов промышленной собственности, а не самостоятельным объектом. В отношении соответствующих процедур говорить о каком-либо приоритете в принципе некорректно и невозможно. Антимонопольное регулирование, механизмы пресечения недобросовестной конкуренции являются общими для всех правообладателей и одинаковым образом позволяют охранять права субъектов соответствующих отношений независимо от даты обращения в компетентные государственные органы по факту нарушенных прав. В то же время в перечне объектов охраны промышленной собственности есть такие объекты, в отношении которых возможно, а в определенных случаях необходимо действие конвенционного приоритета. Так, наряду с товарными знаками Парижская конвенция в п. 2 ст. 1 отдельно закрепляет такие объекты охраны промышленной собственности, как знаки обслуживания и фирменные наименования. В зарубежной науке отмечается, что в процессе одного из пересмотров Парижской конвенции, который имел место на Лиссабонской конференции в 1958 г., перечень объектов охраны промышленной собственности был дополнен знаками обслуживания без дополнения соответствующего перечня объектов охраны промышленной собственности, в отношении которых действует право приоритета¹³.

В обозначенном контексте сто́ит отметить, что режимы охраны товарных знаков и знаков обслуживания в целом сходны, регистрационные процедуры идентичны. В то же время рассматриваемый подход, возможно, сложился и по причине того, что положения ст. 6-*sexies* Парижской конвенции хотя и устанавливают обязанность стран-участниц охранять знаки обслуживания, но не обязывают их предусматривать регистрацию таких знаков. Однако большинство государств закрепляют необходимость регистрации знаков обслуживания, приравнивая их в режимах охраны к товарным знакам. Те или иные услуги могут быть ключевым

элементом для развития географии бизнеса, освоения новых рынков. Поэтому логичным видится все же включение знаков обслуживания в перечень объектов, на которые распространяется принцип конвенционного приоритета с закреплением такого же срока приоритета, какой закреплен в отношении товарных знаков и промышленных образцов, — 6 месяцев, ввиду общности режимов охраны знаков обслуживания с режимами охраны товарных знаков, их сходной правовой природы, а также необходимости унификации подходов к упрощению регистрации знаков обслуживания за рубежом.

Что касается фирменных наименований, то эти обозначения индивидуализируют коммерческие хозяйствующие субъекты как юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность среди других таких юридических лиц. При этом приоритет фирменного наименования логичен и возможен лишь в случае с обязательной регистрацией фирменного наименования, поскольку лишь при регистрационных действиях возможно отследить приоритет заявок и говорить о приоритете охраны. Распространяться такой приоритет должен на страны, где также установлено требование о государственной регистрации фирменных наименований. Такое требование представляется необходимым в современных условиях из-за особой роли фирменных наименований в трансграничном обороте товаров и услуг, когда зачастую производители позиционируют себя и продвигают свои товары и услуги посредством прежде всего фирменного наименования (например, в сети Интернет). Распространить анализируемый принцип на страны, в которых регистрация фирменных наименований необязательна, не представляется возможным, поскольку разрешение коллизии первой заявки и первого фактического использования — задача, сложно реализуемая по причине оценочного характера доказательственной базы, крайней сложности ее фиксации для целей трансграничной охраны фирменных наименований. Таким образом, логично распространить принцип конвенционного приоритета и на фирменные наименования, подлежащие регистрации, с тем же сроком приоритета в 6 месяцев, как и в отношении товарных знаков, ввиду общности правовой природы обозначенных объектов промышленной собственности.

¹³ См.: Боденхаузен Г. Указ. соч. С. 50—51.

Что касается коммерческих обозначений, то при сохранении четкой территориальности в порядке предоставления охраны тому или иному коммерческому обозначению вопрос об использовании коммерческого обозначения, уже используемого за рубежом третьими лицами, может быть актуальным вследствие отсутствия единой системы регистрации таких обозначений (а также того обстоятельства, что требования о государственной регистрации коммерческих обозначений отсутствуют в большинстве стран). Представляется целесообразным говорить о возможности установления на международном уровне (в рамках ВОИС, диалога государств-участников прежде всего Парижского союза) приоритета охраны зарубежного коммерческого обозначения в случае, когда правообладатель уже имеет в третьей стране, где он еще не использует коммерческое обозначение, действительное коммерческое предприятие или когда коммерческое обозначение используется при осуществлении предпринимательской деятельности, затрагивающей рынок этой третьей страны. Таким образом, будет исключена возможность введения потребителей в заблуждение относительно деятельности предприятия и, возможно, товаров, которые производятся на этом предприятии.

Отдельного внимания в контексте установления приоритета охраны при трансграничном использовании заслуживают и селекционные достижения. Если конкретные государства сочли необходимым предоставить охрану селекционным достижениям в области создания новых сортов растений и новых пород животных, то с учетом целей Парижской конвенции, а также Соглашения ТРИПС правила о приоритете первой поданной заявки (селекционные достижения в принципе охраняются с помощью регистрационных механизмов) представлялись бы логичными, а их закрепление с учетом сходства с патентной охраной могло бы быть реализовано с использованием срока в 12 месяцев с момента подачи первоначальной заявки.

Таким образом, принцип конвенционного приоритета на современном этапе развития права промышленной собственности может быть распространен и на иные объекты промышленной собственности. Причем в отношении нерегистрируемых объектов можно говорить о приоритетном праве создателя — первоначального пользователя такого объекта, если будет установлен факт осуществления им

деятельности на зарубежном рынке или затрагивания его деятельностью такого рынка.

Еще одним важным международным принципом охраны промышленной собственности является принцип выставочного приоритета. Для целей эффективного применения положений ст. 11 Парижской конвенции о выставочном приоритете, предполагающем временную охрану патентоспособных изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, а также знаков для продуктов, экспонируемых на официальных или официально признанных международных выставках, организованных на территории одной из стран — участниц Парижской конвенции, на наш взгляд, должна быть разработана система фиксации данных о продуктах (с реализованными в них патентуемыми объектами) с таких выставок и обмен такими данными с патентным ведомством. Это упростит процесс доказывания при необходимости предоставления временной охраны, а также льготы по новизне. Реализацию такой системы представляется более оптимальным осуществить на международном уровне путем установления и ведения в рамках ВОИС реестра официальных или официально признанных международных выставок и экспонатов таких выставок с указанием их собственников/правообладателей, ввиду того что речь в Парижской конвенции идет именно о международных выставках для целей выставочного приоритета, в том числе и прежде всего реализуемого при охране объекта промышленной собственности за рубежом или сразу в нескольких юрисдикциях. Международная выставка при этом является первоначальным способом распространения информации о продукте для целей расширения территории его использования и сбыта и коррелирующих с ними целей последующей охраны в различных юрисдикциях. При этом в силу доказательственного характера экспонирования продукта на таких публичных открытых выставках представляется возможным и справедливым говорить о приоритете прав при экспонировании на официальных или официально признанных международных выставках продукта, в котором реализованы иные объекты промышленной собственности. В зависимости от того, подлежит ли такой объект регистрации в стране, где истребуется охрана, или нет, выставочный приоритет будет означать либо срок приоритетного права на подачу заявки (в случае обязательной регистрации объекта), либо собственно приоритет в охране (если требование

о регистрации отсутствует). При этом во втором случае важно, чтобы отсутствовали публичные сведения (сведения, находящиеся в открытом доступе в мире) о более раннем раскрытии информации об объекте. Выставочный приоритет в таком случае презюмирует правообладание ввиду фундаментального характера раскрытия информации на выставках, который в силу ст. 11 Парижской конвенции придает официальным или официально признанным

международным выставкам первостепенное значение, особый международно-правовой статус раскрытия информации об объекте промышленной собственности. Бремя же доказывания более раннего раскрытия информации о нерегистрируемом объекте (до даты выставки) лежит на лице, оспаривающем права лица, экспонирующего продукт на официальных или официально признанных международных выставках.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности : комментарий / пер. с фр. Н. Л. Тумановой ; под ред. проф. М. М. Богуславского. — М. : Прогресс, 1977.
2. Ворожевич А. С. Правовая охрана изобретений и полезных моделей : учебное пособие для магистров. — М. : Проспект, 2017.
3. Гришаев С. П. Комментарий к Парижской конвенции об охране промышленной собственности. — СПС «ГАРАНТ», 2012.
4. Луткова О. В., Терентьева Л. В., Шахназаров Б. А. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве : учебное пособие для магистров. — М. : Проспект, 2017.
5. Шахназаров Б. А. Модернизация права интеллектуальной собственности РФ в условиях членства в ВТО // Lex russica. — 2013. — № 3.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

TRANSFORMATION OF THE BASIC PRINCIPLES OF INDUSTRIAL PROPERTY PROTECTION IN CROSS-BORDER RELATIONS IN THE PRESENT-DAY CONDITIONS

Beniamin A. Shahnazarov, Cand. Sci. (Law), Associate Prof. of the Department of Private International Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ben_raf@mail.ru
9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *The author has investigated the basic principles of industrial property protection in their dynamic development in cross-border relations. The author elucidates the territorial principle of industrial property protection in the context of the necessity to overcome it. It is noted that in most industrial property cases the principle of territoriality (territorial independence of protection in respect of objects of industrial property) is more often used as compared with copyright cases.*

In fact, States create certain conditions for overcoming the (partial) territorial principle of protection when, at the international level, international protection mechanisms are being developed to protect industrial property. The creation of such mechanisms obliges the States to recognize declaratory documents (international applications) and single sign-ons (international registrations), to provide protection to the facility that has been granted protection abroad (e.g. in the case of appellation of origin or geographical indication registered in the country of origin). Indeed, such an overcoming is conditional, but it always reflects the interests of applicants and rights holders and seems to be extremely important in the modern context of globalization, expanding markets and cross-border technology exchange.

At the same time, at the current stage of development of the system of the legal regulation of industrial property in cross-border relations, the principle of national treatment on the basis of unified action of international mechanisms applied for the industrial property protection has been partly transformed into the principle of the

international treatment extending the common rules for establishing rights to industrial property on actors from a large number of countries.

It would be possible to speak about overcoming the territorial principle of protection if the fundamental principle of protection of industrial property — the principle of national treatment — were transformed into the principle of international treatment.

The author highlights an important character of the principle of conventional priority and the need for its extension to other objects of industrial property except for those in respect of which priority is not inherently possible (appellations of origin, geographical indications, indications of origin). The problem of implementation of the principle of exhibition priority has been explored separately.

Keywords: *territorial principle, protection, overcoming, intellectual property, industrial property, cross-border relations, national regime, convention priority, exhibition priority, international mechanism, objects of protection, territorial jurisdiction, digital space, Internet, territorial sovereignty, information sovereignty.*

REFERENCES

1. Bodenhausen G. Parizhskaya konventsiya po okhrane promyshlennoy sobstvennosti : kommentariy [Paris Convention for the Protection of Industrial Property: Commentary]. Tr. from French. by N. L. Tumanova; Ed. by Prof. M. M. Boguslavskiy. Moscow, Progress Publ., 1977. (In Russ.)
2. Vorozhevich A. S. Pravovaya okhrana izobreteniy i poleznykh modeley : uchebnoe posobie dlya magistrrov [Legal protection of inventions and utility models: A textbook for Master's Students]. Moscow, Prospekt Publ., 2017. (In Russ.)
3. Grishaev S. P. Kommentariy k Parizhskoy konventsii ob okhrane promyshlennoy sobstvennosti [Commentary to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property]. RLS "Garant", 2012. (In Russ.)
4. Lutkova O. V., Terentieva L. V., Shakhnazarov B. A. Osnovnye problemy okhrany intellektualnoy sobstvennosti v mezhdunarodnom chastnom prave : uchebnoe posobie dlya magistrantov [The main problems of intellectual property protection in private international law: A textbook for Master's students]. Moscow, Prospekt Publ., 2017. (In Russ.)
5. Shakhnazarov B. A. Modernizatsiya prava intellektualnoy sobstvennosti RF v usloviyakh chlenstva v VTO [Modernization of intellectual property rights of the Russian Federation in terms of membership in the WTO]. *Lex russica*. 2013. No. 3. (In Russ.)

А. А. Шулаков*

Интересы публичного порядка Российской Федерации и международное усыновление (удочерение)

Аннотация. Статья посвящена вопросам защиты интересов публичного порядка Российской Федерации в области международного усыновления (удочерения). Установлено, что усиление такой защиты влечет за собой изменения в законодательстве, связанные либо с приданием сверхимперативности уже имеющимся в правовых актах императивным материальным нормам, либо с появлением новых сверхимперативных норм. В области международного усыновления (удочерения) в России данный процесс выступает особенно ярко. В исследовании отмечается, что общая формула, содержащаяся в ст. 1192 «Нормы непосредственного применения» Гражданского кодекса РФ, устанавливает два способа, позволяющих по аналогии определять сверхимперативность тех или иных императивных материальных норм Семейного кодекса РФ: «вследствие указания в самих императивных нормах» (сверхимперативность нормы прямо установлена законодателем) или «ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов» (сверхимперативность нормы определяется правоприменителем). Делается вывод, что фигурирование в содержании императивной материальной нормы имеющих особое значение конституционно значимых ценностей / публичных интересов («защита нравственности, здоровья, прав и законных интересов других членов семьи и иных граждан» и др.), является критерием, позволяющим правоприменителю определять такие нормы, как нормы сверхимперативные. На основе анализа международных договоров РФ о межгосударственном сотрудничестве в области усыновления детей в статье определены основополагающие принципы, составляющие структуру международного усыновления в РФ. Установлено, что включение российским законодателем дополнительных условий, требований государства происхождения ребенка в регулирование международного усыновления (нормы ст. 165, 124—133 Семейного кодекса РФ; нормы двусторонних договоров России с европейскими странами, в которые усыновляется более 85 % российских детей (Италия, Испания, Франция)) осуществляется в целях защиты интересов публичного порядка РФ.

Ключевые слова: общая польза, цели правопорядка, интересы публичного порядка, конституционно значимые ценности, национальные интересы, международное усыновление (удочерение), императивные материальные нормы, сверхимперативные нормы, структура международного усыновления, государство происхождения ребенка, государство усыновителя.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.056-069

© Шулаков А. А., 2019

* Шулаков Андрей Анатольевич, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

docent-law@rambler.ru

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

1. Главное богатство России — сбережение людей и умножение человеческого капитала

Размышляя в 1721 г. о «приращении общей пользы»¹, выдающийся русский ученый Михаил Васильевич Ломоносов указал, что «главным делом России, в котором состоит величие, могущество и богатство страны, является не обширность государства, тщетная без обитателей, а сохранение и размножение российского народа». Отмечая основные причины потерь численности населения (болезни, несчастья и др.), М. В. Ломоносов упоминал и так называемых «живых покойников», понимая под ними подданных, которых лишается Россия вследствие их эмиграции в другие страны. В связи с этим ученый предлагал привлекать людей из-за границы, поскольку Россия «в состоянии вместить их в свое безопасное недра», отмечая, что указанные им способы сохранения и размножения российского народа не только не будут ничем народу отягонительны, «но будут служить к безопасности и успокоению всенародному»².

К сожалению, негативная социально-экономическая обстановка, сложившаяся после развала Советского Союза, привела Россию в число стран, больше всех отдающих своих детей для международного усыновления. В соответствии со статистикой за 2004—2014 гг. Россия занимала в этом процессе второе место после Китая³.

По данным вице-спикера Госдумы Светланы Журовой, с 1993 по 2009 г. иностранными гражданами было усыновлено более 80 тыс. российских детей, оставшихся без попечения

родителей⁴. С учетом данных Министерства образования и науки Российской Федерации за 2010—2017 гг.⁵, общая цифра усыновленных иностранцами российских детей (в 1993—2017 гг.) достигла 100 тыс.

В 2016 г. Президентом Российской Федерации в Послании Федеральному Собранию было заявлено: «Смысл всей нашей политики — сбережение людей, умножение человеческого капитала как главного богатства России»⁶. В целях совершенствования государственной политики в сфере защиты детства с учетом результатов, достигнутых в ходе реализации Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012—2017 годы, Указом Президента России от 29.05.2017 № 240 в Российской Федерации объявлено Десятилетие детства⁷.

Обнародованная Президентом России программа «сбережения и умножения людей» в России ведет к значительному сокращению числа усыновлений российских детей иностранцами. Эта тенденция является позитивной и для российских детей, и для российского общества, и для российского государства. После принятия в 2012 г. ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации», количество усыновлений детей иностранцами в России неуклонно снижается⁸.

Таким образом, в современный период мысли, высказанные М. В. Ломоносовым в XVIII в., и позиция руководства России совпадают.

¹ Понятие «общей пользы» в российской философской науке дореволюционного периода рассматривалось как определяющее начало права, цель правопорядка (см. подробнее: *Соловьев В. С. Сочинения* : в 2 т. М. : Мысль, 1990. Т. 2. Гл. XVIII : Анализ понятия общей пользы, как цели правового порядка. URL: https://iphras.ru/elib/Soloviev_Kritika.html (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

² Письмо М. В. Ломоносова графу И. И. Шувалову «О сохранении и размножении российского народа» 1 ноября 1761 г. (*Ломоносов М. В. Избранные философские произведения*. М. : Госполитиздат, 1950. С. 598—614. URL: http://www.zasn.ru/documents/pismo_lomonosova (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

³ См.: *Selman P. Newcastle University. UK. Receiving States 2004—2015. States of Origin 2004—2014* // URL: <https://assets.hcch.net/docs/3bead31e-6234-44ae-9f4e-2352b190ca21.pdf> (дата обращения: 24 января 2019 г.).

⁴ Официальный сайт фракции «Единая Россия» в Госдуме РФ (29 июня 2009 г.) // URL: <https://er.ru/> (дата обращения: 24 января 2019 г.).

⁵ Усыновление в России. Информационно-консультационный портал Министерства образования и науки РФ. URL: <http://www.usynovite.ru/statistics/2010/6/> (дата обращения: 24 января 2019 г.).

⁶ Известия. URL: <https://iz.ru/news/648918> (дата обращения: 24 января 2019 г.).

⁷ Указ Президента РФ 29.05.2017 № 240 «Об объявлении в Российской Федерации Десятилетия детства» // *Российская газета*. № 115. 30.05.2017.

⁸ По данным Верховного Суда РФ, если в 2012 г. дел по усыновлению российских детей иностранцами было 2 426, то в 2016 г. — всего 430. В 2017 г. областными и равными им судами с вынесением решения рассмотрено 336 дел о международном усыновлении детей, что на 22,4 % меньше, чем в 2016 г.,

Сегодня существует общее понимание того, что государство, передающее детей на воспитание иностранным гражданам, оказывается в сложной демографической ситуации⁹. Эта ситуация, безо всякого сомнения, влияет в целом и в первую очередь на такие конституционно значимые ценности (публичные интересы) страны, как безопасность и обороноспособность¹⁰.

Содержание (объем) указанного еще М. В. Ломоносовым и использованного в Конституции РФ понятия «безопасность», трактуемого в современной государственной доктрине России как «национальная безопасность»¹¹, настолько ёмко, что включает в себя все перечисленные в п. 3 ст. 55 Конституции РФ кон-

ституционно значимые ценности / публичные интересы. В этой связи указанные в Конституции РФ публичные интересы / ценности нашей страны не просто смыкаются, а являются синонимом общих для всех (личность, общество, государство) национальных интересов России¹².

2. Интересы публичного порядка / национальные интересы Российской Федерации, учитываемые в области международного усыновления (удочерения)

Интересы публичного порядка / национальные интересы в области защиты прав ребенка, как правило, учитываются и в отдающих на международное усыновление государствах

когда с вынесением решения было рассмотрено 433 дела, и на 49,9 % меньше, чем в 2015 г. (670 дел), с удовлетворением требования рассмотрено 334 дела, с отказом в удовлетворении требования — 2 дела (см.: Обзор Президиума Верховного Суда России от 30 мая 2018 г. «Обзор практики рассмотрения в 2017 г. областными и равными им судами дел об усыновлении детей иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также гражданами Российской Федерации, постоянно проживающими за пределами территории Российской Федерации» // Информационно-правовой портал «Гарант.ру». URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71858888/#ixzz5WR4QqTNB> (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

⁹ См., например: *Катионова А. О., Катионов О. Н.* Международное усыновление как философско-правовое явление // *Философия образования.* 2011. № 5 (38). С. 197—202.

¹⁰ В законодательстве многих стран, и в том числе в России, конституционно значимые ценности (публичные интересы) включают наиболее значимые интересы государства, общества и частных лиц. Конституционный Суд РФ включает в понятие публичных интересов (конституционно значимых ценностей) шесть оснований, закрепленных в соответствии со ст. 29 Всеобщей декларации прав человека в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. К ним относятся: основы конституционного строя, нравственность, здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства (см.: постановление Конституционного Суда РФ от 30.10.2003 № 15-П // СПС «КонсультантПлюс»). Значительность и бесспорность этих интересов (ценностей) подтверждается тем, что в целях их защиты, в соответствии с указанной статьей Конституции, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом. Данные публичные интересы (конституционно значимые ценности) составляют ядро публичного порядка по смыслу международного частного права, т.е. те принципы, в рамках которых не может быть применена ни одна противоречащая им иностранная норма, имеющая экстерриториальное значение.

¹¹ «Национальная безопасность Российской Федерации (далее — национальная безопасность) — состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз, при котором обеспечиваются реализация конституционных прав и свобод граждан Российской Федерации (далее — граждане), достойные качество и уровень их жизни, суверенитет, независимость, государственная и территориальная целостность, устойчивое социально-экономическое развитие Российской Федерации. Национальная безопасность включает в себя оборону страны и все виды безопасности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации и законодательством Российской Федерации...» (п. 6 Стратегии национальной безопасности Российской Федерации (утв. Указом Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683) // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212 (далее — Стратегия национальной безопасности Российской Федерации)).

¹² «Национальные интересы Российской Федерации (далее — национальные интересы) — объективно значимые потребности личности, общества и государства в обеспечении их защищенности и устойчивого развития». «Обеспечение национальных интересов осуществляется посредством реализации следующих стратегических национальных приоритетов: оборона страны; государственная и общественная безопасность; повышение качества жизни российских граждан; экономический рост; наука, технологии

(государствах происхождения ребенка)¹³, и в принимающих государствах¹⁴. Важно также отметить, что в некоторых странах интересы публичного порядка в этой области идут вразрез с ценностями, принятыми в рамках ООН¹⁵.

В современный период не только Россия, но многие из стран, отдававших ранее детей на международное усыновление, начали пере-

сматривать эту политику в своих национальных/публичных интересах. Аргентина, Вьетнам, Гана, Гватемала, Камбоджа, Румыния, Руанда приостановили иностранное усыновление. Китай, Южная Корея, Черногория существенно сократили передачу детей за рубеж¹⁶.

В рамках данной статьи важно рассмотреть, как соотносятся указанные выше конституци-

и образование; здравоохранение; культура; экология живых систем и рациональное природопользование; стратегическая стабильность и равноправное стратегическое партнерство» (п. 6, 31 Стратегии национальной безопасности Российской Федерации). В отечественной юридической науке под публичными интересами понимают общие интересы (усредненные личные и групповые интересы), т.е. общественные интересы, без удовлетворения которых невозможно как реализовать частные интересы, так и обеспечить целостность, устойчивость и нормальное развитие организаций, государства, наций, социальных слоев и общества в целом. Публичные интересы — это признанные государством и обеспеченные правом интересы социальной общности, удовлетворение которых служит условием и гарантией ее существования и развития (см.: *Тихомиров Ю. А.* Публичное право : учебник. М. : Бек, 1995. С. 54—55 ; *Талапина Э., Тихомиров Ю.* Публичные функции в экономике // *Право и экономика.* 2002. № 6 ; *Бакаева О. Ю., Погодина Н. А.* О соотношении частных и публичных интересов // *Журнал российского права.* 2011. № 4).

¹³ Например, 19 декабря 2017 г. в Национальном собрании Армении в ходе обсуждения закона о внесении изменений и поправок в Семейный кодекс вице-спикер парламента Эдуард Шармазанов предложил в случае усыновления детей иностранцами отдавать предпочтение иностранным гражданам армянского происхождения: «Я против расизма, но волею судьбы большая часть армян живет за пределами страны. Возможно, многие наши братья и сестры из диаспоры захотят усыновить армянских детей. Я считаю правильным, чтобы предпочтение отдавалось армянским семьям». Замминистра юстиции Сурен Крмоян отметил, что с учетом национально-культурных интересов приоритет будет отдан армянским семьям (см.: ИА Regnum. URL: <https://regnum.ru/news/2359786.html> (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

¹⁴ Так, по Закону Израиля об усыновлении детей 1981 г. усыновитель должен принадлежать к той же религии, что и усыновляемый ребенок. Т.е., к примеру, супруги-евреи не могут усыновить ребенка-мусульманина, христианина. Проще бывает в тех случаях, когда ребенок не принадлежит ни к какому вероисповеданию (см. подробнее: *Гринфильд С.* Усыновление детей в Израиле. Израильское право // *Israelinfo.* URL: <https://pravo.israelinfo.co.il/articles/nasled/2581?print> (дата обращения: 24 января 2019 г.) ; *Наоми Даром и Рони Линдер-Ганц.* Родители любой ценой: ребенок из-за рубежа // URL: <https://www.themarket.com/law/1.500381> (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

¹⁵ Например, Конвенцию «О правах ребенка», принятую резолюцией Генеральной Ассамблеи 20 ноября 1989 г., из всех стран — членов ООН не подписали только США. По мнению Д. Беккер, главного адвоката отдела по правам ребенка Human Rights Watch, главная юридическая проблема, связанная с нератификацией указанного международного соглашения, состоит в том, что США — единственное в мире государство, в котором детей приговаривают к пожизненному тюремному заключению без возможности досрочного освобождения, что категорически запрещено Конвенцией о правах ребенка (см.: *Becker Jo.* Dispatches: The US Club of 1 on Children's Rights // *Human Rights Watch.* URL: www.hrw.org/news/2015/10/01/dispatches-us-club-1-childrens-rights (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

¹⁶ Так, в 2007 г. правительство Гватемалы ввело запрет на международное усыновление, поскольку каждый десятый рожденный в стране ребенок усыновлялся иностранцами, преимущественно гражданами США. Детей специально изымали и даже похищали у матерей. Аналогичная ситуация сложилась в Румынии, где вся система усыновления носила криминальный характер. Запрет американского усыновления стал условием Комитета министров Совета Европы, без соблюдения которого Румыния не могла войти в члены Евросоюза (см. подробнее: *Алленова О.* Мы хотим изменить само отношение к детям-сиротам (Уполномоченный по правам ребенка о том, зачем был нужен запрет на усыновление иностранцами) // *Коммерсантъ.* 16.02.2015. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2668758> (дата обращения: 24 января 2019 г.) ; *Thalke J.* Why Romania Has Stopped Adoptions // URL: <https://www.bcadoption.com/resources/articles/why-romania-has-stopped-adoptions> (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

онно значимые ценности (публичные интересы) / национальные интересы России с главной ценностью, учитываемой в международных соглашениях об усыновлении, — «наилучшее обеспечение интересов ребенка» / «наилучшие интересы ребенка»¹⁷.

Безусловно, при усыновлении в стране происхождения ребенка ценность «наилучшее обеспечение интересов ребенка», влияющая на будущее такого государства, совпадает со всеми указанными выше конституционно значимыми ценностями / публичными или национальными интересами (нравственность, здоровье, права и законные интересы, безопасность и обороноспособность и др.). «Материнство и детство, семья находятся под защитой государства» (п. 1 ст. 38 Конституции РФ¹⁸) — известная всем основа конституционного строя России. Очевидно и другое: усыновленный иностранными гражданами ребенок, так же как и любой человек, выехавший на постоянное место жительства в другое государство, как правило, теряет свою полезность и для общества, и для государства происхождения.

Важно отметить, что интерес, связанный с желанием выезда в страну с более высоким уровнем жизни, признается всеми демократическими государствами.

Вместе с тем международное усыновление несовершеннолетних, особенно малолетних детей, вывоз их из страны происхождения не для воссоединения с семьей кровных родственников признается в России безнравственным не только на уровне российского общества¹⁹, но и на уровне руководства страны. Приоритеты между интересами/ценностями, сталкивающимися в области международного усыновления, были расставлены в заявлении Президента России В. В. Путина на заседании Государственного Совета РФ 27 декабря 2012 г. путем постановки двух риторических вопросов: «В мире, наверное, много мест, где уровень жизни получше, чем у нас. Ну и чего, мы туда отправим всех детей? Может, и сами туда переедем? Безусловно, надо поддержать предложение, направленное на то, чтобы сделать все внутри своей собственной страны для того, чтобы обеспечить достойное будущее всех наших детей, в том

¹⁷ В соответствии с международными правовыми актами при издании законов, связанных с защитой прав ребенка, главным соображением должно быть наилучшее обеспечение интересов ребенка (см.: Декларация прав ребенка. Принята 20.11.1959 Резолюцией 1386 (XIV) на 841-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН. Принцип 2 // Международная защита прав и свобод человека : сборник документов. М. : Юридическая литература, 1990. С. 385—388 (далее — Декларация прав ребенка) ; Декларация о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях. Принята 03.12.1986 Резолюцией 41/85 Генеральной Ассамблеи ООН. Преамбула // СПС «Консультант-Плюс» (далее — Декларация о защите детей) ; Конвенция о правах ребенка. Заключена 20.11.1989. Ст. 21 // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI. М., 1993. С. 242—257 (далее — Конвенция о правах ребенка); Договор между Российской Федерацией и Французской Республикой о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей. Подписан в г. Москве 18.11.2011. Ст. 2 // Бюллетень международных договоров. 2015. № 2. С. 12—22 (далее — Договор между РФ и Французской Республикой об усыновлении).

¹⁸ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

¹⁹ По данным опроса ВЦИОМ, прошедшего 12—13 января 2013 г. среди 1,6 тыс. человек в 46 регионах РФ, запрет на усыновление иностранными гражданами российских детей одобрили 76 % опрошенных россиян, 24 % высказались против этой меры. Сторонники запрета объясняют свою позицию «издевательствами» над детьми со стороны иностранных усыновителей (18 %) и тем, что «государство должно само воспитывать своих детей, дети должны быть в России» (24 %) (см.: ВЦИОМ: Россияне поддержали «закон Димы Яковлева» // РБК. URL: <https://www.rbc.ru/society/18/01/2013/5704024c9a7947fcbd444ad5> (дата обращения: 24 января 2019 г.)). 7 января 2017 г. членом Совета Федерации Е. Б. Мизулиной (председателем Комитета по вопросам семьи, женщин и детей Государственной Думы РФ VI созыва) в качестве главной причины нератификации Россией Гаагской конвенции о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления 1993 г. указано «традиционно негативное отношение российского общества к усыновлению зарубеж» (см.: «Решение ЕСПЧ — грубейшее вмешательство во внутренние дела России» // ИА Regnum. URL: <https://regnum.ru/news/2227745.html> (дата обращения: 24 января 2019 г.)).

числе оставшихся без попечения родителей либо детей-сирот. У нас есть достойные примеры усыновления в нашей стране»²⁰.

Принятый в последние годы в России подход, ведущий к сокращению числа усыновлений иностранными гражданами российских детей, соответствует основополагающим принципам, установленным в универсальных международных правовых актах в указанной области²¹. Согласно важнейшим из этих принципов: 1) интерес/цель воссоединения семьи уступает в международных договорах публичным интересам / конституционно значимым ценностям, ограничивающим право покидать любую страну; 2) усыновление в другой стране в целях наилучших интересов ребенка признается в качестве альтернативного способа ухода только тогда, когда ребенка не представляется возможным передать другой семье на воспитание или для усыновления или обеспечить для него надлежащую заботу в стране происхождения²².

3. Защита интересов публичного порядка в области международного усыновления (удочерения) в законодательстве Российской Федерации

Указанное еще выдающимся русским ученым М. В. Ломоносовым понимание «общей пользы», совпадающее в современной российской доктрине с целями правопорядка (публичного порядка), стратегическими национальными приоритетами, обеспечивающими национальные/публичные интересы, диктует в современный период соответствующее правовое регулирование международного усынов-

ления как в законодательстве России, так и в рамках международных соглашений, ратифицированных Российской Федерацией.

Изменения, связанные с усилением защиты интересов публичного порядка по смыслу международного частного права, влекут за собой изменения в законодательстве, связанные либо с приданием сверхимперативности уже имеющимся в правовых актах императивным материальным нормам, либо с появлением новых сверхимперативных норм²³. В области международного усыновления в РФ данный процесс выступает особенно ярко.

Так, например, закрепленный в 1995 г. в п. 1 ст. 165 Семейного кодекса РФ²⁴ коллизийный принцип, в соответствии с которым усыновление (удочерение) на территории РФ иностранцами и апатридами детей граждан РФ производится в соответствии с законодательством государства усыновителя²⁵, был ограничен в первой же редакции закона — путем придания сверхимперативности императивным материальным нормам, фигурирующим в ст. 124—126 и 129—132 СК РФ.

С учетом вызовов интересам публичного порядка РФ в третью редакцию СК РФ (от 27.06.1998) в число сверхимперативных норм, указанных законодателем в п. 1 ст. 165 СК РФ, были включены дополнительно еще и положения: ст. 127 «Лица, имеющие право быть усыновителями» (за исключением абз. 8 п. 1); ст. 128 «Разница в возрасте между усыновителем и усыновляемым ребенком»; ст. 133 «Согласие супруга усыновителя на усыновление ребенка».

Еще одним ответом законодателя на возникновение псевдолиберальных западных «ценно-

²⁰ Заявление Владимира Путина 27 декабря 2012 г. // РИА «Новости». URL: <https://ria.ru/society/20121227/916465154.html> (дата обращения: 24 января 2019 г.).

²¹ См.: ст. 21, п. «b», Конвенции ООН о правах ребенка; ст. 17 Декларации о защите детей.

²² Подробнее см. раздел 4 данной статьи «Защита интересов публичного порядка в международных договорах Российской Федерации о межгосударственном сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей».

²³ В соответствии с решением Президиума ВАС РФ сверхимперативные нормы включаются в число фундаментальных правовых начал (принципов), составляющих публичный порядок (см.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // Вестник ВАС РФ. 2013. № 5).

²⁴ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

²⁵ Критерий, по которому «усыновление или его отмена определяется по законодательству Договаривающейся Стороны, гражданином которой является усыновитель», был также установлен в ряде международных соглашений РФ: ст. 37 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (заключена в г. Минске 22.01.1993); ст. 27 Договора между Российской

стей» стало появление в 2013 г. в СК РФ новой сверхимперативной нормы, устанавливающей запрет на усыновление детей для иностранных граждан, «состоящих в союзе, заключенном между лицами одного пола, признанном браком и зарегистрированным в соответствии с законодательством государства, в котором такой брак разрешен, а также лиц, являющихся гражданами указанного государства и не состоящих в браке» (пп. 13 п. 1 ст. 127 СК РФ).

Указанные в п. 1 ст. 165 СК РФ сверхимперативные положения ст. 124—133 СК РФ устанавливают/очерчивают публичный порядок РФ в области международного усыновления (публичный порядок по смыслу международного частного права)²⁶, вытесняя тем самым за его рамки любую иностранную норму законодательства государства усыновителя²⁷.

Вместе с тем к публичному порядку РФ в области международного усыновления могут быть отнесены и другие сверхимперативные нормы.

В доктрине указывается, что принятый в 1995 г. СК РФ содержит лишь две нормы общего характера, посвященные установлению содержания иностранного права (ст. 166) и оговорке о публичном порядке (ст. 167)²⁸. В то же время коллизионные нормы семейного права не мо-

гут остаться вне действия его общих принципов, нашедших наиболее полное выражение в нормах разд. VI части третьей Гражданского кодекса РФ. Эти принципы могут быть применены по аналогии, если это не противоречит существу семейных отношений (ст. 4 СК РФ). Имеются в виду, в частности, общие положения разд. VI ГК РФ об определении подлежащего применению права, о квалификации юридических понятий, о применении права с множественностью правовых систем, о взаимности, об обратной отсылке, о применении императивных норм²⁹.

В соответствии с общей формулой о сверхимперативных нормах, содержащейся в ст. 1192 ГК РФ («Нормы непосредственного применения»), сверхимперативность тех или иных императивных норм определяется двумя способами:

- «вследствие указания в самих императивных нормах» (сверхимперативность нормы прямо установлена законодателем);
- «или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов» (сверхимперативность нормы определяется правоприменителем).

В первом способе сверхимперативность норм ст. 124—133 СК РФ, касающихся международного усыновления, установлена законода-

Федерацией и Исламской Республикой Иран о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам (подписан в г. Тегеране 05.03.1996); ст. 30 Договора между Российской Федерацией и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам (подписан в г. Варшаве 16.09.1996) (см. подробнее: *Ерпылева Н. Ю.* Международное частное право : учебник для бакалавров. М., 2012. С. 427—435).

²⁶ О содержании понятий «публичный порядок по смыслу гражданского права» и «публичный порядок по смыслу международного частного права» см. подробнее: *Шулаков А. А.* Взаимодействие институтов международного частного права // Журнал международного частного права. 2014. № 4 (86). С. 18—30.

²⁷ Публичный порядок РФ в области международного усыновления в соответствии с п. 1 (абз. 2) ст. 165 СК РФ распространяется на следующий круг отношений, установленный ст. 124—133 СК РФ: дети, в отношении которых допускается усыновление (удочерение); порядок усыновления ребенка; учет детей, подлежащих усыновлению, и лиц, желающих усыновить детей; недопустимость посреднической деятельности по усыновлению детей; лица, имеющие право быть усыновителями; разница в возрасте между усыновителем и усыновляемым ребенком; согласие родителей на усыновление ребенка; усыновление ребенка без согласия родителей; согласие на усыновление детей опекунов (попечителей), приемных родителей, руководителей организаций, в которых находятся дети, оставшиеся без попечения родителей; согласие усыновляемого ребенка на усыновление; согласие супруга усыновителя на усыновление ребенка.

²⁸ Основополагающим правилом, защищающим публичный порядок РФ в Семейном кодексе РФ (1995), выступает положение ст. 167: «Нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации».

²⁹ См. подробнее: *Нарышкин С. Е., Хабриева Т. Я., Абрамова А. И.* [и др.] Научные концепции развития российского законодательства : монография / отв. ред. академик РАН, д. ю. н., проф. Т. Я. Хабриева, д. ю. н., проф. Ю. А. Тихомиров. 7-е изд., доп. и перераб. М. : Юриспруденция, 2015.

телем за счет соответствующего указания на это в п. 1 ст. 165 СК РФ. Данный способ не вызывает у правоприменителя никаких трудностей.

Во втором способе для защиты основ правопорядка (публичного порядка) РФ правоприменитель обязан сам определить сверхимперативность норм, которые могут быть применены «ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов». Происходит это во всех областях международного частного права, в том числе и в области международного усыновления. Определение сверхимперативности тех или иных норм в этом случае возможно путем выявления правоприменителем в этих нормах интересов/ценностей, имеющих особое значение. В Семейном кодексе РФ такие ценности/интересы установлены в ст. 1, формулирующей основные начала (цели и принципы) правового регулирования семейных отношений.

Из перечисленных в п. 3 ст. 55 Конституции РФ публичных интересов / конституционно значимых ценностей в ст. 1 Семейного кодекса РФ прямо указана «защита нравственности, здоровья, прав и законных интересов других членов семьи и иных граждан»³⁰. Наличие в нормах Семейного кодекса этих, имеющих особое значение конституционно значимых ценностей / публичных интересов является критерием, позволяющим определить эти нормы как нормы сверхимперативные.

Так, например, «защита нравственности», являющаяся конституционно значимой ценностью / публичным интересом, присутствует, помимо ст. 1 СК РФ, еще, в частности, в ст. 63 «Права и обязанности родителей по воспитанию и образованию детей», ст. 65 «Осуществле-

ние родительских прав», ст. 66 «Осуществление родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка» и в других статьях СК РФ. Данный критерий позволяет правоприменителю по ряду отношений, в том числе и связанных с международным усыновлением, использовать эти нормы как сверхимперативные³¹. Такой же подход (способ определения сверхимперативных норм) может быть использован правоприменителем и в отношении других публичных интересов / ценностей, указанных в п. 3 ст. 55 Конституции и в ст. 1 СК РФ.

Безусловно, лучшим с точки зрения юридической техники способом, позволяющим определить сверхимперативность материальных императивных норм, является первый способ, где такие нормы определены непосредственно самим законодателем. В рамках этих норм не может быть применена ни одна противоречащая им иностранная норма, имеющая экстерриториальное значение.

В отечественной доктрине Г. К. Дмитриевой прямо указано, что «для правоприменительных органов было бы намного удобнее, если бы законодатель четко обозначил ситуации, при которых допустимо применение иностранного права, и отношения, которые регулируются нормами национального права». В этой связи Г. К. Дмитриевой приводится пример закрепления в законодательстве Латинской Америки (Кодекс Бустаманте) «круга вопросов, относящихся к международному публичному порядку (публичному порядку по смыслу международного частного права. — Прим. А. Ш.), которые не подлежат регулированию нормами иностранного права»³². В семейном законодательстве РФ подобного перечня нет»³³.

³⁰ См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. И. М. Кузнецова. М., 1996. С. 1—7.

³¹ Следует отметить, что из указанных выше ст. 124—133 СК РФ, где сверхимперативность норм определена самим законодателем (первый способ), публичный интерес / ценность «защита нравственности» фигурирует пять раз в ст. 124 и 127 СК РФ.

³² Принятый в начале XX в. Кодекс Бустаманте не только предлагает разграничение интересов по отраслевой квалификации на конституционные, административные и другие, но и в ряде ситуаций указывает на применение в одном случае императивных норм внутреннего публичного порядка, а в другом случае на применение сверхимперативных норм международного публичного порядка. Такой подход, строящийся на разграничении сфер публичного порядка страны (внутреннего и международного) и действующих в рамках этих сфер императивных и сверхимперативных норм, представляется максимально логичным, ясным и точным для правоприменителя. К нормам международного публичного порядка, обязывающим одинаково всех лиц, находящихся на территории, будь то граждане или нет (ст. 3), Кодекс Бустаманте относит конституционные постановления (ст. 4), нормы об охране личности или коллектива, установленные государственным и административным правом, кроме случаев, когда имеются постановления об обратном (ст. 5). Глава V «Отцовство, происхождение детей» Кодекса

4. Защита интересов публичного порядка в международных договорах Российской Федерации о межгосударственном сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей

В пункте 1 ст. 165 СК РФ указано, что при усыновлении (удочерении) на территории Российской Федерации иностранными гражданами или лицами без гражданства ребенка, являющегося гражданином Российской Федерации, указанные выше требования ст. 124—133 СК РФ должны быть соблюдены с учетом положений международного договора Российской Федерации о межгосударственном сотрудничестве в области усыновления детей³⁴.

Международные договоры Российской Федерации о межгосударственном сотрудничестве в области усыновления детей предусматривают в целях защиты интересов публичного порядка страны происхождения ребенка (страны-донора, отдающей своих детей на усыновление) следующие важнейшие принципы, составляющие структуру международного усыновления в РФ.

Во-первых, интерес/цель воссоединения семьи уступает в международных договорах публичным интересам / конституционно значимым ценностям, ограничивающим право покидать любую страну. «В отношении права покидать любую страну по заявлению ребенка или его родителей на въезд или выезд из государства с целью воссоединения действуют установленные законом ограничения, необходимые для охраны государственной безопасности, общественного порядка (*ordre public*), здоровья или нравственности населения или прав и свобод других лиц...»³⁵

Во-вторых, усыновление в другой стране в целях наилучших интересов ребенка признается в качестве альтернативного способа ухода только тогда, когда не представляется возможным передать ребенка другой семье на воспитание или для усыновления либо обеспечить для него надлежащую заботу в стране происхождения³⁶.

В-третьих, в целях сохранения связей с родиной ребенок, приобретший гражданство

Бустаманте относит к нормам международного публичного порядка нормы: предоставляющие право на алименты (ст. 59); устанавливающие запрет узаконить иных детей, кроме внебрачных (ст. 61); устанавливающие отцовство, материнство или запрещение такого установления (ст. 63); регулирующие форму и обстоятельства признания внебрачного ребенка (ст. 66). Таким образом, к нормам международного публичного порядка относятся территориальные нормы, которым не может быть причинен ущерб применением иностранного права. К нормам внутреннего публичного порядка гл. V Кодекса Бустаманте отнесены нормы: касающиеся презумпции законного происхождения и его условий, а равно предоставляющие право на фамилию, устанавливающие доказательства отцовства и наследственные права ребенка (ст. 57); предоставляющие узаконенным детям права наследования (ст. 58); касающиеся способности узаконить ребенка и способности быть узаконенным (ст. 60); регулирующие последствия узаконения и иск об оспаривании (ст. 62); устанавливающие условия признания, принуждающие к нему в известных случаях, регулирующие предъявляемые иски, предоставляющие право на фамилию или отвергающие такое право и дающие перечень условий недействительности признания ребенка (ст. 64); регулирующие наследственные права внебрачного ребенка и такие же права родителей такого ребенка (ст. 65). Последние из указанных двусторонних коллизионных норм (формул прикрепления) не наносят ущерба интересам публичного порядка страны суда и позволяют ему применять иностранное право (см.: Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте 1928 г.). Принят в г. Гаване 20.02.1928 // Международное частное право : сборник документов. М., 1997. С. 3—40).

³³ Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. 4-е изд., перераб. и доп. М., С. 506.

³⁴ См. подробнее: *Малкин О. Ю.* Коллизионные вопросы усыновления иностранными гражданами, не состоящими в браке с гражданами Российской Федерации, детей — граждан Российской Федерации // Труды СГА (Современная гуманитарная академия). 2008. № 12. С. 19—21 ; *Он же.* Коллизионное регулирование семейных отношений. М. : Изд-во СГУ, 2009. С. 75—76.

³⁵ См.: Конвенция ООН о правах ребенка (п. 1, 2 ст. 10). Важно также отметить, что указанные публичные интересы / конституционно значимые ценности действуют в качестве ограничителей прав ребенка в данной Конвенции также в ст. 13 (право свободно выражать свое мнение), ст. 14 (право на свободу мысли, совести и религии) и ст. 15 (право ребенка на свободу ассоциации и свободу мирных собраний).

³⁶ См., например: Декларация прав ребенка (Принцип 2) ; Декларация о защите детей (ст. 17) ; Конвенция о правах ребенка (ст. 21, п. «b») ; Договор между РФ и Итальянской Республикой об усыновлении (ст. 3, п. 4).

принимающего государства, сохраняет гражданство государства происхождения³⁷. В связи с указанным:

- компетентные органы принимающего государства, осуществляющие контроль за условиями жизни и воспитания усыновленного ребенка, должны обеспечить контроль за условиями его жизни и воспитания и представление отчетов, содержащих сведения о его психофизическом развитии и адаптации к новой семейной и социальной среде, и иной информации о нем, а также постановку ребенка на учет в консульском учреждении государства происхождения в соответствии с законодательством этого государства³⁸;
- в случае, если того требуют интересы ребенка, по согласованию с центральным органом и соответствующим региональным органом государства происхождения обеспечить возвращение ребенка в государство происхождения и взять на себя возмещение всех связанных с этим расходов³⁹.

В-четвертых, в целях защиты интересов публичных порядков страны происхождения ребенка и страны приемных родителей в тех случаях, когда гражданство ребенка иное, чем гражданство будущих приемных родителей, ратифицированные Россией международные соглашения требуют в полной мере учитывать как законодательство государства, гражданином которого является ребенок, акцентируя внимание на культурном и религиозном воспитании

и интересах ребенка, так и законодательство государства, гражданами которого являются будущие приемные родители⁴⁰.

В-пятых, законодательством государства происхождения ребенка определяются:

- условия, при которых ребенок может быть усыновлен, в частности факт установления того, что ребенок остался без попечения родителей и не представилось возможным устроить его на воспитание или поместить в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление в государстве происхождения;
- лица или органы, которые должны давать согласие на усыновление, а также необходимость получения согласия ребенка на усыновление и форма такого согласия;
- требования, которым должны отвечать кандидаты в усыновители. Кандидаты в усыновители должны также отвечать требованиям, установленным законодательством принимающего государства и соответствующему международному договору о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей⁴¹.

Таким образом, в целях защиты интересов публичного порядка РФ в области международного усыновления де-факто в ст. 165 (п. 1, абз. 2), ст. 124—133 СК РФ⁴² и де-юре в статьях двусторонних договоров России о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей с европейскими странами, в которые усыновля-

³⁷ См., например: Договор между РФ и Итальянской Республикой об усыновлении (п. 2 ст. 14) ; Договор между РФ и Французской Республикой об усыновлении (п. 2 ст. 14) ; Договор между Российской Федерацией и Королевством Испания о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей (Мадрид, 9 июля 2014 г.). П. 2 ст. 11 // СПС «КонсультантПлюс» (далее — Договор между РФ и Королевством Испания об усыновлении).

³⁸ См., например: Договор между РФ и Итальянской Республикой об усыновлении (п. 1 ст. 15) ; Договор между РФ и Французской Республикой об усыновлении (п. 1 ст. 15) ; Договор между РФ и Королевством Испания об усыновлении (п. 1 ст. 13).

³⁹ См., например: Договор между РФ и Итальянской Республикой об усыновлении (п. 3 ст. 15) ; Договор между РФ и Французской Республикой об усыновлении (п. 2 ст. 16) ; Договор между РФ и Королевством Испания об усыновлении (п. 3 ст. 13).

⁴⁰ См.: Декларация о защите детей (ст. 24).

⁴¹ См., например: Договор между РФ и Итальянской Республикой об усыновлении (ст. 6) ; Договор между РФ и Французской Республикой об усыновлении (ст. 6) ; Договор между РФ и Королевством Испания об усыновлении (ст. 9).

⁴² По обоснованному мнению Г. Ю. Федосеевой «количество императивных норм, содержащихся в п. 1 ст. 165 СК РФ, по существу, делает невозможным применение иностранного права» (Федосеева Г. Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. URL: <http://www.disscat.com/content/brachno-seimeinye-otnosheniya-kak-obekt-mezhdunarodnogo-chastnogo-prava-rossiiskoi-federatsii> (дата обращения: 24 января 2019 г.)). Включение в третью редакцию СК РФ (от 27.06.1998) в число сверхимперативных норм, указанных за-

ется более 85 % всех российских детей (Италия, Испания, Франция)⁴³, доминируют критерии (условия, требования) законодательства государства происхождения ребенка, а не законодательства государства усыновителя⁴⁴.

Заключение

Указанное еще выдающимся русским ученым М. В. Ломоносовым понимание «общей пользы», совпадающее в современной российской доктрине с целями правопорядка (публичного порядка), стратегическими национальными приоритетами, обеспечивающими национальные/публичные интересы, диктует в современный период соответствующее правовое регулирование международного усыновления (удочерения) как в законодательстве России, так и в рамках международных соглашений, ратифицированных Российской Федерацией.

Принятый в последние годы в России подход, ведущий к сокращению числа усыновлений иностранными гражданами российских детей, соответствует основополагающим принципам, установленным в универсальных международных правовых актах в указанной области. Согласно важнейшим из этих принципов: 1) интерес/цель воссоединения семьи уступает в международных договорах публичным интересам / конституционно значимым ценностям, ограничивающим право покидать любую страну; 2) усыновление в другой стране в целях наилучших интересов ребенка признается в качестве альтернативного способа ухода только тогда, когда не представляется возможным передать ребенка другой семье на воспитание или для усыновления либо обеспечить для него надлежащую заботу в стране происхождения.

Изменения, связанные с усилением защиты интересов публичного порядка по смыслу меж-

дународного частного права, влекут за собой изменения в законодательстве, связанные либо с приданием сверхимперативности уже имеющимся в правовых актах императивным материальным нормам, либо с появлением новых сверхимперативных норм. В области международного усыновления в Российской Федерации данный процесс выступает особенно ярко.

Общая формула, содержащаяся в ст. 1192 «Нормы непосредственного применения» Гражданского кодекса РФ, устанавливает два способа, позволяющих по аналогии определять сверхимперативность тех или иных императивных материальных норм Семейного кодекса РФ: «вследствие указания в самих императивных нормах» (сверхимперативность нормы прямо установлена законодателем) «или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов» (сверхимперативность нормы определяется правоприменителем).

Фигурирование в содержании императивной материальной нормы имеющих особое значение конституционно значимых ценностей / публичных интересов («защита нравственности, здоровья, прав и законных интересов других членов семьи и иных граждан» и др.), — критерий, позволяющий правоприменителю определять такие нормы как нормы сверхимперативные.

Включение законодателем РФ дополнительных условий, требований государства происхождения ребенка в регулирование международного усыновления (нормы ст. 165, 124—133 Семейного кодекса РФ; нормы двусторонних договоров России с европейскими странами, в которые усыновляется более 85 % всех российских детей (Италия, Испания, Франция)) осуществляется в целях защиты интересов публичного порядка РФ.

конодателем в п. 1 ст. 165 СК РФ, еще и положений ст. 127, 128 и 133 СК РФ привело к доминированию законодательства РФ в области международного усыновления.

⁴³ В соответствии со статистикой Верховного Суда РФ за 2014—2016 гг. чаще всего в рамках усыновления увозят российских детей в следующие страны: Италия 60,9 %, Испания 17,9 %, Франция 6,5 %. Договоры РФ о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей подписаны с Италией (2008), Францией (2011), Испанией (2014).

⁴⁴ Схожий подход был установлен в нашей стране в советский период: «Усыновление в СССР иностранными гражданами детей, являющихся советскими гражданами, а также усыновление детей, являющихся иностранными гражданами и проживающих в СССР, производится по советскому законодательству» (Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (в ред. Указа Президиума Верховного Совета СССР от 9 октября 1979 г. № 885-Х). Ст. 35 // СПС «КонсультантПлюс»).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алленова О. Мы хотим изменить само отношение к детям-сиротам (Уполномоченный по правам ребенка о том, зачем был нужен запрет на усыновление иностранцами) // Коммерсантъ. — 16.02.2015. — URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2668758> (дата обращения: 24 января 2019 г.).
2. Бакаева О. Ю., Погодина Н. А. О соотношении частных и публичных интересов // Журнал российского права. — 2011. — № 4.
3. Гринфильд С. Усыновление детей в Израиле. Израильское право // Israelinfo. — URL: <https://pravo.israelinfo.co.il/articles/nasled/2581?print> (дата обращения: 24 января 2019 г.).
4. Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник для бакалавров. — М., 2012. — 1308 с.
5. Катионова А. О., Катионов О. Н. Международное усыновление как философско-правовое явление // Философия образования. — 2011. — № 5 (38). — С. 197—202.
6. Малкин О. Ю. Коллизионные вопросы усыновления иностранными гражданами, не состоящими в браке с гражданами Российской Федерации, детей — граждан Российской Федерации // Труды СГА (Современная гуманитарная академия). — 2008. — № 12. — С. 19—21.
7. Малкин О. Ю. Коллизионное регулирование семейных отношений. — М. : Изд-во СГУ, 2009.
8. Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 4-е изд., перераб. и доп. — М., 2016. — 680 с.
9. Наоми Даром и Рони Линдер-Ганц. Родители любой ценой: ребенок из-за рубежа // URL: <https://www.themarket.com/law/1.500381> (дата обращения: 24 января 2019 г.).
10. Нарышкин С. Е., Хабриева Т. Я., Абрамова А. И. [и др.] Научные концепции развития российского законодательства : монография / отв. ред.: академик РАН, д. ю. н., проф. Т. Я. Хабриева, д. ю. н., проф. Ю. А. Тихомиров. — 7-е изд., доп. и перераб. — М., 2015. — 544 с.
11. Письмо М. В. Ломоносова графу И. И. Шувалову «О сохранении и размножении российского народа» 1 ноября 1761 г. // Ломоносов М. В. Избранные философские произведения. — М. : Госполитиздат, 1950 г. — 759 с.
12. Соловьев В. С. Сочинения : в 2 т. — М., 1990. — Т. 2. — 822 с.
13. Тихомиров Ю. А. Публичное право : учебник. — М., 1995. — 496 с.
14. Талапина Э., Тихомиров Ю. Публичные функции в экономике // Право и экономика. — 2002. — № 6.
15. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. И. М. Кузнецова — М., 1996. — 512 с.
16. Федосеева Г. Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2007. — 392 с.
17. Шулаков А. А. Взаимодействие институтов международного частного права // Журнал международного частного права. — 2014. — № 4 (86). — С. 18—43.
18. Becker Jo. Dispatches: The US Club of 1 on Children's Rights // Human Rights Watch. — URL: www.hrw.org/news/2015/10/01/dispatches-us-club-1-childrens-rights (дата обращения: 24 января 2019 г.).
19. Selman P. Receiving States 2004—2015. States of Origin 2004—2014 // URL: <https://assets.hcch.net/docs/3bead31e-6234-44ae-9f4e-2352b190ca21.pdf> (дата обращения: 24 января 2019 г.).
20. Thalken J. Why Romania Has Stopped Adoptions // URL: <https://www.bcadoption.com/resources/articles/why-romania-has-stopped-adoptions> (дата обращения: 24 января 2019 г.).

Материал поступил в редакцию 29 января 2019 г.

RUSSIAN FEDERATION PUBLIC POLICY INTERESTS AND INTERNATIONAL ADOPTION

Andrey A. Shulakov, Cand. Sci. (Law), Associate Prof. of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
docent-law@rambler.ru
9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *The article is devoted to the protection of the Russian Federation public policy interests in the field of intercountry adoption. It is established that strengthening of such protection entails changes in the legislation. Such changes are connected either with the super-mandatory character of already existing statutory mandatory substantive rules or with the emergence of new super-mandatory rules. In the field of intercountry adoption in Russia, this process is particularly striking. The study highlights that the general equation contained in Art. 1192 "Rules of direct application" of the Civil Code of the Russian Federation establishes two ways that allow by analogy to determine the super-mandatory nature of certain mandatory substantive rules stated in the Family Code of the Russian Federation: "by reference in the mandatory rules themselves" (the over-mandatory character of the rule is expressly determined by the legislator) or "because of their particular importance also for the protection of rights and legally protected interests" (the over-mandatory character of the rule is determined by the executor of law). It is concluded that the emergence of constitutionally significant values/public interests in the content of the mandatory substantive rule ("protection of morals, health, rights and legitimate interests of other family members and other citizens", etc.) forms a criterion that allows the executor of the law to determine such rules as rules of over-mandatory character. Based on the analysis of international treaties of the Russian Federation on interstate cooperation in the field of adoption of children, the article defines the fundamental principles that make up the structure of intercountry adoption in the Russian Federation. It is established that the additional conditions and requirements of the state of child's origin are included in the regulation of intercountry adoption (provisions of articles 165, 124-133 of the Family Code of the Russian Federation; provisions of bilateral treaties between Russia and European countries where more than 85% of Russian children are adopted (France, Italy, Spain)) to protect the interests of the RF public policy.*

Keywords: *shared benefit, purposes of law and order, public policy interests, constitutionally significant values, national interests, intercountry adoption, mandatory substantive norms, super-mandatory rules, structure of intercountry adoption, State of origin of the child, State of adoption.*

REFERENCES

1. Allenova O. My khotim izmenit samo otnoshenie k detyam-sirotam (Upolnomochenny po pravam rebenka o tom, zachem byl nuzhen zapret na usynovlenie inostrantsami) [We want to change the attitude towards orphans (Commissioner for the Rights of the Child on why the ban on adoption by foreigners was needed)]. *Kommersant*. 16.02.2015. URL: <https://sci.house/mejdunarodnoe-pravo-scibook/statya-32613.html> (accessed: 24 January 2019). (In Russ.)
2. Bakaeva O. Yu., Pogodina N. A. O sootnoshenii chastnykh i publicnykh interesov [On the balance between private and public interests]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2011. No. 4. (In Russ.)
3. Greenfield S. Usynovlenie detey v Izraile. Izraillskoe pravo [Adoption of children in Israel. Israeli Law]. Israelinfo. URL: <https://pravo.israelinfo.co.il/articles/nasled/2581?print> (accessed: 24 January 2019). (In Russ.)
4. Erpyleva N. Yu. 6. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnik dlya bakalavrov [Private International Law: A textbook for Bachelor Students]. Moscow, 2012. 1308 p. (In Russ.)
5. Kationova A. O. Kationov O. N. Mezhdunarodnoe usynovlenie kak filosofsko-pravovoe yavlenie [International adoption as a philosophical and legal phenomenon]. *Filosofiya obrazovaniya [Philosophy of education]*. 2011, No. 5 (38), pp. 197—202. (In Russ.)
6. Malkin O. Yu. Kollizionnye voprosy usynovleniya inostrannymi grazhdanami, ne sostoyashchimi v brake s grazhdanami rossiyskoy federatsii, detey — grazhdan Rossiyskoy Federatsii [Conflict of laws issues of adoption by foreign citizens who are not married to citizens of the Russian Federation, children of the citizens of the Russian Federation]. *Trudy SGA (Sovremennaya gumanitarnaya akademiya) [Works of Modern Humanitarian Academy]*. 2008, No. 12, pp. 19—21. (In Russ.)

6. Malkin O. Yu. kollizionnoe regulirovanie semeynykh otnosheniy [Conflict regulation of family relations]. Moscow, Saratov State University Publishing House, 2009. (In Russ.)
6. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnik [Private International Law: A textbook]. G. K. Dmitrieva (ed.). 4th ed., revised and supplemented. Moscow, 2016. 680 p. (In Russ.)
9. Naomi Darom & Ronny Linder Ganz. Roditeli lyuboy tsenoy: rebenok iz-za rubezha [Parents at all costs: child from abroad]. URL: <https://www.themarker.com/law/1.500381> (accessed: 24 January 2019). (In Russ.)
10. Naryshkin S. E., Khabrieva T. Y., Abramova A. I. [et al.] Nauchnye kontseptsii razvitiya rossiyskogo zakonodatelstva : monografiya [Scientific concepts of development of Russian legislation: A monograph]. Ed. by Academician of the Russian Academy of Sciences, Dr. Sci. (Law), Prof. T. Ya. Khabrieva, Dr. Sci. (Law), Prof. Yu. A. Tikhomirov. 7th ed., revised and supplemented. Moscow, 2015. 544 p. (In Russ.)
11. Pismo M. V. Lomonosova grafu I. I. Shuvalovu «O sokhranenii i razmnozhenii rossiyskogo naroda» 1 noyabrya 1761 g. [Letter of M. C. Lomonosov to Count I. I. Shuvalov "On preservation and reproduction of the Russian people" dated 1 November 1761]. Selected philosophical works by Lomonosov M. V. Moscow, Gosolitizdat Publ., 1950. 759 p. (In Russ.)
12. Solovyov V. S. Sochineniya : v 2 t. [Works: in 2 vol]. Moscow, 1990. Vol. 2. 822 p. (In Russ.)
13. Tikhomirov Yu. A. Publichnoe pravo : uchebnik [Public Law: A textbook]. Moscow, 1995. 496 p. (In Russ.)
14. Talapina E., Tikhomirov Yu. Publichnye funktsii v ekonomike [Public functions in economics]. Pravo i ekonomika [Law and Economics]. 2002. No. 6. (In Russ.)
15. Kommentariy k Semeynomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii [Commentary to the Family Code of the Russian Federation]. I. M. Kuznetsova (ed.). Moscow, 1996. 512 p. (In Russ.)
16. Fedoseeva G. Yu. Brachno-semeynye otnosheniya kak obekt mezhdunarodnogo chastnogo prava Rossiyskoy Federatsii : dis. ... d-ra yurid. nauk [Marriage and Family Relations as an Object of Private International Law of the Russian Federation: Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow, 2007. 392 p. (In Russ.)
17. Shulakov A. A. Vzaimodeystvie institutov mezhdunarodnogo chastnogo prava [Interaction of institutes of private international law]. Zhurnal mezhdunarodnogo chastnogo prava [Journal of International Private Law]. 2014. No. 4 (86). Pp. 18—43. (In Russ.)
18. Becker Jo. Dispatches: The US Club of 1 on Child's Rights. Human Rights Watch. URL: <https://sci.house/mejdunarodnoe-pravo-scibook/statya-32613.html> (accessed: 24 January 2019). (In Russ.)
19. Selman P. Receiving States 2004—2015. States of Origin 2004—2014. URL: <https://assets.hcch.net/docs/3bead31e-6234-44ae-9f4e-2352b190ca21.pdf> (accessed: 24 January 2019). (In Russ.)
20. Thalken J. Why Romania Has Stopped Adoptions. URL: <https://www.bcadoption.com/resources/articles/why-romania-has-stopped-adoptions> (accessed: 24 January 2019). (In Russ.)

Lex mercatoria и lex sportiva: особенности, сходства и различия

Аннотация. Международно-правовые нормы по регулированию спортивной деятельности на универсальном и региональном уровне, выработанные государствами и международными межправительственными организациями, формируют комплекс норм, обеспечивающих международное сотрудничество в области спорта — международное спортивное право.

Какова природа комплекса норм, регулирующих не международные, а трансграничные отношения в области спорта? Главным образом они являются результатом нормотворчества Международного олимпийского комитета (МОК) и международных федераций по олимпийским видам спорта. В статье осуществлен обзор подходов, предложенных западными авторами и применимых к решению данного вопроса, раскрыты основные положения концепций «унифицированного права, регулирующего отношения между группами» Ж. Селя, транснационального права Ф. Джессопа, «истинного международного права» К. Феллера. Вместе с тем наиболее удачным объяснением порядка взаимодействия между национальными спортивными объединениями и международными неправительственными организациями Олимпийского движения представляется концепция *lex sportiva*, во многом похожая на *lex mercatoria*, которая используется при регулировании международной торговли. Обоим комплексам присущи такие свойства, как нормативность, внесистемность, автономность в регулировании и разрешении споров. Вместе с тем *lex sportiva* характеризуется большей степенью институционализации, чем *lex mercatoria*. Этому способствуют два фактора: пирамидальная структура Олимпийского движения и деятельность Спортивного арбитражного суда (КАС) в г. Лозанне, учрежденного в 1983 г. по инициативе МОК. Более заметная степень институционализации *lex sportiva* обеспечивает нужный метод отбора норм и способствует прочности нормативного порядка в области олимпийского спорта.

На современном этапе наблюдается тенденция, в соответствии с которой право, создаваемое государствами, воспринимает полезные конструкции, возникшие в неправовых нормативных комплексах, наделяя их юридической силой. Поэтому современным юристам следует знакомиться с содержанием норм, формирующихся в неправовых комплексах в интересующих их сферах, чтобы предвидеть, какое влияние они смогут оказать на развитие собственно правовых норм в недалеком будущем.

Ключевые слова: спорт, торговля, международное спортивное право, международное торговое право, неправовые нормативные комплексы, *lex sportiva*, *lex mercatoria*, трансграничные отношения, внесистемность, нормативность, автономность регулирования и разрешения споров, международный Спортивный арбитражный суд (КАС), Международный олимпийский комитет (МОК), Олимпийское движение.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.070-078

© Захарова Л. И., 2019

* Захарова Лариса Ивановна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
lizakharova@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Самим Богом предоставлена нам легкость взаимных торговых сношений, чтобы мы могли взирать на мир как на единое жилище, а также чтобы каждый, сообщая другому свои произведения, мог беспрепятственно получать в изобилии имеющееся у другого¹.

Иоанн Златоуст. IV в. Византия

О спорт! Ты — мир!
Ты устанавливаешь хорошие, добрые,
дружественные отношения между народами. Ты — согласие.
Ты сближаешь людей, жаждущих единства.

П. де Кубертен «Ода спорту», 1912

Международные и трансграничные отношения в спорте как объект регулирования

В научной литературе последнего времени весьма часто используется термин «международное спортивное право»². Безо всякого сомнения, он имеет право на существование, однако, строго говоря, его следует использовать только в отношении международно-правовых норм, регулирующих межгосударственное сотрудничество в области спорта³. Примерами международных договоров, содержащих такие нормы, могут служить Международная конвенция Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки, культур (ЮНЕСКО) о борьбе с допингом в спорте от 19 октября 2005 г.⁴, Конвенция Совета Европы против манипулирования спортивными соревнованиями от 18 сентября 2014 г.⁵, Конвенция Совета Европы о едином подходе к безопасности, защите и обслуживанию спортивных матчей от 3 июля 2016 г.⁶

Какова природа комплекса норм, регулирующих не международные, а трансграничные отношения в области спорта? Этот вопрос настойчиво привлекает внимание западных и оте-

чественных исследователей. В научной литературе можно выделить как минимум четыре возможных подхода к решению этого вопроса.

Природа нормативного комплекса, регулирующего трансграничные спортивные отношения: обзор подходов

Концепция унифицированного права, регулирующего межгрупповые отношения, Ж. Сселья

Первым из подходов к решению проблемы является отнесение данного комплекса норм в области спорта к «унифицированному праву, регулирующему межгрупповые отношения» (фр. — *droit intersocial unifié*). Эту концепцию в 1932 г. предложил видный представитель школы солидаристов Ж. Сселья. Таким образом он объяснял, как регулируются «человеческие отношения, простирающиеся за пределы разных государств»⁷. Ж. Сселья рассматривал индивидов как единственных субъектов права, полагал, что право возникает только вследствие человеческого общения и служит интересам определенных общественных групп (лат. — *ubi societas, ubi jus*,

¹ Вельяминов Г. М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс) : учебник. М. : Волтерс Клувер, 2004. С. 7—8.

² См., например: *Nafziger J. International Sports Law*. Dobbs Ferry, New York : Transnational Publishers, Inc., 1988 ; *Алексеев С. В. Международное спортивное право* / под ред. П. В. Крашенинникова М. : Закон и право, 2008 ; *Захарова Л. И. Международное спортивное право : учебник для бакалавров* / отв. ред. К. А. Бекашев. М. : Проспект, 2017.

³ См., например: *Захарова Л. И. § 9 «Международное сотрудничество в области спорта» гл. XXV «Международное сотрудничество в научно-технической и иных областях» // Международное публичное право : учебник. отв. ред. К. А. Бекашев. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2011. С. 936—939.*

⁴ URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/doping.pdf (дата обращения: 22.04.2019).

⁵ Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации «Консорциум Кодекс». URL: <http://docs.cntd.ru/document/420220528> (дата обращения: 22.04.2019).

⁶ Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации «Консорциум Кодекс». URL: <http://docs.cntd.ru/document/420378571> (дата обращения: 22.04.2019).

⁷ *Scelle G. Précis de droit des gens*. Paris : Recueil Sirey, 1932. P. 32ff.

т.е. «где общество — там и право»⁸. В его интерпретации знаменитая концепция «право народов» (фр. — *droit des gens*), сформулированная в 1927 г. А. Фердроссом⁹, превращается в «право людей». Концепция Ж. Сселя носит монистический характер. Индивид является гражданином государства, жителем города, прихожанином церкви, членом спортивного клуба и одновременно участником международного сообщества. Таким образом, его деятельность регулируют несколько правопорядков, которые накладываются друг на друга. Международный правопорядок, который Ж. Ссель считал высшим, подчиняет себе национальный правопорядок, который, в свою очередь, в иерархическом смысле выше муниципального¹⁰. Такая трактовка в принципе не противоречит видению А. Фердросса. Он рассматривал право народов как результат коллективной, или общей, воли (фр. — *une volonté collective, une volonté commune*) международного сообщества, которая выявляется путем согласования воли отдельных государств, уточняя при этом, что воля государства есть не что иное, как совокупность воли индивидов (фр. — *un rassemblement de volontés humaines*)¹¹.

Концепция транснационального права Ф. Джессопа

Второй возможный ответ на вопрос о том, куда следует отнести нормативный комплекс, регулирующий трансграничные спортивные отношения, — транснациональное право. Этот термин был предложен в 1956 г. американским ученым Ф. Джессопом в качестве собирательного понятия для обозначения не ограниченного государственным границами регулирования, осуществляемого национальными правительствами и неправительственными организациями¹². Транснациональное право в его толковании объединяет гражданско-правовые и уголовно-

правовые аспекты международного публичного и частного права, национального публичного и частного права, а также включает иные нормы, которые не подпадают под стандартные категории. В случае необходимости как международный, так и внутригосударственный суд, избранный в качестве *forum conveniens*, уполномочен выбрать применимую норму — *lex conveniens* из вышеперечисленных правовых образований, руководствуясь принципами разумности и справедливости. Впрочем, сам Ф. Джессоп считал, что авторство термина «транснациональный» принадлежит не ему, а другим американским ученым — М. Макдугалу, Д. Джонсону, П. Корбетту, А. Нассбауму, которые ввели его в оборот несколько ранее¹³.

Ф. Джессоп широко интерпретировал понятие «право». Правила поведения могут выработываться во многих сферах человеческого общения: в семейной, религиозной, корпоративной жизни, в деятельности международных организаций. По его мнению, в настоящее время предложение квалифицировать эти правила в качестве правовых норм не является ни чем-то новым, ни чем-то вызывающим. Транснациональное право призвано урегулировать отношения, возникающие между индивидами, юридическими лицами, государствами, объединениями государств и другими группами¹⁴. Следуя такой логике, к числу акторов могут быть отнесены многочисленные неправительственные организации Олимпийского и Паралимпийского движения, решающие разнообразные вопросы общественной жизни в спортивной сфере. Развитие коммуникаций способствует увеличению количества транснациональных отношений, следовательно, увеличивается в объеме транснациональное право, их регулирующее¹⁵.

Для транснациональных отношений связь властвования с определенной государственной территорией перестает быть исключительной

⁸ *Thierry H.* The Thought of Georges Scelle // *European Journal of International Law*. 1990. Vol. 1. P. 198, 202, 204. URL: <http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1125.pdf> (дата обращения: 23.07.2015).

⁹ *Von Verdross A.* Le fondement du droit international. *Recueil des Cours. Académie de droit international de La Haye*. Vol. 16. 1927. Pp. 252—253. URL: http://credo-multimedia.com/Bib_num/Articles/Droit%20International/fondement%20du%20DI.pdf (дата обращения: 24.07.2015).

¹⁰ *Thierry H.* *Op. cit.* P. 200.

¹¹ *Von Verdross A.* *Op. cit.* Pp. 277—278.

¹² *Jessup P.* *Transnational Law*. New Haven, 1956. URL: <https://www.questia.com/library/399318/transnational-law> (дата обращения: 24.07.2015).

¹³ *Jessup P.* *Op. cit.* P. 2, 106—107.

¹⁴ *Jessup P.* *Op. cit.* Pp. 8—9.

¹⁵ *Jessup P.* *Op. cit.* P. 108.

и абсолютной. Для такой системы международных отношений принцип суверенитета становится помехой: он несовместим с самой идеей транснационального права, о котором пишет Ф. Джессоп. По этой причине советская школа международного права демонстрировала весьма сдержанное отношение к концепции транснационального права¹⁶.

Концепция истинного международного права К. Феддера

Известный немецкий исследователь вопросов нормативного регулирования спорта К. Феддер обозначил в 1984 г. третий возможный подход к решению интересующего нас вопроса — «истинное международное право» (true international law). Он писал о том, что Международный олимпийский комитет (МОК) следует рассматривать как организацию, исполняющую квазиправительственные полномочия. В результате ее деятельности возник самостоятельный международный нормативный порядок, который хотя и не является международным публичным правом, представляет собой истинное международное право. По мнению К. Феддера, государства признали самостоятельность МОК в вопросах регулирования международной спортивной деятельности. Эту самостоятельность МОК следует трактовать как делегирование государствами своих полномочий в этой сфере. К. Феддер подчеркивал, что «правительства путем невмешательства в вопросы, регулируемые МОК, рассчитывают на то, что МОК

продолжит самостоятельно функционировать на международном уровне, включая поддержание отношений с государствами на равноправной основе»¹⁷.

Lex sportiva

По нашему мнению, наиболее удачное объяснение порядка взаимодействия между национальными спортивными объединениями и международными неправительственными организациями в спортивной сфере обеспечивает четвертый подход — *lex sportiva*, разделяемый многими представителями как западной, так и отечественной правовой доктрины¹⁸. Это совокупность корпоративных правил поведения, выработанных национальными и международными неправительственными организациями Олимпийского движения, которые получают широкое признание, по крайней мере среди тех, кто демонстрирует намерение участвовать в спортивной деятельности. Те лица, которые в ней не участвуют, не могут действовать и обычно не действуют в нарушение этих правил. Государства с некоторым опозданием признают за такими правилами поведения юридическую силу¹⁹. Примерами актов, принадлежащих к *lex sportiva*, выступают Олимпийская хартия (в ред. от 9 октября 2018 г.)²⁰, Кодекс МОК по этике от 18 января 2018 г.²¹, Устав Международной федерации футбола (ФИФА) (в ред. от 13 июня 2018 г.)²². Корпоративное регулирование в спортивной сфере является нормативным, но оно отличается от правового

¹⁶ Шуршалов В. М. Международные правоотношения. М. : Международные отношения, 1971. С. 48.

¹⁷ Vedder C. The International Olympic Committee: An Advanced Non-Governmental Organization and the International Law // German Yearbook of International Law. 1984. Vol. 27. P. 233, 256.

¹⁸ См., например: Rigozzi A. L'Arbitrage international en matière de sport. Paris : Bruylant, L.G.D.J., Helbing & Lichtenhahn, 2005. P. 5, 29, 621, 625—629, 743 ; Соловьев А. А. Зарубежные модели и опыт кодификации спортивного законодательства / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. С. 99—100 ; Понкин И. В., Понкина А. И. О корреляции *lex sportiva* и спортивного права // Вестник РУДН. Серия : Юридические науки. 2012. № 3. С. 111—114 ; Захарова Л. И. «О спорт, ты — мир!» Роль международного права, *lex sportiva* и *lex olympica* в регулировании международных спортивных отношений. М. : Центральная типография, 2013. С. 60—64.

¹⁹ Stathopoulos M. (speech) in Sports and European Community Law (D. Panagiotopoulos, ed.). Proceedings of the 5th IASL Congress, Nafplion 10—12 July, ELLIN: Athens, 1997. Pp. 23—24 ; Panagiotopoulos D. (ed.) The Sports Law in the 21st Century. Proceedings of the 1st Pan-Hellenic Congress with International Participation. Hellenic Center of Research on Sports Law, Hellin: Athens, 1999. Pp. 42—44 ; Gaiger A., Gardiner S. Professional Sport in the EU: Regulation and Re-regulation. Hague : T.M. C. Asser Press, 2000. Pp. 301—302. Cited in Panagiotopoulos D. Sports Law. Lex Sportiva and Lex Olympica. Theory and Praxis. Athens : Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2011. P. 129.

²⁰ URL: https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf#_ga=2.237189831.633349941.1556041884-440235858.1433602359 (дата обращения: 22.04.2019).

²¹ URL: <https://www.olympic.org/documents/code-of-ethics> (дата обращения: 22.04.2019).

²² URL: <https://resources.fifa.com/image/upload/the-fifa-statutes-2018.pdf?cloudid=whhncbdzio03cuhmwfxa> (дата обращения: 22.04.2019).

регулируемого, и это роднит его с *lex mercatoria* в сфере международной торговли²³.

Под *lex mercatoria* (лат. — право торговцев, право купцов) понимается «вненациональный» комплекс правовых и неправовых норм, призванных обеспечивать необходимое регулирование международных торговых операций. Теория *lex mercatoria* возникла в 50—60-е гг. XX в., хотя само право купеческого сословия и действовавшие вне пределов национальных государств обычаи, которыми его представители руководствовались при заключении сделок, восходят к европейскому Средневековью. Хотя содержание *lex mercatoria* понимается учеными по-разному, все сходится в том, что центральное место в нем занимают обычаи международной торговли, а также торговые (деловые) обыкновения, типовые договоры (контракты), общие условия, своды единообразных правил и пр.²⁴

Сходство между *lex mercatoria* и *lex sportiva*

Как отмечают французские ученые Ф. Бюи, Ж.-М. Мармейю, Д. Пораккиа, Ф. Рицо, «как и торговля, спорт не знает границ и требует правосудия и права, которые были бы адаптированы к этой реальности и освобождены от ограничений национальных суверенитетов. Что касается правосудия, лучший способ, без сомнения, обеспечивает арбитраж, так как его преимущество в том, что он позволяет сторонам выбрать применимое право — ненациональное, негосударственное, но подходящее». В их понимании *lex sportiva* — это «совокупность правил различного происхождения, объединенных по одному основанию их приспособленности к нуждам международного спорта», и «метод отбора правил, способных управлять международным спортом, использу-

емых арбитражами»²⁵. Им вторит швейцарский исследователь А. Риготти: по его мнению, *lex sportiva* — это свод частных норм, получивших закрепление в правовых обычаях, положениях национального права, применимых для разрешения спортивного спора, решения Спортивного арбитражного суда в г. Лозанне (англ. — Court of Arbitration for Sport (CAS), КАС)²⁶.

У *lex mercatoria* и *lex sportiva* имеются как минимум три общие сходные черты. Во-первых, они выводятся за рамки конкретной правовой системы — международной или национальной. *Lex sportiva*, как и *lex mercatoria*, представляет собой отдельную регулируемую систему, которая не может быть однозначно названа ни международно-правовой, ни внутригосударственной. Во-вторых, они включают в свой состав нормы неправового характера, посредством которых осуществляется саморегулирование определенных объединений, только в случае *lex mercatoria* речь идет о нормах, восходящих к средневековым правилам поведения, которые складывались в результате во многом стихийной практики купеческих гильдий, а в случае *lex sportiva* — о корпоративных нормах, созданных в результате целенаправленной деятельности многочисленных организаций Олимпийского движения. В-третьих, и *lex mercatoria*, и *lex sportiva* предполагают использование автономных способов нормативного регулирования и разрешения споров. В *lex mercatoria* наблюдается отказ от традиционного правового инструментария (в частности, от коллизионных принципов международного частного права) в пользу «вненациональных», «автономных» способов регулирования и разрешения споров²⁷. Теория *lex mercatoria* получила широкое применение в практике международных арбитражных судов во Франции, Швейцарии, Нидерландах, Швеции, США и других странах Запада²⁸. В случае *lex sportiva*

²³ *Goldman B.* The Applicable Law: General Principles of Law — the Lex Mercatoria // Contemporary Problems in International Arbitration / J. M. Lew (ed.). London : Martinus Nijhof, 1987. P. 116 ; *Stathopoulos M.* (speech) in Sports and European Community Law. Pp. 23—24. Cited in *Panagiotopoulos D.* Sports Law. Lex Sportiva and Lex Olympica. Theory and Praxis. Athens-Komotini, 2011. P. 129. См. также *Panagiotopoulos D.* Lex Sportiva and international legitimacy in sports activities // Седьмая Международная научно-практическая конференция «Глобализация спорта: Олимпийские игры и международные соревнования» : материалы конференции / под ред. Д. И. Рогачева, О. А. Шевченко. М., 2013. С. 6—17.

²⁴ *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : в 3 т. Т. 2 : Особенная часть : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Бек, 2002. С. 219—220.

²⁵ *Buy F., Marmayou J.-M., Poracchia D., Rizzo F.* Droit du sport. Paris, 2009. P. 160.

²⁶ *Rigozzi A.* Op. cit. P. 628.

²⁷ *Ануфриева Л. П.* Международное частное право. С. 220.

представляется возможным говорить не просто об отдельных автономных способах, а о полной автономности разрешения спортивных споров в КАС.

Различия между *lex mercatoria* и *lex sportiva*

Наряду с обозначенным выше сходством, между *lex sportiva* и *lex mercatoria* существует по крайней мере одно заметное различие. Основу *lex mercatoria* обеспечивают такие неписаные правила поведения, как обычаи делового оборота. *Lex sportiva* основывается не на обычаях, возникающих на низовом уровне в неформальном общении, а на писаных нормах, закрепленных на высшем уровне пирамидальной системы — в уставах и регламентах спортивных организаций. О большей степени институционализации в мире международного спорта свидетельствует и учреждение в 1983 г. по инициативе МОК единого для всего Олимпийского движения Спортивного арбитражного суда в Лозанне²⁹. Деятельность КАС упорядочивает нормы *lex sportiva* и позволяет осуществлять отбор норм, желательных для сохранения и дальнейшего использования. Арбитры КАС вычлениют из общих положений регламентов спортивных организаций принципы, присущие нормативному порядку в области спорта, или формулируют их самостоятельно как выражение основополагающих требований и высших интересов спортивной состязательности. Процесс, в ходе которого нормы, закрепленные в регламентах спортивных организаций, возводятся в ранг основных принципов *lex sportiva*, обеспечивает определенный метод отбора нужных норм и способствует прочности нормативного порядка в области спорта³⁰.

Характеризуя нормативные основания правопорядка в области спорта, вернее было бы говорить о *leges sportivae* во множественном числе, поскольку каждый вид спорта, каждая спортивная дисциплина имеет свой собствен-

ный нормативный порядок и свою совокупность норм в его основании. Таким образом, *lex sportiva* — это сердцевина многочисленных специальных *leges sportivae*. Когда КАС обозначает принципы, составляющие *lex sportiva*, он подчеркивает, что они должны применяться с учетом каждого случая и специфики конкретного вида спорта. Иерархическая структура спортивного движения и объединяющее начало в виде КАС способствуют возникновению центрального нормативного порядка в области спорта (фр. — *l'ordre juridique sportif central*)³¹.

Новые задачи перед правоведами в условиях эволюции права

Если ни *lex sportiva*, ни *lex mercatoria* не являются однозначно правовыми феноменами, почему тогда они должны изучаться правоведами? В современных условиях наблюдается отчетливая тенденция, в соответствии с которой право, создаваемое государствами, с течением времени воспринимает полезные конструкции, возникающие в неправовых нормативных комплексах, наделяя их юридической силой. Примером такого рода в спортивной сфере может служить появление в Трудовом кодексе РФ гл. 54.1 «Особенности регулирования труда спортсменов и тренеров», введенной Федеральным законом от 28 февраля 2008 г. № 13-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации» (в частности, ст. 348.4 «Временный перевод спортсмена к другому работодателю») ³². Теперь закрепленный в ТК РФ порядок осуществления трансфера — перехода игрока из клуба в клуб — в общем виде воспроизводит требования, которые ранее были обозначены в Регламенте о статусе и переходах (трансфере) игроков 2004 г. (в ред. 2007 г.) ФИФА³³ и которые впоследствии были отражены в одноименном регламенте Российского футбольного союза (РФС) от 18 декабря

²⁸ Ануфриева Л. П. Преподавание курса «Международный коммерческий арбитраж»: научно-практическое пособие. М. : РПА МЮ РФ, 2006. С. 5, 75.

²⁹ *Buy F., Marmayou J.-M., Poracchia D., Rizzo F.* Op. cit. P. 160.

³⁰ *Buy F., Marmayou J.-M., Poracchia D., Rizzo F.* Op. cit. Pp. 160—161.

³¹ *Buy F., Marmayou J.-M., Poracchia D., Rizzo F.* Op. cit. P. 161.

³² Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_75176/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100019 (дата обращения: 22.04.2019).

³³ URL: https://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/regulations_on_the_status_and_transfer_of_players_en_33410.pdf (дата обращения: 22.04.2019).

2006 г.³⁴ Для того чтобы понимать, в каком направлении будет эволюционировать право, современные юристы должны учиться действовать на опережение — знакомиться с содержанием норм, формирующихся в неправовых комплек-

сах в интересующих их сферах, и предвидеть, каким образом они смогут оказать влияние на развитие собственно правовых норм в недалеком будущем.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. В.* Международное спортивное право / под ред. П. В. Крашенинникова. — М. : Закон и право, 2008.
2. *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : учебник : в 3 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Бек, 2002. — Т. 2 : Особенная часть.
3. *Ануфриева Л. П.* Преподавание курса «Международный коммерческий арбитраж» : научно-практическое пособие. — М. : РПА МЮ РФ, 2006.
4. *Вельяминов Г. М.* Международное экономическое право и процесс (Академический курс) : учебник. — М. : Волтерс Клувер, 2004.
5. *Захарова Л. И.* Международное сотрудничество в области спорта. Гл. 25 : Международное сотрудничество в научно-технической и иных областях // Международное публичное право : учебник / отв. ред. К. А. Бекашев — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2011.
6. *Захарова Л. И.* Международное спортивное право : учебник для бакалавров / отв. ред. К. А. Бекашев. — М. : Проспект, 2017.
7. *Захарова Л. И.* «О спорт, ты — мир!» Роль международного права, *lex sportiva* и *lex olympica* в регулировании международных спортивных отношений. — М. : Центральная типография, 2013.
8. *Понкин И. В., Понкина А. И.* О корреляции *lex sportiva* и спортивного права // Вестник РУДН. Серия : Юридические науки. — 2012. — № 3.
9. *Соловьев А. А.* Зарубежные модели и опыт кодификации спортивного законодательства / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. — М., 2011.
10. *Шуршалов В. М.* Международные правоотношения. — М. : Международные отношения, 1971.
11. *Buy F., Marmayou J.-M., Poracchia D., Rizzo F.* Droit du sport. — Paris, 2009.
12. *Jessup P.* Transnational Law. — New Haven, 1956.
13. *Nafziger J.* International Sports Law. — Dobbs Ferry, New York : Transnational Publishers, Inc., 1988.
14. *Panagiotopoulos D.* Sports Law. Lex Sportiva and Lex Olympica. Theory and Praxis. — Athens : Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2011.
15. *Panagiotopoulos D.* Lex Sportiva and international legitimacy in sports activities // Седьмая международная научно-практическая конференция «Глобализация спорта: Олимпийские игры и международные соревнования» : материалы конференции / под ред. Д. И. Рогачева, О. А. Шевченко. — М., 2013.
16. *Panagiotopoulos D.* (ed.) The Sports Law in the 21st Century. Proceedings of the 1st Pan-Hellenic Congress with International Participation. Hellenic Center of Research on Sports Law, Hellin. — Athens, 1999.
17. *Rigozzi A.* L'Arbitrage international en matière de sport. — Paris : Bruylant, L.G.D.J., Helbing & Lichtenhahn, 2005.
18. *Scelle G.* Précis de droit des gens. — Paris : Recueil Sirey, 1932.
19. *Stathopoulos M.* Sports and European Community Law // Proceedings of the 5th IASL Congress, Nafplion 10—12 July, ELLIN / ed. by D. Panagiotopoulos. — Athens, 1997.
20. *Thierry H.* The Thought of Georges Scelle // European Journal of International Law. — 1990. — Vol. 1.
21. *Vedder C.* The International Olympic Committee: An Advanced Non-Governmental Organization and the International Law // German Yearbook of International Law. — 1984. — Vol. 27.
22. *Von Verdross A.* Le fondement du droit international. Recueil des Cours. Académie de droit international de La Haye. — 1927. — Vol. 16.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

³⁴ Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации «Консорциум Кодекс». URL: <http://docs.cntd.ru/document/902113491> (дата обращения: 22.04.2019).

LEX MERCATORIA AND LEX SPORTIVA: PECULIARITIES, SIMILARITIES AND DIFFERENCES

Larisa I. Zakharova, Cand. Sci. (Law), Associate Prof. of the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
lizakharova@msal.ru
9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *International law rules with regard to the regulation of sports activities at the universal and regional levels developed by states and international intergovernmental organizations have formed a set of norms ensuring international cooperation in the field of sport, namely, international sports law.*

What is the nature of the set of rules governing cross-border relations in the field of sport? They are mainly the result of rule-making carried out by the International Olympic Committee (the IOC) and the international Olympic Sports Federations. The article analyzes the approaches proposed by Western authors and applicable to the solution of the issue under consideration, elucidates the main provisions of the concepts of unified law governing relations between groups proposed by Georges Scelle, transnational law proposed by Phillip C. Jessup, and true international law proposed by C. Vedder.

However, the best explanation for the interaction between national sports associations and international non-governmental organizations of the Olympic Movement is provided by lex sportiva. Lex sportiva is similar to lex mercatoria that is used to regulate international trade. Both complexes have such properties as normativeness, non-systematicity, autonomy in the regulation and resolution of disputes. However, lex sportiva is characterized by a greater degree of institutionalization than lex mercatoria. There are two factors that contribute hereto: a pyramidal structure of the Olympic movement and activities of the Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne that was founded in 1983 at the IOC initiative. A greater degree of institutionalization of lex sportiva provides the right method for selection of norms and contributes to a stronger regulatory order in the field of Olympic sport.

At the present stage, there is a tendency whereby the law created by States perceives useful designs that have arisen in non-legal regulatory complexes giving them legal effect. Therefore, modern lawyers should familiarize themselves with the content of the norms and rules emerging in non-legal complexes in areas of their concern in order to foresee what impact such norms can have on the development of the legal norms in the near future.

Keywords: *sport, trade, international sports law, international trade law, non-legal regulatory complexes, lex sportiva, lex mercatoria, cross-border relations, normativeness, autonomy of regulation and resolution of disputes, Court of Arbitration for Sport (CAS), International Olympic Committee (IOC), Olympic Movement.*

REFERENCES

1. Alekseev S. V. *Mezhdunarodnoe sportivnoe pravo* [International sports law]. P.V. Krashenninikov (ed.). Moscow, Zakon i pravo Publ., 2008. (In Russ.)
2. Anufrieva L. P. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnik : v 3 t.* [Private International Law: A textbook ; in 3 volumes]. 2nd ed., revised and supplemented. Moscow, Bek Publ., 2002. Vol. 2: Special Part. (In Russ.)
3. Anufrieva L. P. *Prepodavanie kursa «Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh» : nauchno-prakticheskoe posobie* [Teaching the course "International Commercial Arbitration": A scientific and practical guide]. Moscow, RLA MJ RF Publishing House, 2006. (In Russ.)
4. Velyaminov G. M. *Mzhdunarodnoe ekonomicheskoe pravo i protsess (akademicheskii kurs) : uchebnik* [International Economic Law and Process (Academic Course): A textbook]. Moscow, Walters Kluver, 2004. (In Russ.)
5. Zakharova L. I. *Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v oblasti sporta. Gl. 25 : Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v nauchno-tehnicheskoy i inykh oblastyakh* [International cooperation in the field of sport. Ch. 25 : International Cooperation in Scientific and Technical and Other Fields]. *Mezhdunarodnoe publichnoe pravo : uchebnik* [Public International Law: A textbook]. K. A. Bekyashev (ed.). 5th ed., revised and supplemented. Moscow, Prospekt Publ., 2011. (In Russ.)
5. Zakharova L. I. *6. Mezhdunarodnoe sportivnoe pravo : uchebnik dlya bakalavrov* [International Sports Law: A Textbook for Bachelor students]. K. A. Bekyashev (ed.). Moscow, Prospekt Publ., 2017. (In Russ.)

7. Zakharova L. I. «O sport, ty — mir!» Rol mezhdunarodnogo prava, lex sportiva i lex olympica v regulirovanii mezhdunarodnykh sportivnykh otnosheniy [“O sport, you are the world!” The role of international law, *lex sportiva* and *lex olympica* in the regulation of international sports relations]. Moscow, Tsentralnaya Printing House, 2013. (In Russ.)
8. Ponkin I. V., Ponkina A. I. O korrelyatsii lex sportiva i sportivnogo prava [On correlation between *lex sportiva* and sports law]. *Vestnik RUDN. Seriya : Yuridicheskie nauki [RUDN Journal of Law]*. 2012. No. 3. (In Russ.)
9. Solovyov A. A. Zarubezhnye modeli i opyt kodifikatsii sportivnogo zakonodatelstva [Foreign models and experience of codification of sports legislation]. Sports Law Commission of the Association of Lawyers of Russia. Moscow, 2011. (In Russ.)
10. Shurshalov V. M. Mezhdunarodnye pravootnosheniya [International Legal Relations]. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniya Publ., 1971. (In Russ.)
11. Buy F., Marmayou J.-M., Poracchia D., Rizzo F. Droit du sport. Paris, 2009.
12. Jessup P. Transnational Law. New Haven, 1956.
13. Nafziger J. International Sports Law. Dobbs Ferry, New York: Transnational Publishers, Inc., 1988.
14. Panagiotopoulos D. Sports Law. Lex Sportiva and Lex Olympica. Theory and Praxis. Athens: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2011.
15. Panagiotopoulos D. Lex Sportiva and international legitimacy in sports activities. Seventh International Scientific and Practical Conference “Globalization of Sport: Olympic Games and international competitions”: Proceedings of the conference. D. I. Rogachev, O. A. Shevchenko (eds). Moscow, 2013.
16. Panagiotopoulos D. (ed.) The Sports Law in the 21st Century. Proceedings of the 1st Pan-Hellenic Congress with International Participation. Hellenic Center of Research on Sports Law, Hellin. Athens, 1999.
17. Rigozzi A. L'Arbitrage international en matière de sport. Paris: Bruylant, L.G.D.J., Helbing & Lichtenhahn, 2005.
18. Scelle G. Précis de droit des gens. Paris: Recueil Sirey, 1932.
19. Stathopoulos M. Sports and European Community Law. Proceedings of the 5th IASL Congress, Nafplion 10—12 July, ELLIN/ed. by D. Panagiotopoulos. Athens, 1997.
20. Thierry H. The Thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*. 1990. Vol. 1.
21. Vedder C. The International Olympic Committee: An Advanced Non-Governmental Organization and the International Law. *German Yearbook of International Law*. 1984. Vol. 27.
22. Von Verdross A. Le fondement du droit international. *Recueil des Cours. Académie de droit international de La Haye*. 1927. Vol. 16.

Искусственный интеллект и «предсказанное правосудие»: зарубежный опыт

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы применения искусственного интеллекта (ИИ) в области правосудия. В настоящее время обстоятельства способствуют использованию ИИ в юриспруденции. Технологии вышли на рынок. В результате стало возможным «предсказанное правосудие». После того как получен обзор возможного будущего процесса, профессионалу легче завершить задачу — интерпретацию и принятие окончательного решения (переговоры, судебные разбирательства). Потребуется много работы, чтобы привести ИИ в соответствие с этим стандартом. Юридическая информация должна быть структурирована, чтобы сделать ее не только читабельной, но и эффективной для принятия решений. «Предсказанное правосудие» может помочь как сторонам по делу и судьям в структурировании информации, так и студентам и преподавателям, ищущим соответствующие сведения. Развитие информационных технологий привело к расширению возможностей программ «предсказанного правосудия». Они используют преимущества новых цифровых инструментов. Основное внимание уделяется двум преимуществам программ:

а) повышению качества предоставляемых услуг;

б) одновременному контролю за эксплуатационными расходами системы правосудия. «Предсказанное правосудие» предоставляет алгоритмы для анализа в короткие сроки огромного количества ситуаций, позволяющих предвидеть исход спора или по крайней мере оценить шансы на успех. Оно помогает: выбрать правильный способ защиты, наиболее подходящие аргументы, оценить предполагаемую сумму компенсации и т.д. Таким образом, речь идет не о самом правосудии, а лишь об аналитических инструментах, которые позволили бы прогнозировать будущие решения в спорах, аналогичных тем, которые были проанализированы.

Ключевые слова: искусственный интеллект, «предсказанное правосудие», «умные контракты», Совет Европы, ЕС, США, Франция.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.079-087

© Бирюков П. Н., 2019

* Бирюков Павел Николаевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и евразийского права Воронежского государственного университета
birukovpn@yandex.ru
394018, Россия, г. Воронеж, пл. Ленина, д. 10а, корп. 9

Введение

Под «искусственным интеллектом» (ИИ) понимается набор теорий и техник, используемых для создания машин, способных имитировать интеллект¹. А. Каплан и М. Хэнлайн определяют его как «способность системы правильно интерпретировать внешние данные, извлекать уроки из таких данных и использовать эти знания для достижения конкретных целей и задач посредством гибкой адаптации»². Этот термин используется для описания программ, имитирующих «когнитивные» функции, которые люди связывают с другими человеческими умами — «обучение» и «решение проблем» (С. Рассэл, П. Норви³). В компьютерных науках ИИ рассматривается как совокупность «интеллектуальных агентов» (intelligent agents), включающих в себя любое устройство, которое воспринимает окружающую среду и предпринимает действия, которые максимизируют его шансы на успешное достижение своих целей (К. Ниссон)⁴.

Думается, что ИИ соответствует набору концепций и технологий, а не сфере жизни, в которой представлен и функционирует. Так что определений ИИ можно дать множество и каждое будет по-своему правильным, в зависимости от области применения.

«Умные контракты»

Как бы то ни было, обстоятельства способствуют использованию ИИ в юриспруденции⁵. В частности, математические методы и алгоритмы позволили сформировать так называемые умные

контракты. Они представляют собой компьютерные протоколы, которые отображают или проверяют договоры или предоставляют техническую поддержку для переговоров или исполнения контракта. При этом письменная фиксация текста договора (на бумаге или в файле) может быть излишней. «Умные контракты» обычно также имеют пользовательский интерфейс и технически изображают логику договорных соглашений⁶. Сторонники (например, Ю. Хэксманн, М. Кауларц) утверждают, что «многие типы условий контрактов становятся частично или полностью самореализуемыми или самодействующими, или и тем и другим»⁷. «Умные контракты» повышают безопасность правоотношений по сравнению с традиционным договорным правом, снижая операционные издержки.

В 2018 г. в отчете Комитету по экономике Сената США подчеркивалось: «Хотя умные контракты могут звучать по-новому, эта концепция коренится в базовом договорном праве. Обычно суд выносит решения по договорным спорам и обеспечивает соблюдение условий, но также часто встречается другой метод, особенно для международных транзакций. С помощью умных контрактов компьютерная программа обеспечивает выполнение контракта, встроенного в код»⁸.

Программы «предсказанного правосудия»

Кроме того, в настоящее время появились программы, которые предвидят исход судебных процессов, включая потенциальную компенсацию. LegalTech (так обычно обозначаются

¹ См.: Barr A., Feigenbaum E. A. The Handbook of artificial intelligence. Vol. 1. 1981 ; Jackson P. Introduction to Artificial Intelligence. Dover, 1985 ; Hutter M. Universal Artificial Intelligence. Berlin : Springer, 2005 ; Luger G.; Stubblefield W. Artificial Intelligence: Structures and Strategies for Complex Problem Solving. Benjamin/Cummings, 2004 ; Neapolitan R.; Jiang X. Artificial Intelligence: With an Introduction to Machine Learning. Chapman & Hall/CRC, 2018.

² См.: Kaplan A., Haenlein M. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence // URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0007681318301393> (дата обращения: 24.04.2019).

³ См.: Russell S. J.; Norvig P. Artificial Intelligence: A Modern Approach. Upper Saddle River, New Jersey, 2009.

⁴ См.: Nilsson N. Artificial Intelligence: A New Synthesis. Morgan Kaufmann, 1998.

⁵ Legal Tech Market Map: 50 Startups Disrupting // URL: <https://www.cbinsights.com/research/legal-tech-market-map-company-list> (дата обращения: 24.04.2019).

⁶ См.: Kaulartz M. Von der Blockchain zum Smart Contract // Frankfurter Allgemeine Zeitung. 16. März. 2016. S. 16.

⁷ Kaulartz M., Heckmann J. Smart Contracts — Anwendungen der Blockchain-Technologie // Computer und Recht. 2016. Vol. 32, Iss. 9. DOI: 10.9785/cr-2016-0923.

⁸ Chapter 9: Building a Secure Future, One blockchain at a time, US Senate Joint Economic Committee, March 2018 // URL: https://www.jec.senate.gov/public/_cache/files/aaac3a69-e9fb-45b6-be9f-b1fd96dd738b/chapter-9-building-a-secure-future-one-blockchain-at-a-time.pdf (дата обращения: 24.04.2019).

соответствующие программы в зарубежной литературе⁹) предлагает много преимуществ: автоматизация повторяющихся задач для юристов, отвлечение внимания, снижение судебного риска и т.д. Вместе с тем «идея состоит не в том, чтобы уничтожить правовые исследования, — пишет Н. Бустаманте, президент одного из французских порталов. — Наша цель — продвигать право на искусственный интеллект для автоматизации повторяющихся задач, чтобы юристы могли сосредоточиться на своей первой функции — консультировании клиентов и избрательности»¹⁰.

Так, в обиход стран Европы прочно вошло новое понятие — «предсказанное правосудие»¹¹ (ПП). ПП опирается на ИИ, предоставляя юристам инструменты, позволяющие им сосредоточиться на более сложных задачах¹².

В то время как традиционное правосудие пытается выполнить свою миссию — в разумные сроки вынести решение по делу, ПП идет дальше. Оно предоставляет алгоритмы для анализа в короткие сроки огромного количества ситуаций, которые позволяют предвидеть исход спора или по крайней мере оценить шансы на успех. ПП позволяет: избрать наиболее правильный способ защиты, выбрать наиболее подходящие аргументы; оценить предполагаемую сумму компенсации и т.д.

Таким образом, речь идет не о самом правосудии, а лишь об аналитических инструментах, которые позволили бы прогнозировать будущие решения в спорах, аналогичных тем, которые были проанализированы. Профессор Сорбонны Б. Дондеро в этой связи подчеркивает, что ПП — «это попытка с минимальной неопределенностью предсказать, каким бу-

дет ответ юрисдикции X при рассмотрении дела Y».

Сам термин «ПП» (как и многие наши проблемы) исходит от англосаксов. В США на уровне штатов давно используется, в частности, программное обеспечение в области уголовного права, а также базы данных для исполнения нормативных актов, классификации документов и пр. К примеру, полицейское управление Лос-Анджелеса приняло систему предиктивно-полицейской деятельности под названием PredPol¹³. Она использует данные о поведении отдельных лиц и эффективнее направляет усилия полиции по борьбе с преступностью.

Американские судьи часто используют программы для оценки вероятности повторного совершения подозреваемым преступления. Правда, тут не обходится без риска. Так, гражданин США Э. Лумис в штате Висконсин был приговорен к шести годам тюремного заключения за угон автомобиля¹⁴. Прямых улик не хватало, поэтому полиция использовала программу КОМПАС (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions — COMPAS). Программа (а вслед за ней и суд) обосновывала свое решение о виновности Э. Лумиса высоким риском рецидива такого рода лиц. Однако сам Э. Лумис с этим не согласился и посчитал, что «справедливого разбирательства» не было, поскольку ему не был предоставлен доступ к алгоритму программы. В свою очередь, прокурор обосновывал использование КОМПАСа «научной обоснованностью теста». Верховный суд США отказал Э. Лумису в выдаче судебного приказа на обжалование приговора суда штата¹⁵. Таким образом, осуждение было признано правомерным.

⁹ См.: *Goodman B., Harder J.* Four areas of legal ripe for disruption by smart startups // ABA Journal. 2014. № 12. URL: <https://www.lawtechnologytoday.org/2014/12/smart-startups> (дата обращения: 24.04.2019); *Keppenne R.* Legal Tech and other smart contracts: what future for legal automation? // ParisTech Review. 2016. 23 May; *Reisenwitz C.* 5 legal tech entrepreneurs to watch // Capterra. 2016. 3 Feb.; *Henry P. and Hofstrossler P.* L'avenir de la profession d'avocats. Report, 25 feb. 2018.

¹⁰ URL: <https://www.doctrine.fr> (дата обращения: 24.04.2019).

¹¹ Predicting justice — англ., Vorhergesagte Gerechtigkeit — нем., justitia predictiva — исп., la justice prédictive — фр.

¹² См., например: Predicting justice: what if algorithms entered the courthouse? // URL: <http://theconversation.com/predicting-justice-what-if-algorithms-entered-the-courthouse-91692> (дата обращения: 24.04.2019).

¹³ URL: https://www.washingtonpost.com/local/public-safety/police-are-using-software-to-predict-crime-is-it-a-holy-grail-or-biased-against-minorities/2016/11/17/525a6649-0472-440a-aae1-b283aa8e5de8_story.html?noredirect=on&utm_term=.85b2861fa4ff (дата обращения: 24.04.2019).

¹⁴ *Loomis v. Wisconsin* // URL: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/loomis-v-wisconsin> (дата обращения: 24.04.2019).

¹⁵ URL: <https://www.supremecourt.gov/docketfiles/16-6387.htm> (дата обращения: 24.04.2019).

Правда, недавнее исследование, проведенное Университетским колледжем Лондона, показало, что компьютеры способны предсказывать исход разбирательства с точностью около 80 %. Бывшая судья из Нидерландов др. Д. Рейлинг задается вопросом: насколько устраивает эта цифра? «Как только люди начнут использовать искусственный интеллект, и они будут ожидать, что результаты фактически предскажут машины, что будут делать судьи? Если судьи не будут выполнять свои функции в соответствии с ожиданиями, связанными с искусственным интеллектом, это станет проблемой для суда,» — считает Д. Рейлинг¹⁶.

Международные нормы о «предсказанном правосудии»

Надо сказать, что международные нормы об ИИ в правосудии уже «пекутся как пирожки» (правда, пока на региональном уровне).

Так, 4 декабря 2018 г. Европейская комиссия по вопросам эффективности правосудия (CEPEJ) Совета Европы приняла первый документ — «Этические принципы, касающиеся использования искусственного интеллекта в судебных системах»¹⁷. «Принципы» служат руководством для законодателей и специалистов по вопросам правосудия. Применение ИИ в области правосудия должно осуществляться на ответственной основе, которая соответствует основным правам, гарантированным в Европейской конвенции о защите прав человека и Конвенции Совета Европы о защите личных данных. CEPEJ определила следующие принципы, которые должны соблюдаться в сфере правосудия:

- а) уважение основных прав: обеспечение соответствия и реализации инструментов и услуг ИИ с основными правами;
- б) недискриминация;

- в) качество и безопасность в отношении обработки судебных решений и данных в безопасной технологической среде;
- г) прозрачность, беспристрастность и справедливость;
- д) обеспечение доступности и понятности методов обработки данных;
- е) «под контролем пользователя» и др.

В ЕС на этот счет есть несколько документов разного уровня и разной силы. В их числе: Мнение Европейского экономического и социального комитета от 31.08.2017 «Последствия искусственного интеллекта на (цифровом) едином рынке, в производстве, потреблении, занятости и обществе»¹⁸.

10 апреля 2018 г. 25 европейских стран подписали Декларацию о сотрудничестве в области ИИ. Ряд государств уже объявили о национальных инициативах в этой области и заявили о намерении принять общеевропейский подход к решению проблемы.

25 апреля 2018 г. Комиссия направила сообщение Европейскому парламенту, Европейскому совету, Совету, Европейскому экономическому и социальному комитету и Комитету регионов по искусственному интеллекту для Европы¹⁹.

Конечно, все эти положения пока не являются правовыми нормами ЕС. Однако дело идет к выработке обязательного документа в этой области. Скоро будут приняты и правовые нормы на этот счет. Их назначение — не создать работа-судью, способного принимать решения без человека. Их цель — усилить аналитический потенциал «лучших юристов, как рентген помогает врачу установить диагноз и принять решение о лечении»²⁰.

Государства Европы осознают новые возможности ПП и активно разрабатывают соответствующие программы на национальном уровне.

¹⁶ URL: <http://doryreiling.blogspot.com> (дата обращения: 24.04.2019).

¹⁷ URL: <https://www.coe.int/en/web/cepej/justice-of-the-future-predictive-justice-and-artificial-intelligence> (дата обращения: 24.04.2019).

¹⁸ Opinion of the European Economic and Social Committee. 08/31/2017 // URL: <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/artificial-intelligence> (дата обращения: 24.04.2019).

¹⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe // URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence> (дата обращения: 24.04.2019).

²⁰ *Queudot M., Meurs M.-J.* Artificial Intelligence and Predictive Justice: Limitations and Perspectives // *Recent Trends and Future Technology in Applied Intelligence*, 2018. P. 889.

Национальные программы «предсказанного правосудия»

Так, с 2015 г. в Нидерландах действует *Rechtwijzer* — Платформа примирения и посредничества²¹, которая распространяется на все разбираательства, касающиеся физических лиц, включая аренду, семейные споры. В марте 2018 г. Комиссия по правосудию и безопасности нижней палаты парламента Нидерландов²² провела круглый стол по ИИ в области правосудия, на котором шла речь о необходимости регламентации ПП.

Признанным лидером по внедрению ПП в Европе является Франция. Как известно, во Франции действует более 50 кодексов, около 10 500 законов, 127 000 указов и иных нормативных актов, миллионы судебных решений²³.

7 октября 2016 г. был принят Закон о цифровой Республике²⁴, который подробно расписал процедуры обмена публичной информацией и доступа к ней.

Соответственно, в ст. L.111-13 Кодекса судебной организации²⁵ было внесено дополнение, согласно которому «решения, принятые судебными судами, предоставляются общественности бесплатно при соблюдении конфиденциальности заинтересованных лиц».

Изменен и Кодекс отношений между населением и администрацией²⁶. Согласно ст. L.311-5 и L.311-6 Кодекса населению должны быть сообщены документы, которые необходимы для выполнения задач государственного управления. Информация, содержащаяся в передаваемых или публикуемых документах, может использоваться любым госорганом для выполнения своих задач. Согласно ст. L.311-3-1 Кодекса «индивидуальное решение, принятое на основе алгоритмического подхода, должно включать явное упоминание, информирующее заинтересованную сторону. Правила, определяющие это обращение и основные характеристики его осуществления, сообщаются админи-

страцией заинтересованному лицу, если оно того пожелает».

Для достижения успешных проектов в сфере ПП необходимы два условия. Во-первых, качественные данные в больших количествах. Это препятствие снято Законом о цифровой Республике 2016 г. Во-вторых, созданы мощные алгоритмы, что стало возможным благодаря технологическим разработкам последних лет. С развитием новых технологий ПП упрощают обработку двух миллионов судебных решений в год.

Во Франции действует несколько программ ПП. Назову самые известные из них:

1. *Justice.fr* предназначена для юристов и позволяет определить компетентный суд и загрузить соответствующие формы для направления заявления/жалобы.
2. *Sagace* дает возможность сторонам ознакомиться со сводной информацией по судебному делу.
3. *Consultation Avocats* — национальная платформа для консультирования юристом (по предварительной записи, по телефону или электронной почте), услуги которого затем покрываются соглашением о вознаграждении.
4. *JuriCA* и *JuriNET* — база данных прецедентного права апелляционных судов по гражданским и коммерческим делам (*JuriCA*) и кассационного суда по всем делам (*JuriNET*).
5. *Medicys* — онлайн-посредническая платформа для разрешения потребительских споров, предоставленная Национальной ассоциацией юстиции Франции (*the Chambre Nationale des Huissiers de Justice de France*). Гигантскими темпами растет число публикаций и симпозиумов, посвященных ПП и развитию стартапов в сфере *LegalTech*; заметна диверсификация в сторону «зашифрованной юриспруденции»²⁷ (*jurisprudence chiffrée* —

²¹ URL: <https://www.hiil.org/news/rechtwijzer-at-the-crystal-scales-of-justice-prize-ceremony> (дата обращения: 24.04.2019).

²² URL: <https://www.houseofrepresentatives.nl> (дата обращения: 24.04.2019).

²³ URL: <https://www.maitredata.com> (дата обращения: 24.04.2019).

²⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 fondant la République numérique // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id> (дата обращения: 24.04.2019).

²⁵ Code de l'organisation judiciaire // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006071164&dateTexte=20080604> (дата обращения: 24.04.2019).

²⁶ Code des relations entre le public et l'administration // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000031366350> (дата обращения: 24.04.2019).

²⁷ URL: <https://boutique.efl.fr/documentation/par-gamme/jurisprudence-chiffree.html> (дата обращения: 24.04.2019).

фр.). Так, программа «Возмещение ущерба»²⁸ требует заполнения критериев (дата, апелляционный суд, сумма) и предлагает возможные варианты разрешения конкретной ситуации. В базе данных «Семейное право»²⁹ доступны различные критерии поиска (характеристики пары, дети, иммунитеты и др.). Они позволяют выбрать аналогичные дела и получить простую оценку возможностей и рисков.

На рынке ПП во Франции присутствуют два типа участников: классические юридические издатели и стартапы LegalTech. Эволюция LegalTech способствует сочетанию благоприятных факторов: цифровая революция, изменения менталитета и появление новых технологий.

Генеральный директор Eurojuris France С. Кланше, в частности, отмечает, что она является первой адвокатской сетью, которая имеет во Франции ПП. «Все юридические фирмы в нашей сети имеют доступ к Predictice — качественному, инновационному и мощному инструменту, поддерживаемому Wolters Kluwer, с которым мы уже работаем с уверенностью. Предсказанное правосудие не заменяет адвоката, но предлагает дополнительное решение для экспертизы»³⁰.

Во Франции полагают, что особенно перспективно использование ПП в сфере социального права³¹. В частности, предприниматели, не имеющие юридического образования, регулярно сталкиваются с различными трудностями в сфере трудового права, особенно при составлении договоров и разрешении споров с работниками. С введением указом Президента Макрона запрета на увольнение без серьезных оснований использование ПП начинает обретать особое значение. В базе данных Droit social³² содержатся сведения о 470 000 делах относительно выходных пособий, компенсации несчастных случаев на производстве и т.д. При этом доступны различные критерии поиска

(характеристики компании, сотрудников, виды и размеры надбавок и убытков и др.), что позволяет существенно облегчить жизнь как работникам, так и работодателям.

Будущее «предсказанного правосудия»

В последние годы мощные силы изменили рынок юридических консультаций, предоставляемых корпорациям. Новая реальность характеризуется снижением цены (клиенты требуют большего за меньшие деньги), трансформацией ранее однородных услуг в различные виды и ростом аутсорсинга юридических процедур. У клиентов юридические службы стали больше (свидетельство увеличения инсорсинга), а генеральные консультации сопровождаются профессиональными специалистами. Следует также помнить, что во Франции не все компании имеют юридическую службу. Большинство компаний являются малыми и средними, у которых нет больших денежных средств, не всегда можно использовать услуги адвоката. Поэтому для них программы ПП особо полезны.

В чем в целом польза ПП для судов? Информационные технологии могут обеспечить инструменты для облегчения решения судей или лучше ориентировать выбор граждан и законных представителей. Например, судья, который должен вынести решение по сложному делу, может справиться с соответствующими прецедентными решениями. Программы ПП обеспечивают анализ уже рассмотренных дел и выявление аналогичных ситуаций. Тенденции в апелляции и надзоре также могут быть легко обнаружены. Используя алгоритмы, истцы могут узнать об успешности подобных дел и при необходимости скорректировать свои стратегии.

Оцифровка юридических данных представляет собой еще один мегатренд, который трансформирует рабочие процессы и бизнес-

²⁸ URL: <https://boutique.efl.fr/documentation/par-gamme/jurisprudence-chiffree/jurisprudence-chiffree-baux-commerciaux.html> (дата обращения: 24.04.2019).

²⁹ URL: <https://boutique.efl.fr/documentation/par-gamme/jurisprudence-chiffree/jurisprudence-chiffree-droit-de-la-famille.html> (дата обращения: 24.04.2019).

³⁰ URL: <https://wolterskluwer.com/company/newsroom/news/2018/01/predictive-justice-human-vs.-artificial-intelligence-challenge-organized-at-the-legaltech-village-in-paris.html> (дата обращения: 24.04.2019).

³¹ Predictive Justice — IA and the legal sector Colloquium organized by the Vlaamse Balie Brussels, Oct. 17. 2018 // URL: <http://www.legaltechcongres2018.be/wp-content/uploads/2018/10/C-Y-Pouillet-Predictive-Justice---IA-and-the-legal-sector.pdf> (дата обращения: 24.04.2019).

³² URL: <https://boutique.efl.fr/documentation/par-gamme/jurisprudence-chiffree/jurisprudence-chiffree-droit-social.html> (дата обращения: 24.04.2019).

модели LegalTech. Объем данных, используемых в юридических консультациях, увеличился в геометрической прогрессии, что наблюдается и во многих других отраслях. Например, в делах с участием компаний Enron, Lehman Brothers и Volkswagen юристы анализировали и интерпретировали сотни тысяч электронных писем и других документов, чтобы установить факты. В будущем способность проверять, анализировать и интерпретировать беспрецедентные объемы данных станет таким же важным фактором успеха юридических фирм, как и «искусство» предоставления юридических консультаций.

Появились различные правовые технологии, позволяющие оцифровывать и автоматизировать эти и другие виды юридической деятельности. Фактически результаты опроса партнеров и провайдеров юридических технологий, проведенного The Boston Consulting Group, позволяют предположить, что решения в области LegalTech могут обеспечивать до 30—50 % задач, выполняемых младшими юристами сегодня.

Тем не менее LegalTech приняли на вооружение меньше юридических фирм, чем можно было бы ожидать. Многие юристы по-прежнему занимаются анализом данных, используя традиционный подход: просмотр документов один за другим, вручную. С одной стороны, текущая модель доходов, основанная на оплачиваемых часах, и соглашения о разделе прибыли, регулирующие партнерские отношения, дают немного стимулов для инвестиций в новые технологии. С другой стороны, многие юридические фирмы опасаются внедрять решения, которые все еще находятся в разработке, что требует значительных изменений в работе и инвестиций в обучение.

Независимо от причин не очень высоких темпов восприятия технологий ПП, юридические компании, которые не в состоянии воспользоваться их преимуществами или не адаптируются к новым реалиям, которые они представляют, рискуют потерять корпоратив-

ных клиентов из-за более дальновидной практики, могут обанкротиться. Их заменят поставщики легальных технологических продуктов.

Является ли технология гарантией качества и равенства? Здесь необходимо ответить сразу на несколько вопросов: 1) Как такие ИТ-инструменты будут проектироваться, создаваться и контролироваться? 2) Какое обоснование вдохновляет создание таких алгоритмов? 3) В какой степени граждане могут быть лучше осведомлены об этом обосновании?

Развитие ИТ повсеместно привело к расширению возможностей для взаимодействия между людьми, в результате чего государственные службы, включая службу правосудия, стремились воспользоваться преимуществами новых цифровых инструментов, с тем чтобы пересмотреть способы, с помощью которых они общаются со своими пользователями. Предоставление дополнительной информации и улучшение ее доставки — две цели, которые, как показалось операторам судебных программ, стали возможными при более низких затратах на развертывание благодаря ИИ. Основное внимание уделяется получению двух преимуществ: повышению качества предоставляемых услуг и одновременному контролю за эксплуатационными расходами системы правосудия.

Заключение

Таким образом, юристы сами по себе (те, кто не признают технологий), так же как и сами ЭВМ (созданные для замены людей), никогда не будут такими же могущественными, как люди и машины вместе. Это ключ к решению всей проблемы. Государственные органы, адвокаты, юридические компании больше не могут позволить себе игнорировать технологии ПП. Чтобы обеспечить свою конкурентоспособность и выживаемость, все субъекты правоприменения должны быть готовы использовать возможности, предоставляемые технологиями ПП.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Barr A., Feigenbaum E. A. The Handbook of artificial intelligence. — Vol. 1. — 1981.
2. Chapter 9: Building a Secure Future, One blockchain at a time, US Senate Joint Economic Committee, March 2018 // URL: https://www.jec.senate.gov/public/_cache/files/aaac3a69-e9fb-45b6-be9f-b1fd96dd738b/chapter-9-building-a-secure-future-one-blockchain-at-a-time.pdf (дата обращения: 24.04.2018).
3. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence

- for Europe // URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence> (дата обращения: 24.04.2018).
4. *Goodman B., Harder J.* Four areas of legal ripe for disruption by smart startups // ABA Journal. — 2014. — № 12. — URL : <https://www.lawtechnologytoday.org/2014/12/smart-startups> (дата обращения: 24.04.2018).
 5. *Henry P. and Hofstrossler P.* L'avenir de la profession d'avocats. Report, 25 feb. 2018.
 6. *Hutter M.* Universal Artificial Intelligence. — Berlin : Springer, 2005.
 7. *Jackson P.* Introduction to Artificial Intelligence. — Dover, 1985.
 8. *Kaplan A., Haenlein M.* Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence // URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0007681318301393> (дата обращения: 24.04.2018).
 9. *Kaulartz M.* Von der Blockchain zum Smart Contract // Frankfurter Allgemeine Zeitung. — 16. März. — 2016. — S. 16.
 10. *Kaulartz M., Heckmann J.* Smart Contracts — Anwendungen der Blockchain-Technologie // Computer und Recht. — 2016. — Vol. 32, Iss. 9. — DOI: 10.9785/cr-2016-0923.
 11. *Keppenne R.* Legal Tech and other smart contracts: what future for legal automation? // ParisTech Abstract. — 2016. — 23 May.
 12. Legal Tech Market Map: 50 Startups Disrupting // URL: <https://www.cbinsights.com/research/legal-tech-market-map-company-list> (дата обращения: 24.04.2018).
 13. *Luger G., Stubblefield W.* Artificial Intelligence: Structures and Strategies for Complex Problem Solving. — Benjamin/Cummings, 2004.
 14. *Neapolitan R., Jiang X.* Artificial Intelligence: With an Introduction to Machine Learning. — Chapman & Hall/CRC, 2018.
 15. *Nilsson N.* Artificial Intelligence: A New Synthesis. — Morgan Kaufmann, 1998.
 16. Predicting justice: what if algorithms entered the courthouse? // URL: <http://theconversation.com/predicting-justice-what-if-algorithms-entered-the-courthouse-91692> (дата обращения: 24.04.2018).
 17. Predictive Justice — IA and the legal sector Colloquium organized by the Vlaamse Balie Brussels, Oct. 17. 2018 // URL: <http://www.legaltechcongres2018.be/wp-content/uploads/2018/10/C-Y-Poulet-Predictive-Justice—IA-and-the-legal-sector.pdf> (дата обращения: 24.04.2018).
 18. *Queudot M., Meurs M.-J.* Artificial Intelligence and Predictive Justice: Limitations and Perspectives // Recent Trends and Future Technology in Applied Intelligence. — 2018. — January.
 19. *Reisenwitz C.* 5 legal tech entrepreneurs to watch // Capterra. — 2016. — 3 Feb.
 20. *Russell S. J., Norvig P.* Artificial Intelligence: A Modern Approach. — Upper Saddle River, New Jersey, 2009.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND "PREDICTED JUSTICE": FOREIGN EXPERIENCE

Pavel N. Biryukov, Dr. of Sci. (Law), Professor, Head of the Department of International and Eurasian Law of Voronezh State University
birukovpn@yandex.ru
394018, Russia, Voronezh, ploshchad Lenina, d. 10A, korp. 9

Abstract. *The paper deals with the problems of application of artificial intelligence (AI) in the field of justice. Present day environment facilitates the use of AI in law. Technology has entered the market. As a result, "predicted justice" has become possible. Once an overview of the possible future process is obtained, it is easier for the professional to complete the task-interpretation and final decision-making (negotiations, litigation). It will take a lot of work to bring AI up to this standard. Legal information should be structured to make it not only readable, but also effective for decision-making. "Predicted justice" can help both the parties to the case and the judges in structuring information, and students and teachers seeking relevant information. The development of information technology has led to increased opportunities for "predicted justice" programs. They take advantage of new digital tools. The focus is on two advantages of the programs: a) improving the quality of services provided; b) simultaneously monitoring the operational costs of the justice system. "Predicted justice" provides algorithms for analyzing a huge number of situations in a short time, allowing you to predict the outcome of a dispute or at least*

assess the chances of success. It helps: choose the right way of defense, the most suitable arguments, estimate the expected amount of compensation, etc. Thus, it is not about justice itself, but only about analytical tools that would make it possible to predict future decisions in disputes similar to those that have been analyzed.

Keywords: artificial intelligence, "predicted justice", "smart contracts", Council of Europe, EU, USA, France.

REFERENCES

1. Barr, A., & Feigenbaum, E.A. (1981). *The Handbook of artificial intelligence*. 1.
2. US Senate Joint Economic Committee. (n.d.). *Chapter 9: Building a Secure Future, One blockchain at a time*. Retrieved from: https://www.jec.senate.gov/public/_cache/files/aaac3a69-e9fb-45b6-be9f-b1fd96dd738b/chapter-9-building-a-secure-future-one-blockchain-at-a-time.pdf (accessed 24.04.2018).
3. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe. (n.d.). Retrieved from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence> (accessed 24.04.2018).
4. Goodman, B., & Harder, J. (n.d.). Four areas of legal ripe for disruption by smart startups. *ABA Journal*. (12). Retrieved from <https://www.lawtechnologytoday.org/2014/12/smart-startups> (accessed 24.04.2018).
5. Henry, P., & Hofstrossler, P. (2018, February 25). L'avenir de la profession d'avocats. Report.
6. Hutter, M. (2005). *Universal Artificial Intelligence*. Berlin: Springer.
7. Jackson, P. (1985). *Introduction to Artificial Intelligence*. Dover.
8. Kaplan A., & Haenlein, M. *Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence*. Retrieved from <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0007681318301393> 24.04.2018).
9. Kaulartz, M. (2016, March 16). Von der zum Blockchain Smart Contract. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. P. 16.
10. Kaulartz, M., & Heckmann, J. (2016). Smart Contracts — the Blockchain der Anwendungen-Technologie. *Computer und Recht*. 32(9). DOI: 10.9785/cr-2016-0923.
11. Keppenne, R. (2016, May 23) Legal Tech and other smart contracts: what future for legal automation? *ParisTech Abstract*.
12. Legal Tech Market Map: 50 Startups Disrupting. Retrieved from <https://www.cbinsights.com/research/legal-tech-market-map-company-list> 24.04.2018).
13. Luger, G., & Stubblefield, W. *Artificial Intelligence: Structures and Strategies for Complex Problem Solving*. Benjamin/Cummings, 2004.
14. Neapolitan, R., & Jiang, X. (2018) *Artificial Intelligence: With an Introduction to Machine Learning*. Chapman & Hall/CRC.
15. Nilsson, N. (1998). *Artificial Intelligence: A New Synthesis*. Morgan Kaufmann.
16. *Predicting justice: what if algorithms entered the courthouse?* (n.d.). Retrieved from <http://theconversation.com/predicting-justice-what-if-algorithms-entered-the-courthouse-91692> (accessed 24.04.2018).
17. *Predictive Justice — IA and the legal sector Colloquium organized by the Vlaamse Balie Brussels*. (2018, October 17). Retrieved from <http://www.legaltechcongres2018.be/wp-content/uploads/2018/10/C-Y-Pouillet-Predictive-Justice—IA-and-the-legal-sector.pdf> (accessed 24.04.2018).
18. Queudot, M., & Meurs, M.-J. (2018, January). Artificial Intelligence and Predictive Justice: Limitations and Perspectives. *Recent Trends and Future Technology in Applied Intelligence*.
19. Reisenwitz, C. (2016, February 3). 5 legal tech entrepreneurs to watch. *Capterra*.
20. Russell, S.J., & Norvig, P. (2009). *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Upper Saddle River, New Jersey.

Н. Н. Викторова*

Эволюция правового понятия «иностранная инвестиция» в условиях сетевого общества¹

Аннотация. В статье исследованы проблемы определения понятия «инвестиция» в многосторонних и двусторонних инвестиционных договорах. Автор показывает, как менялся подход к определению понятия «инвестиция» в международных инвестиционных соглашениях с течением времени, чем отличается это понятие в современных соглашениях от тех, которые закреплены в соглашениях, заключенных свыше десяти лет тому назад. Отмечается, что сегодня можно говорить о тенденции широкого определения понятия инвестиции в международных договорах, то есть под инвестициями понимаются любые виды имущественных ценностей и далее конкретизируется, что к ним относится.

Международные договоры о защите и поощрении инвестиций относят к инвестициям также право на осуществление предпринимательской деятельности. Получается, что инвестиционные споры могут возникнуть из обычной коммерческой деятельности, например из договора купли-продажи. Однако есть документы, которые не относят к инвестициям денежные требования, возникшие из коммерческих контрактов, например, Модельный двусторонний инвестиционный договор Сообщества развития стран Южной Африки 2012 г.

Как правило, соглашения о защите инвестиций не выделяют прямые и портфельные инвестиции. Поэтому портфельные инвестиции также пользуются защитой этих инвестиционных договоров. Однако в некоторых международных инвестиционных соглашениях, которые заключаются в настоящее время, указано, что из их сферы действия исключаются портфельные инвестиции, как, например, в Модельном двустороннем инвестиционном договоре Сообщества развития стран Южной Африки.

В литературе выделяют три подхода к квалификации иностранных арбитражных решений как иностранной инвестиции. В соответствии с одним из них арбитражное решение является инвестицией, т.к. оно составляет часть всей деятельности инвестора. Некоторые современные международные инвестиционные соглашения содержат положения, в соответствии с которыми арбитражные, судебные решения не являются инвестициями.

Ключевые слова: сетевое общество, иностранные инвестиции, прямые инвестиции, портфельные инвестиции, капиталовложения, двусторонние соглашения о защите и поощрении инвестиций.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.088-095

Что такое инвестиции? Этот вопрос был в центре многочисленных споров между инвесторами и государствами на протяжении нескольких десятков лет. В доктрине нет единого определения понятия «иностранная инвестиция». Его отсутствие можно объяснить тем, что

¹ Статья подготовлена с использованием СПС «ГАРАНТ» и «КонсультантПлюс».

© Викторова Н. Н., 2019

* Викторова Наталья Николаевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

nnaviktorova@msal.ru

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

«иностранная инвестиция» — сложная категория, поэтому непросто выработать полное определение этого правового понятия².

А. Г. Богатырев дает следующее определение: «иностранные инвестиции являются иностранным капиталом — собственностью в различных видах и формах, вывезенным из одного государства и вложенным в предприятие (или дело) на территории другого государства»³.

По мнению профессора М. Сорнараджи, иностранные инвестиции включают передачу материальных или нематериальных активов из одной страны в другую с целью их использования в этой стране для создания материальных ценностей под полным или частичным контролем владельца активов⁴.

Широкое определение иностранных инвестиций содержится в двусторонних соглашениях о поощрении и взаимной защите инвестиций: это «любые виды имущественных ценностей, вложенных инвестором одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с законодательством последней Договаривающейся Стороны». Далее идет перечисление видов имущественных ценностей, относимых к инвестициям⁵.

Таким образом, в настоящее время можно говорить о тенденции широкого определения понятия «инвестиции» в международных договорах⁶.

Процесс иностранного инвестирования в Европе стал зарождаться в Средние века⁷. Современные отечественные исследователи датируют появление иностранного капитала в России 1769 годом, когда Екатерина II произвела первый заем в Голландии. Однако дореволюционные исследователи определяли более раннюю дату начала проникновения иностранных ка-

питалов в Россию — XVI в. Этот период считают в науке началом формирования правового регулирования иностранной инвестиционной деятельности⁸. В работах ученых того времени используется термин «иностраный капитал», однако в работах некоторых советских ученых в 30-х гг. XX в. встречается уже термин «иностранная инвестиция». Так, в книге Л. Я. Эвентова «Иностранные капиталы в русской промышленности» времен заката нэпа автор использовал термин «иностранные инвестиции» наряду с понятием «иностраный капитал»⁹.

Легальное определение понятия «инвестиция» впервые нашло свое закрепление в международных договорах о защите и поощрении капиталовложений, которые стали заключаться в 60-е гг. XX в.

Первым таким документом стал договор между ФРГ и Пакистаном 1959 г.¹⁰ (в настоящее время он утратил силу, в 2009 г. был заключен новый договор между этими государствами). В статье 8 Договора 1959 г. дается определение термина «инвестиция». Это капитал, ввозимый на территорию другой стороны для инвестирования в различных формах в форме активов, таких как иностранная валюта, товары, имущественные права, патенты и знания в области образования. К инвестициям также относятся полученные доходы (и вложенные в такие инвестиции), а также любые партнерства, компании или активы аналогичного типа, созданные в результате использования вышеупомянутых активов.

В современных соглашениях с участием Германии содержится уже более широкий перечень активов, которые относятся к инвестициям. Так, Соглашение между ФРГ и Иорданией от 2009 г. о содействии и взаимной защите капиталовложений¹¹ в ст. 1 под инвестициями понимает, в частности: движимое и недвижимое

² Богатырев А. Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 13.

³ Богатырев А. Г. Указ. соч. С. 12.

⁴ Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. Cambridge University Press, 2007. P. 7.

⁵ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Сингапур о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Сингапур, 27 сентября 2010 г.) // СПС «ГАРАНТ».

⁶ Sornarajah M. Op. cit. P. 15.

⁷ Sornarajah M. Op. cit. Pp. 18—19.

⁸ Курьсь Н. В. Иностранные инвестиции : Российская история (правовое исследование). СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003. С. 13—15.

⁹ См.: Курьсь Н. В. Указ. соч. С. 10.

¹⁰ URL: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1387> (дата обращения: 17.04.2019).

¹¹ Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (with protocol and exchange of notes) // URL: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1347> (дата обращения: 17.04.2019).

имущество, акции в компаниях, денежные требования, права на объекты интеллектуальной собственности, бизнес-концессии и др.

С давних времен значение инвестиций в международном праве ограничивалось прямыми иностранными инвестициями. Эволюция международного инвестиционного права была пронизана идеей, согласно которой ответственность государства возникает, если государство нарушает минимальный стандарт в отношении иностранного инвестора. Этот стандарт распространялся на физическую собственность¹². На ранних этапах своего развития международное инвестиционное право предусматривало обязанность государства защитить иностранного инвестора, его материальную собственность и устанавливало ответственность за нарушение этого обязательства¹³.

Постепенно термин «инвестиция» стал охватывать нематериальные активы. Сначала это были права, вытекающие из контрактов, при выполнении которых иностранный инвестор ввозил в страну, принимающую инвестиции, свои материальные активы, например станки, оборудование. Впоследствии в эту категорию стали включать права, связанные с владением имуществом, такие как аренда, ипотека и залог; потом — акции в корпорациях, учрежденных иностранными инвесторами; права на объекты интеллектуальной собственности¹⁴.

Таким образом, наблюдается тенденция расширения понятия «инвестиция» в международных инвестиционных соглашениях, в том числе и в соглашениях с участием Российской Федерации.

Следует иметь в виду, что практически во всех инвестиционных соглашениях с участием Российской Федерации используется термин «капиталовложение», а не «инвестиция», и только в нескольких соглашениях употребляется термин «инвестиция». По мнению профессора И. В. Зенкина, термин «капиталовложение» уже термина «инвестиция», однако различие между этими терминами проводится недостаточно четко, поэтому иногда эти термины воспринимаются как синонимы¹⁵.

Двусторонние инвестиционные соглашения с участием России предусматривают широкое определение понятия «капиталовложения», или «инвестиции». Например, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Сингапур о поощрении и взаимной защите капиталовложений 2010 г.¹⁶ под капиталовложениями понимает «любые виды имущественных ценностей, вложенных инвестором одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с законодательством последней Договаривающейся Стороны». Далее идет перечисление видов имущественных ценностей, относимых к инвестициям. Это «включая, но не исключительно: а) любое движимое и недвижимое имущество и имущественные права; б) любые акции, вклады и другие формы долевого участия в капитале юридических лиц и облигации; в) любые права требования по денежным средствам или по договорам, имеющим экономическую ценность, связанным с капиталовложениями; г) любые исключительные права на объекты интеллектуальной собственности и устойчивые деловые связи; е) любые права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые законодательством последней Договаривающейся Стороны или по договору, в том числе по соглашениям, связанным с разведкой, разработкой, добычей и эксплуатацией природных ресурсов» (ст. 1).

Более узкое определение инвестиции закреплено в Протоколе № 16 «О торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций» к Договору о Евразийском экономическом союзе 2014 г. Под инвестициями понимаются «материальные и нематериальные ценности, вкладываемые инвестором одного государства-члена в объекты предпринимательской деятельности на территории другого государства-члена в соответствии с законодательством последнего, в том числе: денежные средства (деньги), ценные бумаги, иное имущество; права на осуществление предпринимательской деятельности,

¹² *Sornarajah M.* Op. cit. P. 9.

¹³ *Sornarajah M.* Op. cit. P. 10.

¹⁴ *Sornarajah M.* Op. cit. Pp. 10—11.

¹⁵ *Зенкин И. В.* Международное экономическое право : практический курс. М. : Центральный издательский дом, 2006. С. 290.

¹⁶ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Сингапур о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Сингапур, 27 сентября 2010 г.) // СПС «ГАРАНТ».

предоставляемые на основе законодательства государств-членов или по договору, включая, в частности, права на разведку, разработку, добычу и эксплуатацию природных ресурсов; имущественные и иные права, имеющие денежную оценку».

В этом документе ничего не сказано об исключительных правах на объекты интеллектуальной собственности. Но, так как перечень не закрыт, предполагается, что к инвестициям можно отнести исключительные права на объекты интеллектуальной собственности¹⁷.

Международные договоры о защите и поощрении инвестиций относят к инвестициям также право на осуществление предпринимательской деятельности. В литературе по этому поводу была высказана отрицательная позиция. Так, по мнению А. П. Алексеенко, «инвестор не может вкладывать лицензию, которая к тому же не является имущественной ценностью, не может быть объектом гражданских прав. Фактически данный международный акт приравнивает к инвестору любое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность»¹⁸.

Таким образом, под термин «инвестиция», или «капиталовложение», может подпадать обычная коммерческая деятельность, например договор купли-продажи. Следовательно, инвестиционные споры могут возникнуть «из неоплаты счета по поставке любых товаров или услуг». Представляется, что такое расширение понятия «инвестиция» является неоправданным¹⁹. При этом модельный двусторонний инвестиционный договор Сообщества развития стран Южной Африки 2012 г.²⁰ не относит к инвестициям денежные требования, возникшие из коммерческих контрактов.

При определении иностранных инвестиций, которым должна быть предоставлена защита, государство — экспортер капитала использует очевидную стратегию определения

иностранных инвестиций, защищаемых договором, с учетом трех основных проблем. Это, во-первых, защита физического имущества иностранного инвестора; во-вторых, расширение защиты нематериальных прав; и в-третьих, включение в иностранные инвестиции административных прав, необходимых для реализации инвестиционного проекта²¹.

Многие двусторонние и некоторые многосторонние международные соглашения о защите инвестиций содержат широкий неисчерпывающий перечень активов, которые считаются инвестициями. Другие соглашения предусматривают широкий, но закрытый перечень экономической деятельности, которая будет считаться инвестицией. Например, двусторонний инвестиционный договор между Японией и Кореей²².

Известный специалист в области международного инвестиционного права Noah Rubbins в своей работе «Notion of Investment in International Investment Arbitration» предлагает классифицировать международные инвестиционные соглашения на три группы в зависимости от того, как эти соглашения определяют инвестиции:

- 1) соглашения, которые содержат иллюстративный перечень активов (широкое определение инвестиции);
- 2) соглашения, содержащие исчерпывающий перечень (указаны элементы, которые не могут считаться инвестициями);
- 3) соглашения, включающие «гибридный перечень» (определяют инвестиции и включают неисчерпывающий перечень форм, в которых могут осуществляться инвестиции).

В соглашениях о защите инвестиций, которые были приняты в последнее время, указываются характеристики, которым должны соответствовать инвестиции. Это предоставление капитала или других ресурсов, определенная продолжительность инвестиционного проекта, ожидание

¹⁷ Договор о Евразийском экономическом союзе 2014 г. Протокол № 16 «О торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций» (ред. от 15.03.2018) // URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 16.01.2015 (дата обращения: 18.04.2019).

¹⁸ Алексеенко А. П. Правовое регулирование отношений в сфере прямых иностранных инвестиций в Российской Федерации и Китайской Народной Республике: сравнительно-правовой аспект. М. : Проспект, 2018. С. 16.

¹⁹ Зенкин И. В. Указ. соч. С. 295.

²⁰ SADC Model Bilateral Investment Treaty Template // URL: <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> (дата обращения: 18.04.2019).

²¹ Sornarajah M. Op. cit. P. 15.

²² Sornarajah M. Op. cit. P. 15.

дохода или прибыли, риск, вклад в развитие страны, принимающей инвестиции²³.

Сходные характеристики инвестиции предусмотрены и в типовом соглашении Нидерландов²⁴. Согласно п. «а» ст. 1 под инвестицией понимается любой вид актива, который обладает характеристиками инвестиции, включая определенную продолжительность, вложение капитала или других ресурсов, ожидание прибыли, риск. Далее указаны формы, в которых могут осуществляться инвестиции: движимое и недвижимое имущество, акции, облигации, денежные требования, права в сфере интеллектуальной собственности, права из контрактов по разработке и добыче полезных ископаемых и др.

Эти характеристики напоминают критерии инвестиции, предложенные К. Шройером в его комментарии к Вашингтонской конвенции 1965 г.: ограниченный срок инвестиционного проекта, регулярность получения прибыли, значительность вложения, наличие риска, важность для экономики развития страны²⁵. Как известно, эти признаки впоследствии были использованы арбитрами при разрешении некоторых инвестиционных споров. Применение этих характеристик известно в доктрине как «тест Салини».

Китайские ученые высказали мнение, что «характерными признаками инвестиций служат цель их вложения (получение прибыли в количестве большем, чем вложено благ) и их рискованный характер»²⁶.

Возникает важный практический вопрос: подпадают ли под защиту международных договоров только прямые инвестиции, можно ли использовать международно-правовые меха-

низмы для защиты портфельных инвестиций? В доктрине под портфельными инвестициями обычно понимают вложение денежных средств с целью покупки акций в компании, созданные или действующие в другой стране²⁷. Портфельные инвестиции предполагают вложение «в ценные бумаги с целью получить или увеличить доходы в форме процентов, дивидендов или разницы биржевых котировок, но они не предоставляют возможности контроля»²⁸. Осуществляя портфельные инвестиции, «инвестор не имеет влияния на ход дел предприятий: он приобрел активы в форме ценных бумаг для извлечения прибыли»²⁹.

Соглашения о защите инвестиций, которые были заключены примерно 10 лет и ранее, не выделяют прямые и портфельные инвестиции. Поэтому портфельные инвестиции также пользуются защитой этих инвестиционных договоров. Например, в деле «RosInvest Co. UK Ltd против России» арбитры признали акции компании «Юкос» инвестициями³⁰.

Некоторые международные инвестиционные соглашения, которые заключаются в настоящее время, исключают портфельные инвестиции из своей сферы действия. Например, Модельный двусторонний инвестиционный договор Сообщества развития стран Южной Африки³¹ не предоставляет защиту портфельным инвестициям, под которыми он понимает инвестиции, составляющие менее 10 % доли участия в компании или иным образом не обеспечивающие портфельному инвестору возможность осуществлять эффективное управление или оказывать влияние на управление инвестицией³². Не распространяют свою защиту на портфельные инвестиции и двустороннее со-

²³ Treaty Between the Republic of Belarus and the Republic of India on Investments // URL: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5724> (дата обращения: 17.04.2019).

²⁴ Netherlands draft model BIT // URL: https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/820bcdd9-08b5-4bb5-a81e-d69e6c6735ce/Draft-Model-BIT-NL-2018.pdf (дата обращения: 17.04.2019).

²⁵ Schreuer Ch. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge, 2009. Pp. 128—129.

²⁶ Алексеенко А. П. Указ. соч. С. 13—14.

²⁷ Sornarajah M. Op. cit. P. 7.

²⁸ Вознесенская Н. Н. Иностранные инвестиции : Россия и мировой опыт (сравнительно-правовой комментарий). М. : Контракт, Инфра-М, 2001. С. 55.

²⁹ Вознесенская Н. Н. Указ. соч. С. 55.

³⁰ Rosinvest Co UK Ltd. v. the Russian Federation. Final Award // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf> (дата обращения: 18.04.2019).

³¹ SADC (Southern African Development Community).

³² SADC Model Bilateral Investment Treaty Template // URL: <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> (дата обращения: 18.04.2019).

глашение о защите инвестиций между Марокко и Нигерией³³, типовой договор Индии и др.

Иностранные инвесторы при заключении контрактов со своими контрагентами часто включают в них арбитражные оговорки. Если вынесено арбитражное решение в пользу иностранного лица, нужно еще добиться его исполнения на территории иностранного государства. Государственные суды могут отказать в признании и исполнении этого решения. Как показывает практика, иностранные лица пытаются признать «такие действия судов экспроприацией или отказом в правосудии, ссылаясь на двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений и инвестиций государства. При этом инвесторы доказывают, что иностранное арбитражное решение также представляет собой инвестицию, поскольку защищает права инвестора по соответствующему договору»³⁴.

В литературе выделяют три подхода к квалификации иностранных арбитражных решений как иностранной инвестиции. В соответствии с первым подходом арбитражное решение является инвестицией, т.к. оно составляет часть всей деятельности инвестора. Согласно второму

подходу арбитражное решение является «кристаллизацией, трансформацией, продолжением прав инвестора по инвестиционному договору». В соответствии с третьим подходом арбитражное решение не является инвестицией³⁵.

Некоторые новые международные инвестиционные соглашения содержат положения, в соответствии с которыми арбитражные, судебные решения не являются инвестициями. Например, Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Республики Сингапур о поощрении и взаимной защите инвестиций³⁶.

Принимая во внимание вышеизложенное, можно сделать следующие выводы. Сегодня, в условиях сетевого общества³⁷, наблюдается тенденция широко трактовать инвестиции в международных инвестиционных договорах. Современные инвестиционные соглашения учитывают интересы не только инвесторов, как это было ранее, но и интересы государств, принимающих инвестиции. Это, в частности, выражается в широком подходе к определению понятия «инвестиции», в невозможности относить к инвестициям портфельные инвестиции и арбитражные решения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев А. П.* Правовое регулирование отношений в сфере прямых иностранных инвестиций в Российской Федерации и Китайской Народной Республике: сравнительно-правовой аспект. — М.: Проспект, 2018.
2. *Богатырев А. Г.* Инвестиционное право. — М., 1992.
3. *Вознесенская Н. Н.* Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (сравнительно-правовой комментарий). — М.: Контракт, Инфра-М, 2001.
4. *Зенкин И. В.* Международное экономическое право: практический курс. — М.: Центральный издательский дом, 2006.
5. *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество и культура. — М., 2000.
6. *Кастельс М.* Власть коммуникации. — М., 2016.

³³ Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria // URL: <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA/country/142/treaty/3711> (дата обращения: 16.04.2019).

³⁴ *Фатеева О.* Международный арбитраж вынес решение в пользу инвестора. Как признать его инвестицией // Арбитражная практика для юристов. 2018. № 2. URL: https://e.arbitr-praktika.ru/article.aspx?aid=620409&utm_medium=refer&utm_source=www.arbitr-praktika.ru&utm_campaign=refer_www.arbitr-praktika.ru_link_glavredap (дата обращения: 10.04.2019).

³⁵ *Фатеева О.* Указ. соч.

³⁶ Agreement between the Government of the Republic of Kazakhstan and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Mutual Protection of Investments // URL: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5700> (дата обращения: 14.04.2019).

³⁷ О сетевом обществе см.: *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество и культура. М., 2000; *Он же.* Власть коммуникации. М., 2016.

7. Курьсь Н. В. Иностранные инвестиции: российская история (правовое исследование). — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003.
8. Фатеева О. Международный арбитраж вынес решение в пользу инвестора. Как признать его инвестицией // Арбитражная практика для юристов. — 2018. — № 2.
9. Schreuer Ch. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A. The ICSID Convention: A Commentary. — Cambridge, 2009.
10. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. — Cambridge University Press, 2007.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

EVOLUTION OF THE LEGAL CONCEPT OF "FOREIGN INVESTMENT" IN A NETWORK SOCIETY³⁸

Natalia N. Viktorova, Cand. of Sci. (Law), Docent, Associate Professor of the Department of International Private Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
nrviktorova@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper deals with the problems of definition of the concept "investment" in multilateral and bilateral investment treaties. The author shows how the approach to the definition of "investment" in international investment agreements has changed over time, how this concept differs in modern agreements from those enshrined in agreements concluded more than ten years ago. It is noted that today we can talk about the trend of a broad definition of the concept of investment in international treaties, that is, investments are understood as any kind of property values; further the author specifies what applies to them.*

International treaties on the protection and promotion of investment also include the right to engage in business activities. It turns out that investment disputes can arise from ordinary commercial activities, for example from a contract of sale. However, there are documents that do not include monetary claims arising from commercial contracts, such as the 2012 model bilateral investment Treaty of the South African development Community. Generally, investment protection agreements do not distinguish between direct and portfolio investments. Therefore, portfolio investments also enjoy the protection of these investment treaties. However, some of the international investment agreements that are currently being concluded specify that portfolio investments are excluded from their scope, such as the Model bilateral investment Treaty of the South African Development Community.

In the literature there are three approaches to the qualification of foreign arbitral awards as a foreign investment. According to one of them, the award is an investment, because it is part of the entire activity of the investor. Some modern international investment agreements contain provisions according to which arbitration, judicial decisions are not investments.

Keywords: *network society, foreign investment, direct investment, portfolio investment, capital investment, bilateral investment protection and promotion agreements.*

REFERENCES

1. Alekseenko, A.P. (2018). *Pravovoe regulirovanie otnosheniy v sfere pryamykh inostrannykh investitsiy v Rossiyskoy Federatsii i Kitayskoy Narodnoy Respublike: sravnitel'no-pravovoy aspekt* [Legal regulation of relations in the sphere of direct foreign investments in the Russian Federation and the people's Republic of China: comparative legal aspect]. Moscow: Prospekt Publ.
2. Bogatyrev, A.G. (1992). *Investitsionnoe pravo* [Investment law]. Moscow.
3. Voznesenskaya, N.N. (2001). *Inostrannye investitsii: Rossiya i mirovoy opyt (sravnitel'no-pravovoy kommentariy)* [Foreign investments: Russia and world experience (comparative legal commentary)]. Moscow: Kontrakt, Infra-M Publ.

³⁸ The paper was prepared using computer-based legal reference systems "Garant" and "ConsultantPlus".

4. Zenkin, I.V. (2006) *Mezhdunarodnoe ekonomicheskoe pravo: prakticheskiy kurs* [International economic law: practical course]. Moscow: Tsentralnyy izdatelskiy dom.
5. Castels, M. (2000). *Informatsionnaya epokha: ekonomika, obshchestvo i kultura* [The Information age: economy, society and culture]. Moscow.
6. Castels, M. (2016). *Vlast kommunikatsii* [The power of communication]. Moscow.
7. Kurys, N.V. (2003). *Inostrannye investitsii: rossiyskaya istoriya (pravovoe issledovanie)* [Foreign investment: Russian history (legal research)]. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr-press.
8. Fateeva, O. (2018). Mezhdunarodnyy arbitrazh vynes reshenie v polzu investora. Kak priznat ego investitsiyey [International arbitration ruled in favor of the investor. How to recognize it as an investment]. *Arbitrazhnaya praktika dlya yuristov* [Arbitration practice for lawyers]. (2).
9. Schreuer, Ch.H., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge.
10. Sornarajah, M. (2007). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.

Л. В. Терентьева*

Основания установления международной судебной юрисдикции применительно к трансграничным потребительским спорам в цифровую эпоху¹

Аннотация. В статье исследуются вопросы установления международной судебной юрисдикции применительно к трансграничным потребительским спорам в условиях цифровой среды. В этих целях автором проводится сравнительный анализ закрепленного в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ основания установления судебной юрисдикции в виде «распространения рекламы в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет”, направленной на привлечение внимания потребителей», и критерия «направленной деятельности профессиональной стороны на территорию страны места жительства потребителя», предусмотренного в праве ЕС.

В статье сформулированы предложения по толкованию основания юрисдикции российского суда — «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет”, направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ», которое должно обуславливать применение защитных юрисдикционных механизмов как в отношении потребителя от применения неблагоприятной судебной юрисдикции того или иного государства, так и в отношении предпринимателя, располагающего возможностью разумного предвидения установления судебной юрисдикции потребителя.

Ключевые слова: международная судебная юрисдикция, информационно-коммуникационное пространство, Интернет, потребители, трансграничные потребительские споры, направленная деятельность, национальная доменная зона, распространение рекламы, коллизионное регулирование, профессиональная сторона.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.096-107

В условиях осуществления профессиональной стороной коммерческой активности в стране места жительства потребителя законы многих стран предоставляют потребителю дополнительные механизмы защиты в виде более благоприятного для потребителя колли-

зионного регулирования, а также применения специальных правил, гарантирующих удобную для потребителя судебную юрисдикцию рассмотрения потребительских споров². Применение подобных механизмов защиты предусмотрено и в российском праве. Так, в ст. 1212

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках проекта № 18-29-16061.

² В рамках международного гражданского процесса не сложилось единой терминологии, которая обозначает разграничение ведения правоприменительных органов различных государств по рассмотрению трансграничных гражданско-правовых споров. В доктрине используются такие понятия, как «международная юрисдикция», «международная компетенция», «международная подсудность»,

© Терентьева Л. В., 2019

* Терентьева Людмила Вячеславовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

terentevamila@mail.ru

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

ГК РФ воспроизведен достаточно сложный коллизионный механизм защиты в отношении потребителя, который применяется при наличии *двухфакторной совокупности условий*. Двухфакторная совокупность условий заключается в осуществлении профессиональной стороной деятельности в стране места жительства потребителя или направлении деятельности на страну места жительства потребителя, а также связи потребительского договора с деятельностью профессиональной стороны. Следует отметить, что указанная модель защиты потребителей была впервые предусмотрена в Регламенте Совета Европейского Союза № 44/2001 от 2000 г. «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским и коммерческим делам» (Регламент 2000 г. отменен, в настоящий момент действует новый Регламент Европейского парламента и Совета Европейского Союза № 1215/2012 от 12 декабря 2012 г. «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам»³ (далее — Регламент «Брюссель I bis»)), которая впоследствии была также отражена и в Регламенте Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 17 июня 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам»⁴ (далее — Регламент «Рим I»). В европейском праве двухфакторная совокупность условий обуславливает защиту прав потребителя в двух плоскостях — юрисдикционной и коллизионной. В юрисдикционной плоскости права потребителя защищены тем, что судебное производство в отношении потребительского спора должно иметь место в суде государства места жительства потреби-

теля. В сфере коллизионного регулирования потребительских отношений предусмотрено применение права страны места жительства потребителя при отсутствии соглашения сторон о применимом праве или же при наличии соглашения сторон о применимом праве, применение императивных норм права, которое при отсутствии выбора подлежало бы применению к соответствующим потребительским отношениям. Российское право воспроизводит указанную двухфакторную совокупность условий только в сфере коллизионного регулирования (ст. 1212 ГК РФ) как в случае отсутствия выбора сторонами потребительского отношения применимого права, так и в случае наличия соглашения о применимом праве. В первом случае защита потребителя проявляется в применении права страны места жительства потребителя при наличии вышеуказанной двухфакторной совокупности условий. Во втором случае, при наличии выбранного сторонами потребительского соглашения подлежащего применению права, защита потребителя проявляется в невозможности отступления от императивных норм страны места жительства потребителя (п. 1 ст. 1212 ГК РФ), если двухфакторная совокупность условий имеет место, или же в невозможности отступления от императивных норм объективного договорного статута (п. 4 ст. 1212 ГК РФ), если двухфакторная совокупность условий себя не проявляет.

Следует отметить, что двухфакторная совокупность условий выполняет защитные функции не только в отношении прав не искушенного в переговорных процессах потребителя, традиционно воспринимаемого в качестве слабой стороны договора, но и в отношении

«международная процессуальная юрисдикция». Автор настоящей статьи полагает, что для обозначения компетенции судебных и иных правоприменительных органов по рассмотрению частноправовых дел, осложненных иностранным элементом, более точным является понятие «международная судебная юрисдикция». Использование в указанном понятии термина «юрисдикция» обнаруживает определенную преемственность с понятием «юрисдикция государства», которое в большинстве доктринальных определений фактически отождествляется с государственной властью, реализуемой в законодательной, судебной и исполнительной сферах (Л. Н. Галенская, А. Р. Каюмова). Термин «международная судебная юрисдикция» в большей степени отображает вопрос реализации властных полномочий государства в судебной сфере, в рамках которых также определяется подчиненность дела, содержащего иностранный элемент, юрисдикции (судебной компетенции) того или иного государства.

³ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF> (дата обращения: 16.06.2019).

⁴ Регламент Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» // СПС «ГАРАНТ».

интересов предпринимателя. Так, факт осуществления деятельности в стране места жительства потребителя или направления деятельности предпринимателя на страну места жительства потребителя будет свидетельствовать о целенаправленном ориентировании профессиональной стороны на рынок потребителя и, соответственно, обозначать субъективное предвидение предпринимателем возможностей применения как юрисдикционных, так и коллизионных механизмов защиты потребителя, предусмотренных правом страны потребителя. Равным образом, если предприниматель не осуществляет деятельности в стране места жительства потребителя или направления деятельности на страну места жительства потребителя, то вышеуказанные защитные коллизионные и юрисдикционные механизмы не будут применяться. В условиях цифровой экономики понимание направленной деятельности нуждается в дополнительной конкретизации, а именно, будет ли простой доступ иностранных потребителей к онлайн-ресурсам и электронным торговым площадкам свидетельствовать о направленной на потребителей деятельности предпринимателя. Статья 1212 ГК РФ использует термин «направленная деятельность», но не раскрывает его содержания. Впервые уточнение содержательных аспектов данного понятия имело место в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами РФ»⁵ (далее — Постановление Пленума ВС РФ № 24). В пункте 45 данного Постановления указано, что профессиональная сторона считается направляющей свою деятельность на территорию страны места жительства потребителя, в частности, в том случае, когда она поддерживает в сети «Интернет» сайт, содержание которого свидетельствует о его ориентации на потребителей из соответствующей страны. К квалифицирующим признакам ориентирования сайта в сети «Интернет» на российских потребителей в Постановлении Пленума ВС РФ

№ 24 названо использование на сайте среди прочих русского языка, указание цен в российских рублях, а также контактных телефонов с российскими кодами. Перечень не является исчерпывающим, поскольку суду предлагается также оценить и иные аналогичные доказательства (например, владелец сайта заказывал услуги, направленные на повышение цитируемости его сайта у российских пользователей сети «Интернет»). При этом в Постановлении Пленума ВС РФ № 24 отмечено, что достаточно соблюдения одного из указанных условий для применения судом по своей инициативе защиты прав потребителя, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя.

Представляется любопытным, что подобное толкование «направленной деятельности» не вполне совпадает с толкованием указанного критерия в рамках европейского подхода. Хотя понятие «направленной деятельности», являющееся основанием предоставления потребителю защитной юрисдикции и специального коллизионного регулирования, не раскрывается ни в Регламенте «Брюссель I bis», ни в Регламенте «Рим I», уточнение его содержания имело место в предложении Европейского парламента 1999 г.⁶ и в совместном заявлении Совета и Комиссии в отношении применения ст. 15 Регламента (ЕС) № 44/2001 (ст. 17 в редакции от 12 декабря 2012 г.)⁷. В указанных документах было отмечено, что факт доступности интернет-сайта потребителю не считается достаточным для применения данной статьи. Кроме того, в последнем документе подчеркивается необходимость принятия во внимание, что, во-первых, такой интернет-сайт должен способствовать заключению дистанционных договоров и, во-вторых, договор должен быть заключен дистанционно с помощью любых средств связи. В предложении Европейского парламента 1999 г. отмечено, что факт осведомленности потребителя об услуге или о возможности покупки товара через пассивный веб-сайт⁸, до-

⁵ URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/28079/> (дата обращения: 11.09.2019).

⁶ European Parliament, Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Presented by the Commission), COM (1999) 348 final 99/0154 (CNS).

⁷ European Commission, Justice and Home Affairs DG Statement on Articles 15 and 73 // URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf (дата обращения: 03.09.2019).

⁸ Использование в рамках европейского подхода концепции деления сайтов на категории «пассивные» и «интерактивные» в отношении потребительских споров в определенной степени воспроизводит концепцию, закрепленную в судебной практике США, где целенаправленно ориентированная деятель-

ступный в стране проживания потребителя, не должен предоставлять ему защитной юрисдикции⁹. Впоследствии концепция целенаправленно ориентированной деятельности была детализирована в судебных делах Peter Pammer v. Reederei Karl Schluter GmbH & Co KG (C-585/08) и Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09), рассмотренных Европейским Судом 07.12.2010¹⁰.

В первом деле гражданин Австрии Паммер забронировал через веб-сайт немецкой компании Karl Schlütter GmbH & Co. KG круиз на морском судне из Италии на Дальний Восток. На сайте было представлено описание удобств морского судна в виде наличия системы вентиляции, открытого бассейна, фитнес-зала, рабочего телевизора и т.п. В первый день предполагаемой поездки при обнаружении отсутствия данных удобств Паммер отказался от поездки, и перевозчик возместил только часть от общей суммы, заплаченной за поездку. Поскольку суд Австрии не признал свою юрисдикцию в отношении данного дела, Паммер обратился в Верховный суд Австрии, который впоследствии передал его в Европейский Суд. Во втором деле проживающий в Германии ответчик — гражданин Хеллер — зарезервировал через австрийский веб-сайт несколько номеров расположенного в Австрии отеля Alpenhof. По мнению Хеллера, предоставленные услуги не соответствовали описанным на сайте, счет за предоставленные услуги не был оплачен. Юрисдикция австрийского суда, куда с иском обратился отель Alpenhof, оспаривалась Хеллером ввиду того, что к нему как к потребителю иск

может быть предъявлен только в судах его места жительства — Германии. Европейский Суд объединил два вышеуказанных дела — Pammer и Alpenhof — и поставил вопрос: является ли факт заключения договора с потребителем в сети Интернет достаточным основанием для обоснования вывода о том, что деятельность «направлена» в значении пункта п. 1(с) ст. 15 (в текущей редакции п. 1(с) ст. 17 Регламента «Брюссель I bis»)?

При рассмотрении данных дел судом были выработаны содержательные характеристики критерия «направленной деятельности» профессиональной стороны на страну места жительства потребителя, к которым Европейский Суд отнес, в частности: ориентирование профессиональной стороны на заключение трансграничных потребительских контрактов; использование доменного имени верхнего уровня, отличного от национального домена соответствующего государства места нахождения профессиональной стороны; демонстрацию наличия клиентов-потребителей, проживающих в иностранных государствах; обозначение маршрута к месту нахождения профессиональной стороны с территории других государств; возможность использования языка или валюты, отличных от используемых в государстве места нахождения профессиональной стороны, с возможностью осуществления и подтверждения бронирования на другом языке; указание телефонных номеров с международным кодом; наличие расходов на поисковую систему ссылок (например, Google) в целях облегчения доступа к сайту профессиональной стороны или

ность в Интернете определяется посредством установления скользящей шкалы для квалификации интернет-сайтов на три категории: активные, пассивные и интерактивные. Впервые данная скользящая шкала, позволяющая определить «характер и природу коммерческой деятельности, которую субъект осуществляет через Интернет», была использовано судом США в деле Zippo Manufacturing Co. против Zippo Dot Com, Inc. Пассивная категория интернет-сайтов ограничивается простым размещением информации в Интернете и не порождает автоматическую юрисдикцию суда любого штата, откуда был осуществлен доступ к данному сайту. К активным веб-сайтам американские суды стали относить сайты, посредством которых осуществляется деятельность и непосредственный информационный контакт владельца сайта с резидентами других штатов или государств (Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F.Supp. 1119, 1121 (W. D. Pa. 1997)).

⁹ В иностранной доктрине было отмечено, что язык сайта и используемая валюта расчетов в ряде случаев могут демонстрировать намерение профессиональной стороны заниматься маркетингом в конкретной стране. Если в данной стране используется весьма специфический язык или валюта, то он может быть принят во внимание при решении вопроса о том, что профессиональная сторона целенаправленно ориентирована на данную страну (см.: Tang Z. S. Consumer contracts and the Internet in EU private international law // Savin A., Trzaskowski J. (ed.) Research Handbook on EU Internet Law. Cheltenham : Edward Elgar, 2014. Pp. 254—284).

¹⁰ Joined cases C-585/08 and C-144/09 Pammer/Alpenhof [2010] ECR I-12527.

его посредника для потребителей, проживающих в других государствах¹¹. При этом было подчеркнуто, что простой доступ к веб-сайту профессиональной стороны, осуществляемый с территории иностранного государства места жительства потребителя, равно как и упоминание адреса электронной почты и других контактных данных или использование языка или валюты, которые являются языком и/или валютой, обычно используемой в государстве места нахождения профессиональной стороны, не являются достаточными.

Указанный перечень не является исчерпывающим, в связи с чем в иностранной доктрине также в качестве дополнительных оснований, свидетельствующих о направленной деятельности, были предложены следующие: информация о способах и цене доставки (например, дополнительные расходы на доставку за границу), ссылки на нормы национального законодательства некоторых государств, размер и местонахождение предприятия (например, вблизи национальной границы) и фактический рекламный контент, который может в равной степени указывать на коммерческие намерения профессиональной стороны направить свою деятельность в сторону государства потребителя¹². Кроме того, иностранными авторами было предложено руководствоваться термином «намеренного (целенаправленного) ориентирования» (*intentional targenting*) профессиональной стороны, который позволяет избежать учета случайных связующих факторов профессиональную сторону и потребителя и, соответственно, способствует свободному выходу предпринимателей на международные электронные торговые площадки¹³.

В этой связи можно отметить, что общим для европейского и российского подходов при оценке критерия «направленной деятельности» является факт ориентирования содержания интернет-сайта на потребителей, но, в отличие от российского подхода, в ЕС не будут считаться

достаточными доказательствами данного ориентирования такие обстоятельства, как валюта и язык сайта, которые являются языком и/или валютой, обычно используемыми в государстве места нахождения профессиональной стороны. Исходя же из формулировки п. 45 Постановления Пленума ВС РФ № 24 в РФ, напротив, факт использования на иностранном сайте русского языка, который может являться как официальным или государственным языком (Казахстан, Киргизия, Белоруссия), так и языком межнационального общения (Таджикистан), будет доказательством ориентирования сайта на российских потребителей.

Принимая во внимание негативные последствия широкого толкования направленной деятельности, которые в условиях цифровых реалий могут выразиться как в «эффекте мультиправа» (применение многочисленных коллизионных защитных механизмов, предусмотренных иностранным правом страны места жительства потребителя), так и в «эффекте мультиюрисдикции» (возможность проведения судебного производства в отношении предпринимателя в судах нескольких иностранных государств места жительства потребителя), указанный подход к определению направленной деятельности посредством простого ориентирования сайта на потребителей РФ представляется неоправданно широким и нуждающимся в дополнительной конкретизации. Как представляется, использование русского языка и российской валюты в большей степени относится к дополнительным, факультативным факторам, которые должны быть оценены в совокупности с иными квалифицирующими признаками, свидетельствующими о целенаправленном ориентировании сайта на российских потребителей, как, например, информация на сайте о способах и цене доставки товаров в РФ.

В отличие от европейского права, в рамках которого отмечена необходимость согласованной интерпретации критерия «направленной

¹¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 7 December 2010 (references for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria)) — Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08) and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CA0585> (дата обращения: 10 июня 2019 г.).

¹² *Lazic V. Procedural Justice for «Weaker Parties» in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme // Utrecht Law Review. 2014. Vol. 10 (4). Pp. 100—117 ; Farah Y. Allocation of jurisdiction and the internet // EU law, European Law Review. 2008. Vol. 33. Pp. 257—270 ; Beek M., D'Aubrey M., Garzaniti J. Consumer disputes in a cross border e-commerce context // URL: http://www.ejtn.eu/PageFiles/14777/Written%20paper_Belgium.pdf (дата обращения: 30 августа 2019 г.).*

¹³ *Gillies L. E. Electronic commerce and International Private Law. Ashgate, UK, 2008. P. 1505.*

деятельности» в Регламентах «Рим I» и «Брюссель I bis» (п. 24 Регламента «Рим I»), в России механизм предоставления защитной юрисдикции потребителю выражен в иной конструкции, а именно в виде основания установления юрисдикции российских судов в отношении споров с участием иностранных лиц, если имеет место «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет”, направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ». Указанное основание установления юрисдикции российского суда, введенное в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ в 2015 г., дополнило традиционное правило юрисдикции по месту нахождения имущества ответчика на территории РФ.

Как представляется, конвергированный подход в праве ЕС к толкованию направленной деятельности, как в целях коллизионного регулирования потребительских отношений, так и в целях установления международной судебной юрисдикции, представляется спорным по следующим причинам. Единство цели защиты прав потребителей в коллизионной и юрисдикционной сферах вряд ли может быть достигнуто абсолютно аутентичными средствами, принимая во внимание, что рассмотрение спора в стране места жительства потребителя предоставляет ему гораздо большие гарантии правовой защиты, нежели применение права страны места жительства потребителя или императивных норм права, которое при отсутствии соглашения сторон подлежало бы применению к соответствующим потребительским отношениям. Установление юрисдикции иностранного по отношению к потребителю суда помимо неудобств, связанных с неосведомленностью об особенностях и специфике иностранного процесса, также может влечь для потребителя дополнительные материальные и временные затраты. Даже в случае обоснования юрисдикции суда места жительства потребителя, но при невозможности предоставления защитных коллизионных механизмов потребителю (в силу, например, возможного ориентирования направленной деятельности предпринимателя на страну места жительства потребителя, но при отсутствии доказанности факта заключения договора в результате такой деятельности) применение иностранного права к потребительским отношениям, с учетом

его возможной коррекции отечественными нормами непосредственного применения, для потребителя не может быть столь неблагоприятным, как рассмотрение дела в иностранном суде. Кроме того, неоднозначен вопрос квалификации данных отношений в качестве потребительских, которая будет осуществляться по праву страны соответствующего суда. Так, например, в соответствии со ст. 1 Закона о защите прав потребителей Австрии¹⁴ предусмотрен негативный подход к определению понятия «потребитель», в рамках которого предусматривается, что потребитель не должен иметь статуса предпринимателя, а также осуществлять экономическую деятельность, носящую долгосрочный, организованный, самостоятельный характер. Признак отсутствия профессиональной заинтересованности потребителя предполагает, что даже потенциальная возможность извлечения прибыли сама по себе не является основанием для исключения договора из числа потребительских. Расширительное понимание потребителя, предусмотренное в ст. 1(3) Закона о защите прав потребителей Австрии, позволяет включать в данное определение и физическое лицо, заключающее контракт в начале предпринимательской деятельности. Соответственно, австрийское понимание потребителя является более широким и не совпадает с понятием потребителя, предусмотренным в ст. 17 Регламента «Брюссель I bis», где под потребителем понимается физическое лицо, которое заключает договор для целей, которые не связаны с осуществлением предпринимательской или иной профессиональной деятельности.

Предоставление больших гарантий правовой защиты потребителю в юрисдикционной сфере, как представляется, обуславливает необходимость формулирования дифференцированных подходов к определению «направленной деятельности» в целях решения вопросов о международной судебной юрисдикции и поиска применимого к потребительским отношениям права. В этой связи может показаться оправданным, что в российском праве, в отличие от европейского, использованы различные критерии, обуславливающие применение юрисдикционных и коллизионных механизмов защиты.

Основание установления международной судебной юрисдикции в виде распространения рекламы в информационно-телекомму-

¹⁴ Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140 // URL: <https://www.jusline.at/gesetz/kschg> (дата обращения: 29.06.2019).

никационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ, предусмотренного в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГК РФ, не тождественно критерию «направленной деятельности», хотя и представляет собой достаточно значимую составляющую направленной деятельности предпринимателя. Следует отметить, что если в Регламенте «Брюссель I bis» речь идет о деятельности, направленной на место жительства (домициль) потребителя (п. 1(с) ст. 17), то в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГК РФ говорится обо всех потребителях, находящихся на территории РФ. Таким образом, может быть обоснована юрисдикция российского суда и в отношении иностранного потребителя, временно находящегося на территории РФ, при условии доказанности распространения ответчиком рекламы в сети Интернет, ориентированной на данного потребителя. При этом, в отличие от Регламента «Брюссель I bis», необходимость установления факта последующего заключения договора, связанного с такой профессиональной деятельностью, в российском праве не предусмотрена¹⁵.

В российской судебной практике на сегодняшний день пока еще не выработано конкретизирующих условий проявления основания международной юрисдикции в виде рекламы в сети Интернет, направленной на потребителя, находящегося на территории РФ, как это имеет место в отношении критерия «направленной деятельности», осуществляемой в сети Интернет, в европейском праве. В этой связи можно заключить, что хотя п. 2 ч. 3 ст. 402 ГК РФ и говорит о частном случае направленной деятельности — рекламе, основание международной судебной юрисдикции, предусмотренное в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГК РФ, свидетельствует о его более широком объеме по сравнению с критерием направленной деятельности, с учетом тех уточняющих характеристик, которые даны в ЕС. Так,

буквальное толкование российского юрисдикционного критерия «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет”, направленной на привлечение внимания потребителей», в большей степени обнаруживает его статичные, а не динамичные признаки, поскольку направленность рекламы на сайте ориентирована на оценку характера сайта, а не тех последствий, которые имеют место в результате функционирования данного сайта.

Таким образом, можно заключить, что указанное основание международной судебной юрисдикции можно признать несколько «пропотребительским». Данный факт позволяет усмотреть несоответствие функциональному назначению данного основания международной судебной юрисдикции, а именно обеспечению защитных механизмов как в отношении потребителя от неблагоприятной для него судебной юрисдикции того или иного государства, так и профессиональной стороны, которая, осуществляя бизнес в цифровом пространстве, должна разумно предвидеть возможность установления судебной юрисдикции государства места жительства потребителя. Отсутствие сбалансированного подхода защиты прав и интересов потребителя и профессиональной стороны не способствует созданию благоприятных факторов для развития электронного бизнеса и обеспечению условий равного доступа потребителей и предпринимателей к международным торговым площадкам.

В этой связи при оценке основания «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет”, направленной на привлечение внимания потребителей» было бы целесообразно руководствоваться вышеуказанными концепциями, сформулированными в праве ЕС, в рамках которых считается, что факт доступности контента не является достаточным

¹⁵ Следует отметить, что Европейским Судом в деле *Emrek* было отмечено, что п. 1(с) ст. 17 Регламента «Брюссель I» применяется также, если контракт был заключен не дистанционным способом, а в результате посещения потребителем помещений продавца после предварительных коммуникаций по телефону или Интернету. Европейский Суд постановил, что причинно-следственная связь между направленной деятельностью профессиональной стороны в Интернете и контрактом между продавцом и потребителем не обязательна. В то же время установление причинно-следственной связи будет фактически являться убедительным доказательством, которое может быть принято во внимание национальным судом для определения того, направлена ли деятельность профессиональной стороны на государство-член по месту жительства потребителя. Подобное широкое толкование п. 1(с) ст. 17 Регламента «Брюссель I» позволяет потребителю подать иск в стране его проживания, даже если он заключил контракт с профессиональной стороной за границей не в результате целенаправленно ориентированной деятельности продавца в сети Интернет (CJEU case C-218/12 — *Emrek* ECLI:EU:C:2013:666).

основанием для установления юрисдикции суда места жительства потребителя. В то же время при толковании содержания указанного основания подсудности — рекламы в сети Интернет, направленной на потребителя, находящегося в РФ, — следует воздержаться от предложений безоговорочного учета европейского подхода при разработке норм международной подсудности споров из договоров с участием потребителя¹⁶, в частности деления сайтов на категории интерактивных и пассивных. Так, например, заслуживает поддержки позиция авторов, которые признают не вполне точным подход, в рамках которого защитная юрисдикция предоставляется только в отношении интерактивных сайтов, тогда как пассивные сайты, которые не способствуют заключению дистанционных договоров, не предоставляют потребителю защитной юрисдикции в силу лишь своей доступности потребителю. По мнению авторов, поскольку пассивный веб-сайт, представляющий только рекламные объявления, может инициировать покупателя к заключению договора, а интерактивный или активный сайт не во всех случаях оказывает реальное влияние на решение потребителя о покупке, необходимо руководствоваться оценкой не характера сайта (пассивный, активный, интерактивный), а теми последствиями, которые порождает функционирование данного сайта¹⁷.

Здесь следует отметить, что в российской судебной практике уже имеют место дела, в которых судьи при оценке предусмотренного п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ ориентирования рекламы на потребителя руководствуются не столько характером сайта (интерактивный, пассивный), сколько эффектом, который обуславливает функционирование сайта. Так, в деле, рассмотренном Президиумом Московского городского

суда от 21 августа 2018 г., факт направленной на территорию РФ рекламы в сети Интернет был доказан тем, что в РФ имело место как заключение, так и преимущественное исполнение договора сторонами по сети Интернет (материальный носитель лицензионной компьютерной игры Counter-Strike был приобретен по адресу потребителя; лицензионное соглашение на пользование игрой было акцептовано по адресу потребителя; неисключительные права на личное пользование компьютерной игрой приобретено также по адресу потребителя; использование прав, а именно, запуск программы компьютерной игры, в том числе в сети «Интернет», производилось посредством получения услуг по адресу потребителя)¹⁸.

Представляется обоснованным толкование содержания критерия «направленности рекламы на потребителя» с учетом фактических последствий, производимых функционированием данного сайта, а не только обозначенных намерений профессиональной стороны воздействовать на рынок потребителя. Оценка направленной рекламы на потребителя в сети Интернет должна исходить не из декларативного содержания наполнения сайта, свидетельствующего об ориентировании профессиональной стороны на заключение трансграничных потребительских контрактов, а из «принципа эффекта», выраженного в реальном фактическом взаимодействии потребителя и предпринимателя, которое может также выражаться в факте заключения договора между потребителем и профессиональной стороной в результате такого рода ориентированной рекламы.

При толковании критерия направленной на территорию РФ рекламы следует также учесть выработанный судом Европейского Союза подход, свидетельствующий об ориентировании

¹⁶ Резник Р. С. Международная подсудность споров из договоров с участием потребителя // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 165—173.

¹⁷ Tang Z. S. Op. cit. Pp. 254—284.

¹⁸ Постановление Президиума Московского городского суда от 21 августа 2018 г. по делу № 44 г-0257/2018. Следует отметить, что апелляционная инстанция посчитала, что само по себе физическое нахождение компьютера Ермакова А. Е. на территории Российской Федерации не означает частичное исполнение договора на территории Российской Федерации. Тогда как Президиумом Московского городского суда было отмечено, что неприменение норм Закона РФ «О защите прав потребителей» для регулирования правоотношений, связанных с приобретением контента (аудиовизуальные произведения, музыка, изображения, программы для ЭВМ и иные объекты интеллектуальной собственности) российскими потребителями у продавцов-нерезидентов, в том числе удаленно по сети «Интернет», ущемляет права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, поскольку лишает их возможности защиты своих законных интересов в судах Российской Федерации.

целенаправленной деятельности не столько на конкретное государство, сколько на территории неопределенных государств, т.е. осуществление международной деятельности (намерение профессиональной стороны на заключение трансграничных потребительских контрактов; использование доменного имени верхнего уровня, отличного от национального домена соответствующего государства места нахождения профессиональной стороны; демонстрация клиентуры, состоящей из потребителей, проживающих в различных государствах; обозначение маршрута к месту нахождения профессиональной стороны с территории других государств; и т.п.). Юрисдикция российского суда может быть также установлена, если ответчик осуществляет не адресное направление рекламы на территорию РФ, а ведет деятельность, открытую для заключения международных потребительских контрактов, которая ориентирована не столько специально на РФ, а на РФ в том числе.

При конкретизации основания, предусмотренного в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГК РФ — «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей», А. И. Савельев придерживается широкого подхода, предлагая включать в данное основание распространение рекламы на русском языке и (или) на веб-сайтах рунета¹⁹. Узкий подход имеет место в доктрине при толковании понятия «направленной деятельности», предусмотренного в ст. 1212 ГК РФ, в целях установления специальных коллизионных механизмов защиты потребителей. Так, авторами комментария к Гражданскому кодексу РФ среди прочего предложен такой критерий, как «наличие сайта в сети Интернет в национальной доменной зоне страны места жительства потребителя»²⁰.

Как представляется, подход включения в содержание направленной деятельности факта осуществления деятельности в доменной зоне «.ru», который является доменом верхнего уровня для РФ, в целях предоставления специального коллизионного регулирования способен как необоснованно ограничивать потребителя, так и необоснованно расширять основания предоставления специальных

средств защиты потребителю. Ограничение в средствах защиты может иметь место, если направленная на отечественного потребителя деятельность иностранных предпринимателей осуществляется на сайтах, размещенных в иностранных доменных зонах (.uk, .ua, .kz и т.п.) и в функциональных доменных зонах (.com, .org и т.п.). О расширении средств защиты в сфере коллизионного регулирования может свидетельствовать то, что сам факт размещения в российской доменной зоне не во всех случаях свидетельствует о фактических последствиях, производимых функционированием данного сайта. Как представляется, только лишь обозначенные намерения профессиональной стороны не всегда воздействуют на рынок потребителя. Таким образом, о направленной деятельности профессиональной стороны может свидетельствовать любой интернет-сайт вне зависимости от его принадлежности к национальной или иностранной доменной зоне, если содержание данного сайта направлено на страну потребителя.

Что касается юрисдикционного основания — «распространения рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ», предусмотренного в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГК РФ, то здесь представляется излишним включение в его содержание такого критерия, как размещение рекламы в национальной доменной зоне. Факт размещения рекламы или осуществления той или иной деятельности в национальной доменной зоне должен сам по себе быть самостоятельным критерием установления юрисдикции российских судов, принимая во внимание подход, отраженный в Указе Президента РФ № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности РФ» в 2016 г. Определение информационной инфраструктуры РФ, предусмотренное в данном указе, фактически придало территориальное значение совокупности объектов информатизации, информационных систем, сайтов в сети Интернет и сетей связи. Так, под информационной инфраструктурой РФ понимается совокупность объектов информатизации, ин-

¹⁹ Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М. : Статут, 2016.

²⁰ Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Грачев В. В. [и др.]. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья : учебно-практический комментарий / под ред. д. ю. н., проф. А. П. Сергеева. М. : Проспект, 2016 (автор главы — И. В. Никифоров).

формационных систем, сайтов в сети «Интернет» и сетей связи, расположенных на территории РФ, а также на территориях, находящихся под юрисдикцией РФ или используемых на основании международных договоров РФ. Таким образом, исходя из определения информационной инфраструктуры РФ в отношении национальной доменной зоны верхнего уровня, устанавливается юрисдикция той страны, в отношении которой данная доменная зона закреплена. Распространение юрисдикции РФ в отношении национальной доменной зоны в определенной степени требует и формулирования самостоятельного критерия установления международной судебной юрисдикции. Как представляется, территориальное значение, которое придается факту места нахождения или места жительства ответчика, может также придаваться и информационной инфраструктуре РФ. В этой связи суды РФ должны быть компетентны как при рассмотрении дел с участием иностранных лиц судами РФ, если организация-ответчик находится на территории РФ или гражданин-ответчик имеет место жительства в РФ, так и дел с участием иностранных лиц, если ответчик осуществляет деятельность в национальной доменной зоне. При этом факт осуществления направленной деятельности или распространения рекламы должен быть иррелевантным.

В этой связи п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК в большей степени должен быть ориентирован на установление международной судебной юрисдикции не столько в отношении деятельности ответчика в рамках национальной доменной зоны .ru, .рф, находящейся под юрисдикцией РФ, сколько в отношении распространения рекламы или в функциональных доменных зонах, или национальных доменных зонах иностранного государства, где имеет место деятельность, направленная на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ. Тогда как осуществление деятельности в национальной доменной зоне должно являться самостоятельным критерием установления юрисдикции российских судов.

Похожим образом было осуществлено решение вопроса о международной судебной юрисдикции при рассмотрении дела в отношении иностранного ответчика — компании Booking.com.B.V, местом нахождения которой

является Королевство Нидерландов. Истец посредством использования веб-сайта www.Booking.com, принадлежащей иностранной компании Booking.com.B.V. произвел онлайн бронирование и оплату апартаментов, однако ответчик отменил бронь и отказал в предоставлении услуги проживания, чем нарушил права истца, как потребителя. Поскольку компания Booking.com.B.V. распространяла рекламу о предоставляемых ею услугах (онлайн-бронирование отелей, апартаментов, автомобилей, авиа-билетов, ресторанов) в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленную на привлечение внимания потребителей, суд посчитал, что данные обстоятельства имеют существенное значение для решения вопроса о возможности рассмотрения дела в суде РФ с учетом п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ²¹.

Заключение

При сходстве подходов коллизионного регулирования потребительских отношений в РФ и ЕС, определенные отличия можно усмотреть в предоставлении потребителям защитной юрисдикции. Если в рамках европейского подхода критерий направленной деятельности закреплён, как в отношении коллизионного регулирования, так и в сфере установления международной судебной юрисдикции, то в российском праве данный критерий обуславливает применение защитного механизма только в сфере коллизионного регулирования потребительских отношений. Предоставление потребителю защитной юрисдикции выражено в виде дополнительного основания установления юрисдикции российских судов в отношении споров с участием иностранных лиц, если имеет место «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ» (п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ).

С одной стороны, подобный подход, в рамках которого критерии, обуславливающие применение защитных механизмов в коллизионной и юрисдикционной сферах, терминологически обозначены по-разному, представляется более целесообразным, принимая

²¹ Апелляционным определении СК по гражданским делам Московского городского суда от 22 сентября 2017 г. по делу № 33-25854/2017.

во внимание необходимость дифференцированного содержательного наполнения данных критериев для каждой из областей в отдельности (коллизийной и юрисдикционной). С другой стороны, отсутствие ряда дополнительных конкретизирующих факторов проявления основания «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей», обуславливает уязвимость позиции предпринимателя, который при отсутствии разумного предвидения установления судебной юрисдикции потребителя может быть привлечен в суд потребителя лишь на основании доступности ресурса, размещенного в сети Интернет. В этой связи при решении вопроса об установлении юрисдикции российского суда на основании направленной на потребителя РФ рекламы целесообразно руководствоваться не статичными, а динамичными свойствами сайта, которые позволяют оценить не столько его характер (активный, пассивный), сколько последствия, имеющие место в результате его функционирования. Среди прочих указанные последствия могут быть выражены в факте заключения договора между потребителем и профессиональной стороной в результате такого рода ориентированной рекламы.

Что касается размещения рекламы или осуществления той или иной деятельности в национальной доменной зоне, то это само по себе должно быть самостоятельным критерием установления юрисдикции российских судов, принимая во внимание подход, отраженный в Указе Президента РФ № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности РФ»

в 2016 г. Определение информационной инфраструктуры РФ, предусмотренное в данном Указе, фактически придало территориальное значение совокупности объектов информатизации, информационных систем, сайтов в сети Интернет и сетей связи. Так, под информационной инфраструктурой РФ понимается совокупность объектов информатизации, информационных систем, сайтов в сети «Интернет» и сетей связи, расположенных на территории РФ, а также на территориях, находящихся под юрисдикцией РФ или используемых на основании международных договоров РФ. Таким образом, исходя из определения информационной инфраструктуры РФ в отношении национальной доменной зоны верхнего уровня, устанавливается юрисдикция той страны, в отношении которой данная доменная зона закреплена. Распространение юрисдикции РФ в отношении национальной доменной зоны в определенной степени требует и формулирования самостоятельного критерия установления международной судебной юрисдикции. Как представляется, территориальное значение, которое придается факту места нахождения или места жительства ответчика, может также придаваться и информационной инфраструктуре РФ. В этой связи суды РФ должны быть компетентны при рассмотрении дел с участием иностранных лиц: а) если организация-ответчик находится на территории РФ или гражданин-ответчик имеет место жительства в РФ, и б) если ответчик осуществляет деятельность в национальной доменной зоне. При этом факт осуществления направленной деятельности или распространения рекламы должен быть irrelevantным.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Грачев В. В.* [и др.]. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья : учебно-практический комментарий / под ред. д. ю. н., проф. А. П. Сергеева. — М. : Проспект, 2016.
2. *Резник Р. С.* Международная подсудность споров из договоров с участием потребителя // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* — 2015. — № 4. — С. 165—173.
3. *Савельев А. И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. — М. : Статут, 2016.
4. *Beek M., D'Aubrey M., Garzaniti J.* Consumer disputes in a cross border e-commerce context // URL: http://www.ejtn.eu/PageFiles/14777/Written%20paper_Belgium.pdf (дата обращения: 11.09.2019).
5. *Gillies L. E.* Electronic commerce and International Private Law. — Ashgate, UK, 2008.
6. *Farah Y.* Allocation of jurisdiction and the internet in EU law // *European Law Abstract.* — 2008. — Vol. 33. — Pp. 257—270.

7. Lazic V. Procedural Justice for «Weaker Parties» in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme // Utrecht Law Abstract. — 2014. — Vol. 10 (4). — Pp. 100—117.
8. Tang Z. S. Consumer contracts and the Internet in EU private international law // Research Handbook on EU Internet Law / A. Savin, J. Trzaskowski (ed). — Cheltenham : Edward Elgar, 2014. — Pp. 254—284.

Материал поступил в редакцию 11 сентября 2019 г.

GROUNDS FOR ESTABLISHING INTERNATIONAL JUDICIAL JURISDICTION IN RELATION TO CROSS-BORDER CONSUMER DISPUTES IN DIGITAL ERA²²

Lyudmila V. Terentyeva, Cand. of Sci. (Law), Docent, Associate Professor of the Department of International Private Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

terentevamila@mail.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper examines the issues of establishing international judicial jurisdiction in relation to cross-border consumer disputes in the digital environment. To this end, the author makes a comparative analysis of the grounds for establishing judicial jurisdiction in the form of "distribution of advertising in the information and telecommunication network "Internet", aimed at attracting the attention of consumers" enshrined in art. 402 part 3 para. 2 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, and the criterion of "directed activity of the professional party to the territory of the country of residence of the consumer", provided for in EU law.*

The paper provides proposals for the interpretation of the grounds of jurisdiction of the Russian court, i.e. "advertising in the information and telecommunications network "Internet", aimed at attracting the attention of consumers in the territory of the Russian Federation", which should determine the use of protective judicial mechanisms in relation to the consumer from the use of an adverse judicial jurisdiction of a state, and against the employer, with the reasonable possibility of foreseeing the establishment of judicial jurisdiction of the consumer.

Keywords: *international judicial jurisdiction, information and communication space, Internet, consumers, cross-border consumer disputes, targeted activities, national domain zone, advertising distribution, conflict regulation, professional party.*

REFERENCES

1. Abramova, E.N., Averchenko, N.N., & Grachev, V.V. [et al.]. (2016). *Kommentariy k grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii. Chast tretya: uchebno-prakticheskiy kommentariy* [Commentaries to the Civil Code of the Russian Federation: Part three: tutorial review]. Edited by Prof., Doctor of Law A.P. Sergeev. Moscow: Prospect Publ.
2. Reznik, R.S. (2015). Mezhdunarodnaya podsudnost sporov iz dogovorov s uchastiem potrebitelya [International jurisdiction of disputes from contracts with the participation of the consumer]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* [Law. Journal of the Higher school of Economics]. (4). 165—173.
3. Savelyev, A.I. (2016). *Elektronnaya kommertsiya v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie* [E-Commerce in Russia and abroad: legal regulation]. Moscow: Statut Publ.
4. Beek, M., D'Aubrey, M., & Garzaniti, J. (n.d.). *Consumer disputes in a cross border e-commerce context*. Retrieved from http://www.ejtn.eu/PageFiles/14777/Written%20paper_Belgium.pdf (accessed: 11.09.2019).
5. Gillies, L.E. (2008). *Electronic commerce and International Private Law*. Ashgate, UK.
6. Farah, Y. (2008). Allocation of jurisdiction and the internet in EU law. *European Law Abstract*. 2008. 33. 257—270.
7. Lazic, V. (2014). Procedural Justice for «Weaker Parties» in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme. *Utrecht Law Abstract*. 10 (4). 100—117.
8. Tang, Z.S. (2014). Consumer contracts and the Internet in EU private international law. *Research Handbook on EU Internet Law*. A. Savin, J. Trzaskowski (ed). Cheltenham: Edward Elgar. 254—284.

²² The article was prepared with the financial support of the RFBR in the framework of project No. 18-29-16061.

Институт Лауэ — Ланжевена как форма научной кооперации¹

Аннотация. Интеграция государств в области образования породила расширение различных форм сотрудничества в данной области. Предметом исследования является один из крупномасштабных научных проектов, обозначаемых словом «мегасайенс», — Институт Лауэ — Ланжевена (*Institut Laue-Langevin (ILL)*), базирующийся в Гренобле, Франция. Такие международные исследовательские центры рассчитаны на достижение прорывных открытий, подобно Большому адронному коллайдеру (LHC) в Европе, Лазерной интерферометрической обсерватории гравитационных волн (LIGO) в США, и на нейтронные исследования посредством Научно-исследовательского реакторного комплекса ПИК, строящегося в России. Крупные исследовательские инфраструктуры являются важным явлением общественной жизни. Во Франции установки мегасайенс официально квалифицируются как «очень крупные исследовательские инфраструктуры», кратко TGIR, в Австралии — как «знаковые исследовательские инфраструктуры».

Институт Лауэ — Ланжевена создан в форме национального юридического лица и управляется тремя странами-партнерами: Францией через Комиссариат по атомной энергии и альтернативным источникам энергии (CEA) и Национальный центр научных исследований (CNRS); Германией через Исследовательский центр *Forschungszentrum Jülich (FZJ)* и Соединенным Королевством через Совет по научно-техническим средствам (STFC).

Такая форма сотрудничества стран, интеграции государств в области образования имеет целый ряд положительных моментов и может быть использована в России для поиска наиболее эффективной модели организации мегасайенс-проектов. Так, ILL позволяет использовать разные источники финансирования — средства как государства, так и частных исследований и грантов, а также европейских проектов. Институт Лауэ — Ланжевена предусматривает возможность разностороннего сотрудничества и участия различных государств, привлечения ученых и частных лиц, в том числе и не из европейских стран, открытого членства. Положительными чертами также являются легкость управления и переориентации ILL, гибкость, а также легкость кооперации с различными учреждениями как национального, так и европейского и международного уровня.

Ключевые слова: мегасайенс, Институт Лауэ — Ланжевена, *Institut Laue-Langevin (ILL)*, установки рассеяния нейтронов, национальное юридическое лицо, европейское сотрудничество, программа *Horizon 2020*, *SINE2020*, *FILL2030*, *ESS*.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.108-123

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках проекта № 18-29-15015.

© Заплатаина Т. С., 2019

* Заплатаина Татьяна Сергеевна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

tatianazaplalina@yandex.ru

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

Вступление

Развитие интеграции государств в области образования или образовательной интеграции² породило расширение различных форм сотрудничества в данной области. Проведение трансграничных научных исследований, разработка крупномасштабных научных проектов являются одной из форм такой интеграции. Чем сильнее наука продвигается к уяснению фундаментальных законов природы и их практическому использованию, тем сложнее и затратнее становится процесс получения новых знаний и тем разнообразнее формы единения государств для исследования этих законов.

Предметом исследования является один из крупномасштабных научных проектов, обозначаемых словом «мегасайенс», — Институт Лауэ — Ланжевена (Institut Laue-Langevin (ILL)), базирующийся в Гренобле, Франция.

Этот исследовательский центр занимает лидирующие позиции в области нейтронной науки и техники. Установки рассеяния нейтронов ILL обеспечивают незаменимый аналитический инструмент для анализа структуры новых проводящих и магнитных материалов для будущих электронных устройств, измерения напряжений в механических материалах и исследования поведения сложных молекулярных сборок, особенно в биологической среде³.

Такие международные исследовательские центры рассчитаны на достижение прорывных открытий, подобно Большому адронному коллайдеру (LHC) в Европе, Лазерной интерферометрической обсерватории гравитационных волн (LIGO) в США, и на нейтронные исследования посредством Научно-исследовательского реакторного комплекса ПИК, строящегося в России.

Крупные исследовательские инфраструктуры являются важным явлением общественной жизни. Во Франции установки мегасайенс официально квалифицируют как «очень крупные исследовательские инфраструктуры», кратко TGIR, в Австралии — как «знаковые исследо-

вательские инфраструктуры». А. О. Четвериков отмечает, что «крупномасштабный характер объектов мегасайенс, отличающий их от прочих исследовательских инфраструктур, выражается прежде всего в масштабах объектов исследования». Причем не только исходя из их размеров, но и с точки зрения трудоемкости их создания, сложности эксплуатации, а также, что особенно важно для государства, величины требуемых для этого бюджетных инвестиций. Что «подталкивает государства к объединению усилий, к взаимной интеграции в вопросе крупных исследований»⁴. В этой связи можно говорить о различных формах интеграции государств в области мегасайенс.

В доктрине и на практике выделяются концепции с использованием конструкций из разных правовых систем: национального, международного и европейского права. Международно-правовая форма предполагает интеграцию научных усилий в рамках международной межправительственной организации. В данном случае входящие в ее состав государства поручают реализовывать тот или иной инфраструктурный проект за счет совместно выделяемых этими государствами финансовых средств.

В интеграционном законодательстве Европейского Союза получили юридическое закрепление специальные формы для транснациональных и наднациональных юридических лиц, которые используются в целях создания интегрированных структур мегасайенс с участием научных организаций разной государственной принадлежности. Более того, законодательством ЕС была разработана типовая организационно-правовая форма, предназначенная для общеевропейских инфраструктурных проектов в научно-исследовательских целях, — европейские консорциумы исследовательской инфраструктуры⁵.

Альтернативой указанным формам является использование национальных форм юридических лиц, предусмотренных внутренним законодательством государств. Именно к такой

² Кашкин С. Ю., Четвериков А. О. Международная образовательная интеграция: содержание и правовое регулирование : монография. М. : Проспект, 2018. С. 18—21.

³ URL: <https://www.ill.eu/about-ill/what-is-the-ill/> (дата обращения: 19.04.2019).

⁴ Четвериков А. О. Организационно-правовые формы большой науки (мегасайенс) в условиях международной интеграции: сравнительное исследование. Часть I. Мегасайенс как научное и правовое явление. Правовые аспекты функционирования мегасайенс в форме международных межправительственных организаций и национальных юридических лиц // Юридическая наука. 2018. № 1. С. 14.

⁵ Четвериков А. О. Указ. соч. С. 19.

форме относится рассматриваемый в данной статье Институт Лауэ — Ланжевена. В этой связи следует указать, что национальные юридические лица могут быть образованы с заключением международного договора или без такового.

I. Что такое Институт Лауэ — Ланжевена?

Как уже было отмечено выше, Институт Лауэ — Ланжевена — это исследовательский центр, лидирующий в области нейтронной науки и техники. ILL стремится стать самым надежным источником нейтронов для исследований в области материаловедения, физики твердого тела, химии, кристаллографии, молекулярной биологии, а также ядерной и фундаментальной физики. Благодаря высокопоточному реактору, который начал работать в 1971 г., ILL управляет одним из самых интенсивных источников нейтронов в мире, питая около 40 экспериментальных станций. Его инфраструктура находится на переднем плане нейтронных исследований⁶.

Для обеспечения своей позиции в мировой нейтронной науке и дальнейшего повышения производительности своей инфраструктуры ILL с 2001 г. проходит процесс обновления, который осуществляется в два этапа. Первый — Millennium — был завершен в 2015 г., он включал установку 14 новых или полностью отремонтированных приборов, включая замену источников нейтронов, что позволило умножить скорость обнаружения в 24 раза. Второй этап — Endurance, осуществляющийся поэтапно, начиная с 2015 г. Ожидается, что он позволит установить семь новых приборов и обновить четыре существующих.

II. Организационно-правовая форма

Образование научного центра в форме национального юридического лица может осуществляться тремя путями:

1. Без заключения международного договора: научные организации государств-участников самостоятельно утверждают учредитель-

ные документы юридического лица в рамках предоставленной им своими государствами институциональной и финансовой автономии.

2. Международный договор закрепляет соответствующие учредительные документы юридического лица. Например: учредительный договор компании (общества) с ограниченной ответственностью по немецкому праву «ООО Установка Европейского рентгеновского лазера на свободных электронах», содержащийся в приложении к Конвенции о строительстве и эксплуатации Установки Европейского рентгеновского лазера на свободных электронах от 30 ноября 2009 г.; Устав компании «Европейский центр синхротронного излучения» — *société civile*, т.е. гражданско-правового общества по законодательству Франции (страны местонахождения), закрепленный первым приложением к Конвенции о строительстве и эксплуатации установки «Европейский центр синхротронного излучения» от 16 декабря 1988 г. (протокол о присоединении России подписан в 2014 г.)⁷.

3. Международный договор поручает разработку устава юридического лица уполномоченным научным организациям государств-членов. Именно такой способ применялся для Института Лауэ — Ланжевена, основанного в 1967 г. Францией и Германией. Соединенное Королевство стало третьим крупным партнером ILL в 1973 г. Эти государства-партнеры через исследовательские советы обеспечивают основную часть финансирования ILL. С тех пор в число партнеров вошли 10 стран⁸. Договор имеет под собой международно-правовую основу в виде Конвенции между Правительством Французской Республики и Правительством Федеративной Республики Германия о строительстве и эксплуатации реактора с очень высоким потоком частиц от 19 января 1967 г.⁹

В соответствии со ст. 1 Конвенции 1967 г. «эксплуатация реактора, выступающего объектом настоящей Конвенции, возлагается на гражданско-правовое общество, участниками которого являются Комиссариат по атомной энергии, Национальный научно-исследовательский центр, Общество по исследованию атомного ядра и с ограниченной ответствен-

⁶ URL: <https://www.sbfis.admin.ch/sbfis/en/home/research-and-innovation/international-cooperation-r-and-i/international-research-organisations/ill.html> (дата обращения: 20.04.2019).

⁷ Четвериков А. О. Указ. соч. С. 22—24.

⁸ URL: https://howlingpixel.com/i-en/Institut_Laue%E2%80%93Langevin (дата обращения: 20.04.2019).

⁹ Convention du 19 janvier 1967 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la construction et l'exploitation d'un réacteur à très haut flux.

ностью и Национальный исследовательский совет». Устав общества «сдается на хранение» правительствам государств-участников, а члены высшего органа управления обществом — руководящего комитета — «могут назначаться и освобождаться от должности только с согласия их соответствующего правительства».

Ученые в государствах-членах могут подать заявку на использование объектов ILL и могут приглашать для участия ученых из других стран. Использование объектов ILL и транспортные расходы для исследователей оплачиваются институтом. Коммерческое использование, за которое взимается плата, не подлежит рассмотрению научным советом. Ежегодно проводится более 750 экспериментов в таких областях, как магнетизм, сверхпроводимость, материаловедение и исследования жидкостей, коллоидов и биологических веществ.

В то время как некоторые работают над проектированием двигателей, топлива, пластмасс и бытовых изделий, другие рассматривают биологические процессы на клеточном и молекулярном уровне. Третьи могут объяснять физику, которая может внести свой вклад в электронные устройства будущего. ILL также тесно сотрудничает на различных уровнях конфиденциальности с отделами исследований и разработок промышленных предприятий. Все ученые в ILL — химики, физики, биологи, кристаллографы, специалисты по магнетизму и ядерной физике — также являются экспертами в области нейтронных исследований и технологий, и их объединенное ноу-хау доступно научному сообществу¹⁰.

ILL делится своим научным кампусом по фотонам и нейтронам с другими учреждениями, включая Европейский фонд синхротронного излучения (ESRF), Европейскую лабораторию молекулярной биологии (EMBL) и Отдел по взаимодействию вирусных клеток (UVHCI). Французский институт структурной биологии (IBS) присоединился к кампусу в 2013 г.¹¹

Текст Конвенции с последующими изменениями и дополнениями опубликован в парламентских документах Национального собрания Франции. См.: Assemblée nationale. № 2588. Rapport sur le projet de loi autorisant l'approbation du cinquième avenant à la convention du 19 janvier 1967 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la construction et l'exploitation d'un réacteur à très haut flux.

¹⁰ URL: <https://www.ill.eu/about-ill/what-is-the-ill/> (дата обращения: 20.04.2019).

¹¹ URL: <https://www.ill.eu/about-ill/what-is-the-ill/> (дата обращения: 20.04.2019).

¹² Wagner R. Commissioner Maire Ceoghegan-Quinn Commissioner for Research, innovation and Science European Commission Bertaymont Building, 200 Rue de la Loi à 049 Brussels, Belgium / DIR-RW/pg 11/19 Grenoble, 19 May 2011.

Эти крупные европейские институты проводят новаторские эксперименты на самом переднем крае исследований, охватывающих структурную биологию, фундаментальную физику, материаловедение и исследования окружающей среды. Чтобы сохранить свой мировой лидерский статус, эти институты создают синергизм и научные партнерские отношения на всех уровнях; новые средства поддержки, созданные в последние несколько лет, включают Партнерство по структурной биологии, Лабораторию поддержки материаловедения и Партнерство по мягко-конденсированным материалам¹².

ILL управляется ассоциированными лицами, государствами-основателями: Францией, Германией и Соединенным Королевством, в сотрудничестве с государствами-членами по науке, партнерами (перечислены в хронологическом порядке вступления): Испанией, Швейцарией, Австрией, Италией, Чешской Республикой, Швецией, Бельгией, Словакией, Польшей и Данией. Основные моменты управления в ILL представлены в таблице, приведенной на следующей странице.

III. Модели сотрудничества в Институте Лауэ — Ланжевена

ILL имеет единую систему взаимодействия для проведения исследований. Клиенты могут выбирать конкретные режимы доступа, в зависимости от уровня конфиденциальности, который им требуется:

1. Частные исследования

Это вариант, обеспечивающий быстрый доступ к инструментам на коммерческой основе. Это решение идеально подходит для сжатых сроков. ILL и его сотрудники соблюдают строжайшую конфиденциальность в отношении всей информации, получаемой от клиентов или

Управление	Государства-основатели Государства-члены по науке, партнеры (Scientific Member countries)
Способ создания, учредительные документы, правки в учредительные акты	Национальное юридическое лицо без международного договора: Конвенция между Правительством Французской Республики и Правительством Федеративной Республики Германия о строительстве и эксплуатации реактора с очень высоким потоком частиц от 19 января 1967 г. и акты, вносящие правки ¹³ . В соответствии со ст. 1 Конвенции 1967 г. «эксплуатация реактора, выступающего объектом настоящей Конвенции, возлагается на гражданско-правовое общество, участниками которого являются Комиссариат по атомной энергии, Национальный научно-исследовательский центр, Общество по исследованию атомного ядра и с ограниченной ответственностью и Национальный исследовательский совет». Чтобы сохранить свой мировой лидерский статус, эти институты создают синергизм и научные партнерские отношения на всех уровнях; новые средства поддержки, созданные в последние несколько лет, включают Партнерство по структурной биологии, Лабораторию поддержки материаловедения и Партнерство по мягко-конденсированным материалам
Финансирование	Институт управляется тремя странами-партнерами: — Францией через Комиссариат по атомной энергии и альтернативным источникам энергии (CEA) и Национальный центр научных исследований (CNRS); — Германией через Исследовательский центр Forschungszentrum Jülich (FZJ); — Соединенным Королевством через Совет по научно-техническим средствам (STFC). В соответствии с положениями Конвенции, каждый из трех ассоциированных членов предоставляет ежегодный грант. В среднем они финансируют почти две трети бюджета. Установленная Конвенцией 1967 г. система финансирования выглядит следующим образом: 33 % для Великобритании, 33 % для Германии и 33 % для Франции. Остальное остается за научными партнерами: Испанией, Швейцарией, Австрией, Италией, Чехией, Швецией, Венгрией, Бельгией, Словакией, Данией, Польшей и Индией. Бюджет ILL в 2013 г. составил 100,45 млн евро без учета налогов и источников дополнительного финансирования
Дополнительные источники финансирования	Согласно законопроекту, санкционирующему утверждение пятой поправки к Конвенции «О конструкции и эксплуатации реактора с очень высоким потоком» источники распределены следующим образом (включая дополнительные): — средства Франции, Германии и Великобритании; — доля ресурсов от 12 научных партнеров; — собственные ресурсы; — местные вклады ¹⁴ . Согласно Конвенции, «эти ежегодные гранты предназначены для покрытия расходов Института. Эти расходы единогласно фиксируются советом директоров Института и акционерами каждый год в рамках среднесрочного финансового плана»
Возможности стороннего участия (в рамках научных исследований, участие ученых, предприятий, финансирование в рамках исследований)	ILL тесно сотрудничает на различных уровнях с отделами исследований и разработок промышленных предприятий. Клиенты могут выбирать конкретные режимы доступа: — частные исследования; — совместные исследования; — академические исследования; — другие режимы доступа
Налоговые льготы	ILL имеет государственную сертификацию на налоговые льготы на исследования (Crédit d'Impôt Recherche). Это обеспечивает значительное снижение затрат на услуги по НИОКР во Франции

передаваемой им. Права интеллектуальной собственности на результаты коммерческого использования остаются за клиентом. Круглосуточная техническая поддержка ILL гарантируется. Основные цены могут быть получены по запросу.

2. Совместные исследования

Это сочетание частного и академического типов исследования, при таком способе ресурсы, инвестируемые партнерами, зависят от характеристик проекта, а также от уровня доступа к объектам исследования, распределения его доходов.

3. Академические исследования

Это основной вид деятельности ILL. В рамках него клиенты могут получить доступ через 6-месячные раунды отбора экспертов. Это подразумевает обязанность сообщать в ILL и публиковать результаты в научном журнале.

Существуют разные способы подачи заявки для такого участия:¹⁵

А. Внешний экспертный отбор:

— Стандартный

Стандартные заявки следует подавать в электронном виде с использованием системы электронной подачи заявок (EPS). Если пользователь новичок в ILL, рекомендуется зарегистрироваться в качестве нового пользователя через Клуб пользователей, чтобы получить доступ к системе EPS¹⁶.

— BAGs (*Block allocation groups*)

Создание групп, объединяющих членов назначения (BAG). Для таких групп заявки могут быть представлены группами по крайней мере из трех команд (максимум из восьми), предпочтительно с командами с предыдущим опытом участия в ILL. Каждый BAG должен иметь назначенного координатора. Координатор может добавлять или удалять группы или изменять количество их членов. BAG оцениваются в течение одного года (два периода планирования); срок может быть продлен (дополнительно на один год) посредством обычной процедуры подачи заявок¹⁷.

— CRG

Создание сотрудничающих исследовательских групп (CRG) для выполнения их собственных исследовательских программ. CRGs представляют собой особенно успешную форму долгосрочного международного научного сотрудничества. CRGs состоят из ученых из одной или двух исследовательских дисциплин, которые проводят совместную исследовательскую программу, сосредоточенную вокруг конкретного инструмента. CRG создаются и управляются своими собственными частными инструментами для выполнения своих исследовательских программ. CRG обеспечивают свою собственную научно-техническую поддержку и покрывают общие эксплуатационные расходы этих инструментов¹⁸.

¹³ Projet de loi, adopté par le Sénat, après engagement de la procédure accélérée, autorisant l'approbation du cinquième avenant à la convention du 19 janvier 1967, modifiée par l'avenant du 6 juillet 1971 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la construction et l'exploitation d'un réacteur à très haut flux et modifiée ultérieurement par la convention du 19 juillet 1974 entre les deux Gouvernements susmentionnés et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relative à l'adhésion de ce dernier Gouvernement à la convention et par l'avenant du 27 juillet 1976, le deuxième avenant du 9 décembre 1981, le troisième avenant du 25 mars 1993 et le quatrième avenant du 4 décembre 2002 entre les trois Gouvernements susmentionnés.

¹⁴ Projet de loi, adopté par le Sénat, après engagement de la procédure accélérée, autorisant l'approbation du cinquième avenant à la convention du 19 janvier 1967, modifiée par l'avenant du 6 juillet 1971 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la construction et l'exploitation d'un réacteur à très haut flux et modifiée ultérieurement par la convention du 19 juillet 1974 entre les deux Gouvernements susmentionnés et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relative à l'adhésion de ce dernier Gouvernement à la convention et par l'avenant du 27 juillet 1976, le deuxième avenant du 9 décembre 1981, le troisième avenant du 25 mars 1993 et le quatrième avenant du 4 décembre 2002 entre les trois Gouvernements susmentionnés.

¹⁵ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/> (дата обращения: 20.04.2019).

¹⁶ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/proposal-submission/#c9373> (дата обращения: 20.04.2019).

¹⁷ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/bags/> (дата обращения: 20.02.2019).

¹⁸ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/instruments/crgs/> (дата обращения: 21.04.2019).

— *D-Lab (Deuteration Lab proposal)*

ILL в сотрудничестве с EMBL создал лабораторию для дейтерирования биологических молекул. Эта лаборатория находится в новом лабораторном комплексе, руководит ею молекулярный биолог, имеющий опыт макромолекулярного дейтерирования. Крупный грант ЕС координируется ILL с коллабораторами EMBL Grenoble, Institut de Biologie Structurale (IBS), Институтом Макса Планка в Мюнхене, Оксфордским университетом и EMBL Heidelberg. Целью данного гранта является разработка протоколов и процедур дейтерирования для рассеяния нейтронов. Консорциум, финансируемый Великобританией (EPSRC), возглавляется Университетом Кила, включает сотрудников из Оксфорда, Глазго, Кембриджа, Рединга, Портсмута, Саутгемптона, Королевского колледжа. Этот консорциум участвует в конкретной британской проектной деятельности, использующей дейтерирование для рассеяния нейтронов¹⁹.

В. Внутренний отбор:— *DDT (Director Discretionary's Time (DDT))*

Время, контролируемое директором (DDT), используется для предложений, которые не подпадают под обычные правила подачи заявок. Прежде всего, эти предложения касаются срочных экспериментов, которые не могут ждать двухгодичных раундов подачи заявок. Предложения могут быть представлены в любое время, и они будут рассмотрены председателем и соответствующими членами подкомитетов ILL²⁰.

— *EASY (Easy Access System)*

Система легкого доступа (EASY) используется для быстрого выполнения некоторых измерений (неполный эксперимент). Доступ открыт в течение всего года, и нет необходимости проходить стандартный раунд подачи заявок в ILL и систему последующего экспертного анализа. EASY может, например, использоваться для тестирования образцов, проведения экспериментов и проведения одноразовых измерений²¹.

— *LTP (Long Term Proposals)*

Исследователи из государств — членов ILL могут подать заявку на долгосрочное предложение (LTP). Ученый совет ILL и руководство ILL считают, что LTP может быть полезным для сообщества ILL в целом. Схема LTP доступна один раз в год, каждый осенний срок подачи заявок. LTP предоставляются исследователям ILL для проектов, которые продолжаются в течение нескольких циклов, если можно доказать, что они приносят дополнительные ресурсы или возможности, которые полезны для пользователей в целом. Научное превосходство является основным критерием для принятия такого долгосрочного предложения (LTP). Иными критериями являются:

(a) вклад финансовых, технических и/или человеческих ресурсов во время реализации LTP;

(b) определенная выгода для сообщества пользователей ILL (например, новая методика, новый инструмент или новые возможности для существующего инструмента), ожидаемая в результате успешного достижения целей LTP.

Каждое LTP должно быть связано с научным учреждением страны — члена ILL²².

С. Отбор без предварительной оценки:— *TEST*

Это способ подачи предложения в ILL, где ILL не оплачивает проезд и проживание.

— *INDU (Industrial Beamtime)*

Группа по промышленным связям и консультированию обеспечивает быстрый доступ и полную конфиденциальность для промышленных компаний, а также предоставляет специализированный персонал. Все программы промышленных исследований являются конфиденциальными и могут быть организованы в короткие сроки²³.

4. Бесплатный доступ к инструментам для технико-экономического обоснования

SINE2020 (Наука и инновации мирового класса с нейтронами в Европе в 2020 г.) — это консорциум из 18 партнерских организаций из 12 стран.

¹⁹ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/deuteration-lab-proposal/> (дата обращения: 21.04.2019).

²⁰ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/director-discretionarys-time-ddt/> (дата обращения: 21.04.2019).

²¹ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/easy-easy-access-system/> (дата обращения: 21.04.2019).

²² URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/long-term-proposals/> (дата обращения: 21.04.2019).

²³ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/users/applying-for-beamtime/industrial-beamtime/> (дата обращения: 21.04.2019).

В целях укрепления сотрудничества между нейтронными установками и европейской промышленностью инициатива SINE2020 по промышленному консультированию предлагает бесплатные технико-экономические обоснования для компаний. SINE2020 — европейский проект НИОКР, финансируемый программой H2020. SINE2020 поддерживается Европейским Союзом²⁴.

Все результаты, полученные в соответствии с SINE2020, должны быть доступны для общественности. Это включает в себя обеспечение открытого доступа к результатам. Это касается также информации о компании, получающей бесплатные измерения, материалы и аналитическую технику, используемую в эксперименте. Помимо европейских стран, по состоянию на 1 января 2017 г. следующие страны связаны с Horizon 2020 и поэтому могут подавать заявки для участия: Исландия, Норвегия, Албания, Босния и Герцеговина, Македония, Черногория, Сербия, Турция, Израиль, Молдова, Швейцария, Фарерские острова, Украина, Тунис, Грузия и Армения²⁵.

5. Право на участие в *Crédit d'Impôt Recherche*

ILL имеет государственную сертификацию на налоговые льготы на исследования (*Crédit d'Impôt Recherche*). Это обеспечивает значительное снижение затрат на услуги по НИОКР во Франции.

6. ESRF

ESRF является дочерним институтом, предоставляющим услуги с использованием высокоинтенсивных рентгеновских лучей. Рентгеновские лучи могут предоставить дополнительную информацию для нейтронных экспериментов²⁶.

IV. Европейское сотрудничество и единство нормативно-правового регулирования, единое европейское исследовательское пространство

Как европейский нейтронный источник, ILL по определению присутствует на европейской сцене — будь то через его координацию и участие в европейских проектах или участие в EIROforum, ESFRI и других европейских инстанциях. На европейском уровне ILL обеспечивает, чтобы Европа оставалась на переднем плане в области нейтронных излучений. Выбор института в отношении европейских проектов также тщательно сопоставляется с приоритетами его ассоциированных и научных членов.

ESFRI и другие исследовательские инфраструктуры мирового уровня в Европе с устоявшейся структурой управления, в частности на основе Европейского консорциума по исследовательской инфраструктуре (ERIC) или любой другой подходящей структуры, поддерживают мероприятия ILL, а также способствуют расширению членского состава, расширению международного сотрудничества (см. Стратегию международного сотрудничества ЕС в области исследований и инноваций²⁷).

Европейское участие также способствует развитию региональных партнерских центров. Новые исследовательские инфраструктуры, разрабатываемые на европейском уровне, такие как те, которые определены в дорожной карте ESFRI, также продвигаются в рамках кооперации с ILL²⁸.

Европейский проект — это проект, который финансируется совместно Европейской комиссией. Большинство проектных предложений ILL представлены в ответ на вызовы программы исследований и инноваций Horizon 2020, такие как Исследовательская инфраструктура, Европейский исследовательский совет, Action Marie-Sklodowska-Curie (MSCA) и Euratom, Future and Emerging Technologies (FET). Европейский офис ILL контролирует участие ILL в различных программах ЕС и оказывает поддержку в подготовке и реализации проектов ЕС, осуществляемых в ILL. Он отслеживает прогресс и обеспечивает

²⁴ URL: <https://sine2020.eu/about.html> (дата обращения: 21.04.2019).

²⁵ Free measurements for industry: application process // URL: <https://sine2020.eu/industry/the-offer.html> (дата обращения: 21.04.2019).

²⁶ URL: <https://dev-portail-ill.e-magineurs.fr/neutrons-for-society/industry-and-business/working-together/> (дата обращения: 21.04.2019).

²⁷ Strategy for EU international cooperation in research and innovation // COM(2012)497.

²⁸ URL: <https://cordis.europa.eu/programme/rcn/700799/en> (дата обращения: 21.04.2019).

соответствие стратегии ILL. ILL поддерживает и подчиняется нормам ЕС, например в вопросе политики данных²⁹.

В соответствии с Регламентом (ЕС) 2016/679 Европейского парламента и Совета от 27 апреля 2016 г. о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных³⁰, ILL реализовал проект по проверке своих положений на соответствие требованиям ЕС (Политика защиты персональных данных). Целью Политики защиты персональных данных является информирование пользователей о том, как ILL собирает и обрабатывает персональные данные в соответствии с применимыми законами и правилами, в частности в рамках Регламента ЕС.

В январе 2017 г. Комиссия ЕС опубликовала Хартию доступа к исследовательским инфраструктурам в тесном сотрудничестве с ESFRI, Группой по отражению электронной инфраструктуры (e-IRG) и заинтересованными организациями Европейского пространства исследований. Эта Хартия устанавливает ненормативные принципы и руководящие принципы в качестве справочного материала при определении политик доступа для исследований. В этом контексте ILL определил свою собственную политику для пользователей³¹, руководящие принципы доступа к инфраструктурам ILL и связанным услугам.

Хотя исследовательская инфраструктура не имеет какого-либо юридически обязательного характера, ее рекомендуется использовать в качестве справочной информации при обновлении существующих или определении новых политик доступа. Кроме того, финансирующим организациям исследовательских инфраструктур предлагается продвигать положения этой Хартии. Эта Хартия способствует доступу к исследовательским инфраструктурам для проведения инновационных исследований и разработок, для улучшения соответствующих методов и навыков в рабочей силе и для развития сотрудничества. Кроме того, эта Хар-

тия способствует взаимодействию с широким спектром социально-экономической деятельности, включая, при необходимости, бизнес, промышленность и общественные услуги, чтобы максимизировать возврат инвестиций в исследовательские инфраструктуры и стимулировать инновации, конкурентоспособность и эффективность использования ограниченно доступных ресурсов. Хартия касается доступа к исследовательским инфраструктурам и может приниматься во внимание при определении политики предоставления доступа для проведения исследований, проведения экспериментальных разработок, предоставления образования и обучения, а также для предоставления услуг. Хартия предназначена главным образом для тех, кто отвечает за определение политики доступа к любой конкретной исследовательской инфраструктуре, для учреждений, к которым они принадлежат, и соответствующих организаций, финансирующих исследования³².

В 2006 г. ILL одобрил вместе с членами EIROforum Европейскую хартию для исследователей и Кодекс поведения исследователей. Для руководства ILL это еще один шаг, чтобы продемонстрировать его готовность реализовать Стратегию управления персоналом для исследователей (HRS4R).

Европейская хартия для исследователей представляет собой набор общих принципов и требований, которые определяют роли, обязанности и права исследователей, а также спонсоров исследований. Целью Хартии является обеспечение того, чтобы характер взаимоотношений между исследователями и работодателями или спонсорами способствовал успешной деятельности по генерированию, передаче, обмену и распространению знаний и технологическому развитию, а также развитию карьеры исследователей.

Хартия также признает ценность всех форм мобильности как средства повышения профессионального развития исследователей. В этом смысле Хартия представляет собой основу для

²⁹ PanData-ODI. GA № 283556.

³⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ L 119. 04.05.2016. Pp. 1—88.

³¹ The proposal stage // URL: https://www.ill.eu/fileadmin/user_upload/ILL/3_Users/Applying_for_beamtime/Users_policy.pdf (дата обращения: 21.04.2019).

³² European Charter for Access to Research Infrastructures Principles and Guidelines for Access and Related Services, 2016 Directorate-General for Research and Innovation // URL: http://ec.europa.eu/research/infrastructures/pdf/2016_charterforaccessto-ris.pdf (дата обращения: 21.04.2019).

исследователей, работодателей и спонсоров, которая предлагает им действовать ответственно и профессионально в своей рабочей среде и признавать друг друга в качестве таковых. Хартия адресована всем исследователям в Европейском Союзе на всех этапах их карьеры и охватывает все области исследований в государственном и частном секторе, независимо от характера назначения или работы, правового статуса их работодателя или типа организации или учреждения, в котором ведутся работы. Она принимает во внимание многочисленные роли исследователей, которые назначаются не только для проведения исследований и/или для осуществления деятельности в области развития, но также участвуют в надзоре или управлении исследованиями³³.

В тех случаях, когда исследователи пользуются статусом и правами, которые в определенных отношениях более благоприятны, чем те, которые предусмотрены в настоящей Хартии, ее условия не должны использоваться для уменьшения статуса и уже приобретенных прав. Исследователи, а также работодатели и спонсоры, которые придерживаются этой Хартии, также будут уважать основные права и соблюдать принципы, признанные Хартией основных прав Европейского Союза.

Европейская хартия для исследователей и Кодекс поведения при наборе исследователей являются ключевыми элементами политики Европейского Союза, направленной на то, чтобы сделать исследование привлекательной карьерой, что является жизненно важной особенностью его стратегии стимулирования экономического роста и роста занятости.

Предоставление отдельным исследователям одинаковых прав и обязанностей везде, где они могут работать (по всему Европейскому Союзу), должно помочь в противодействии тому факту, что исследовательская деятельность в Европе фрагментирована на местном, региональном, национальном или отраслевом уровне, и позволит Европе максимально использовать свой научный потенциал. В частности, в Европейской хартии для исследователей рассматриваются роли, обязанности и права исследователей и

их работодателей или финансирующих организаций. Она направлена на обеспечение того, чтобы отношения между этими сторонами способствовали успешной деятельности по генерированию, передаче и обмену знаниями, а также развитию карьеры исследователей.

Кодекс поведения при наборе исследователей направлен на улучшение набора персонала, повышение справедливости и прозрачности процедур отбора и предлагает различные способы оценки заслуг: заслуги должны оцениваться не только по количеству публикаций, но и по более широкому диапазону критериев, такие как обучение, контроль, работа в команде, передача знаний, управление и общественная деятельность³⁴.

Кадровая стратегия для исследователей поддерживает исследовательские институты и финансирующие организации в реализации Хартии и Кодекса в их политике и практике. Внедрение принципов Хартии и Кодекса исследовательскими институтами делает их более привлекательными для исследователей³⁵.

V. Программа Horizon 2020 в рамках единого Европейского исследовательского пространства

Horizon 2020 — крупнейшая в ЕС программа исследований и инноваций, на которую за 7 лет (2014—2020 гг.) ЕС было выделено около 80 млрд, в дополнение к частным инвестициям. Horizon 2020 — это финансовый инструмент, направленный на обеспечение глобальной конкурентоспособности Европы в научной сфере. Цель Horizon 2020 состоит в том, чтобы Европа производила науку мирового уровня, устраняла препятствия для инноваций и облегчала совместную работу государственного и частного сектора в предоставлении инноваций.

Horizon 2020 рассматривается как средство стимулирования экономического роста и создания рабочих мест, пользуется политической поддержкой европейских лидеров и членов Европейского парламента. Они согласились с тем, что исследования являются инвестицией в будущее, и поэтому ставят его в основу проек-

³³ The European Charter for Researchers The Code of Conduct for the Recruitment of Researchers. The European Charter for Researchers The Code of Conduct for the Recruitment of Researchers // EUR 21620. Pp. 9—10.

³⁴ HR Strategy for Researchers (HRS4R) // URL: <https://ul.ie/hr/hr-strategy-researchers-hrs4r> (дата обращения: 21.04.2019).

³⁵ The Human Resources Strategy for Researchers // URL: <https://euraxess.ec.europa.eu/jobs/hrs4r> (дата обращения: 21.04.2019).

та ЕС по разумному, устойчивому и всестороннему росту и созданию рабочих мест. Horizon 2020 открыт для всех, такой подход позволяет быстро начать работу над новыми проектами и быстрее достичь результатов.

Рамочная программа ЕС по исследованиям и инновациям будет дополнена дальнейшими мерами по развитию Европейского исследовательского пространства. Эти меры будут направлены на преодоление барьеров для создания подлинного единого рынка знаний, исследований и инноваций³⁶.

Возможности финансирования в рамках Horizon 2020 изложены в многолетних рабочих программах, которые охватывают подавляющее большинство вариантов доступной поддержки. Рабочие программы разрабатываются Европейской комиссией. Подготовка рабочих программ включает консультации с заинтересованными сторонами. Для этой цели были созданы 19 консультативных групп Horizon 2020 в качестве консультативных органов. Дополнительные открытые и целевые консультационные мероприятия направлены на получение мнений и вкладов, в том числе от Европейских инновационных партнерств и Европейских технологических платформ.

Результаты более широких консультаций с заинтересованными сторонами по соответствующим приоритетам политики (например, единый цифровой рынок, Энергетический союз и т.д.) также принимаются во внимание. Основная рабочая программа Horizon 2020 дополняется отдельными рабочими программами для Европейского исследовательского совета, Евратома, Объединенного исследовательского центра и Стратегической инновационной программы для Европейского института инноваций и технологий (EIT).

Текущая программа Horizon 2020 содержит введение, 18 тематических разделов и общие приложения, описывающие общие правила, такие как стандартные условия приемлемости и критерии приемлемости для исследований. Каждый тематический раздел является автономным и описывает общие цели, соответствующие призывы к подаче предложений и темы. В общем введении к рабочей программе на 2018—2020 гг. для исследовательской и инновационной программы Horizon 2020 ЕС описы-

вается контекст этих крупных инвестиций, политические факторы, определяющие приоритеты, и новые функции этой рабочей программы. Эти меры включают высокоинтегрированные мероприятия, называемые основными направлениями. Рабочая программа охватывает пять основных приоритетов³⁷:

1. Увеличение инвестиций в устойчивое развитие и НИОКР.
 2. Интеграция оцифровки во все промышленные технологии. Интеграция цифровых технологий, использования больших данных и управления ими, а также цифровая физическая интеграция должна быть существенно расширена в течение всего Horizon 2020, в том числе во всех социальных задачах.
 3. Укрепление международного сотрудничества в области НИОКР.
 4. Социальная устойчивость: Европа сталкивается с многочисленными и, казалось бы, внезапными изменениями на разных фронтах, такими как большое миграционное давление, киберпреступность, угрозы безопасности, а также гибридные угрозы. Такие мероприятия, как никогда ранее, требуют потенциала для скоординированных действий ЕС.
 5. Рынок, создающий инновации: Европа могла бы лучше использовать инновационные идеи, способные создавать новые рынки и укреплять европейскую промышленную базу. Рост цифровых технологий и появление новых бизнес-моделей и инноваций на границах между различными секторами открывают новые возможности для стимулирования экономического роста и создания качественных рабочих мест. Инновационные рамочные условия являются предпосылкой для развития таких новых рынков в Европе. Основным новым компонентом Horizon 2020 станут первые элементы Европейского инновационного совета (EIC), который сосредоточится на поддержке инновационных фирм и предпринимателей, способных быстро расширять свой бизнес на европейском и глобальном уровнях.
- Horizon 2020 находится на пересечении многих из десяти политических приоритетов Европейской комиссии, его результатом является обеспечение четкой направленности:

³⁶ What is Horizon 2020? // URL: <http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/what-horizon-2020#Article> (дата обращения: 21.04.2019).

³⁷ Horizon 2020. Work Programme 2018—2020 // European Commission Decision C(2018)4708 of 24 July 2018.

поддержка конкурентоспособности ЕС путем предоставления идей, развития технологий и процессов, а также инновационных решений проблем общества; создание предприятий, увеличение доли рынка и создание рабочих мест в краткосрочной, среднесрочной и долгосрочной перспективе.

VI. SINE2020 и FILL2030

1. SINE2020

SINE2020 была инициирована в октябре 2015 г. в рамочной программе Horizon 2020. SINE2020 в значительной степени ориентирована на пользователя. Это так называемая «Совместная исследовательская деятельность» (JRAs), сфокусированная на ключевых методах настоящих и будущих нейтронных экспериментов. Эти мероприятия охватывают вопросы подготовки образцов, такие как новые методы дейтерирования и макромолекулярного кристаллогенеза, сложное оборудование для среды образцов и разработка программного обеспечения. SINE2020 поддерживает коллективный подход к обработке данных, полученных с помощью широкого спектра методов (SANS, рефлектометрия, обработка изображений, INS, QENS и атомистическое моделирование).

SINE2020 стремится укреплять прямые связи с промышленными пользователями, демонстрируя потенциал нейтронных технологий и ценность доступа к средствам сети. Благодаря SINE2020 промышленные пользователи теперь могут легко выполнять технико-экономические обоснования в восьми различных европейских нейтронных центрах в таких областях, как анализ отказов или разработка материалов и компонентов. Особое внимание в SINE2020 уделяется нейтронам. С этой целью виртуальная платформа электронного обучения получила дальнейшее развитие: SINE2020 поддерживает начальные и специализированные нейтронные школы по всей Европе³⁸.

2. FILL2030

FILL2030 адаптирует ILL к изменяющейся среде исследований нейтронов. Рассеяние нейтронов в Европе переживает важный переходный период. Методика, разработанная экспертами,

достигла уровня зрелости, который подходит для использования широким, не экспертным сообществом пользователей. Передовые эксперименты, демонстрирующие научное превосходство, проводятся параллельно с наиболее эффективным подходом с высокой пропускной способностью, который обеспечит максимально широкое воздействие. Эта эволюция в пользовательской модели совпадает с появлением междисциплинарного исследовательского подхода, основанного на больших данных. Это требует максимально простого, максимально открытого доступа к аналитическим средствам, насколько это возможно. В то же время потенциал в Европе для рассеяния нейтронов уменьшается с закрытием двух основных национальных установок. ESS (ESS будет подробнее рассмотрен ниже) начнет работу в середине 2020-х гг., однако его возможности изначально ограничены. Уже сегодня ESS представляет собой серьезную нагрузку на европейский бюджет. В этом случае для ILL крайне важно обслуживать будущих пользователей ESS до 2030 г.

В FILL2030 адаптация осуществляется посредством разработки новых пакетов услуг для научных кругов и промышленности, адаптации модели финансирования, разработки инструментов для выявления новых групп пользователей и демонстрации социально-экономического воздействия исследований, проведенных в ILL. FILL2030, также предоставит ILL средства для тестирования новой бизнес-модели при пилотировании новых режимов доступа для новых пользователей.

Являясь одной из старейших крупномасштабных исследовательских инфраструктур в Европе, с моделью финансирования, распределенной между многими заинтересованными сторонами, и разнообразным пользовательским сообществом, ILL является идеальным испытательным стендом для адаптации таких инфраструктур к изменяющейся европейской исследовательской зоне. ILL будет активно распространять возможности, извлеченные из FILL2030, так что другие исследовательские инфраструктуры могут извлечь из них пользу³⁹.

В отличие от большинства других проектов, финансируемых Европейской комиссией, FILL2030 является монобенефициарным проектом, полностью посвященным обеспечению

³⁸ URL: <https://www.ill.eu/about-ill/collaborations/european-collaborations/sine2020/> (дата обращения: 21.04.2019).

³⁹ URL: <https://cordis.europa.eu/project/rcn/207681/factsheet/en> (дата обращения: 21.04.2019).

долгосрочной устойчивости бизнес-модели ILL. В рамках исследовательской и инновационной программы Horizon 2020 EC FILL2030 было выделено 3,98 млн евро для выполнения своей миссии. Этот бюджет будет финансировать развитие следующего:

- новые пакеты услуг для академии и промышленности;
- инновации для модели финансирования ILL;
- инструменты для выявления новых групп пользователей;
- демонстрации социально-экономического воздействия исследований ILL.

Общая цель FILL2030 — добиться увеличения ежегодного бюджета ILL. В этом аспекте идет укрепление отношений между государствами — членами ILL. Одновременно FILL2030 способствует расширению круга потенциальных новых партнеров в Европе и за ее пределами, что помогает в привлечении в ILL новых пользователей и источников дополнительного финансирования. Цель состоит в том, чтобы найти новых международных партнеров, привлечь новые научные сообщества и обеспечить, чтобы нынешние пользователи в полной мере использовали потенциал, который может предложить Европа. Поэтому FILL2030 разработает набор библиометрических инструментов, способных анализировать активность европейских и других сообществ рассеяния нейтронов. Это поможет как распутать существующие сложные транснациональные сети сотрудничества, так и выявить потенциальные области роста. Новые инструменты также позволят проводить регулярный мониторинг изменений, происходящих в нейтронной науке. Самое главное, они помогут измерить социальное воздействие — главный фактор в усилиях по привлечению потенциальных новых спонсоров.

VII. ILL и ESS, сравнительный анализ

Выше отмечалось, что интеграция государств в области мегасайенс реализуется в международно-правовой форме, в форме для транснациональных и наднациональных юридических лиц, в форме европейских консорциумов. Сравнивая

ILL с другими формами интеграции государств в области мегасайенс, следует отметить, что каждая форма имеет свои достоинства и недостатки. Так, из рассмотренного выше в отношении ILL как национального юридического лица следует отметить следующие положительные черты:

- возможность разностороннего финансирования как за счет государств-участников, так и за счет частных исследований и грантов, а также европейских проектов;
- возможность разностороннего сотрудничества;
- возможность участия различных государств, привлечение ученых и частных лиц, в том числе и не из европейских стран, открытость членства;
- легкость управления и переориентации;
- стремительное расширение программ и сфер научного сотрудничества;
- гибкость, а также легкость в кооперации с различными учреждениями как национального, так и европейского и международного уровня.

Названные черты делают более притягательной организационную форму ILL с точки зрения участия, а также для использования ее в качестве аналогии в других странах, в том числе и в России, в отличие, например, от модели ESS. Так, ESS, в соответствии с Регламентом Совета (ЕС) № 723/2009 от 25 июня 2009 г. о правовой базе Сообщества для Европейского консорциума по исследовательской инфраструктуре (ERIC)⁴⁰ и Решением Европейской комиссии «Об учреждении Европейского нейтронного источника в форме Европейского консорциума исследовательской инфраструктуры»⁴¹, учреждено в форме Европейского консорциума исследовательской инфраструктуры (ERIC). Избрание подобной формы сужает формы кооперации, источники финансирования, а также возможность участия неевропейских стран (в том числе в аспекте вопросов нормативного регулирования в таких областях, как обработка персональных данных).

В соответствии со ст. 9 Регламента 723/2009/ЕС членами ERIC могут быть: государства — члены ЕС; ассоциированные страны; третьи страны,

⁴⁰ Council Regulation (EC) No 723/2009 of 25 June 2009 on the Community legal framework for a European Research Infrastructure Consortium (ERIC) // OJ L 206. 08.08.2009. Pp. 1—8.

⁴¹ Commission Implementing Decision (EU) 2015/1478 of 19 August 2015 on setting up the European Spallation Source as a European Research Infrastructure Consortium (European Spallation Source ERIC) // OJ L 225. 28.08.2015. Pp. 16—48.

отличные от ассоциированных стран; межправительственные организации. Установление подобных критериев накладывает обязательства на потенциальных участников по учреждению в определенной форме, а также сужает участие частных лиц и групп ученых. Например, для того, чтобы Международный центр нейтронных исследований на базе высокопоточного исследовательского реактора ПИК (МЦНИ ПИК)⁴² на территории Российской Федерации мог стать членом ESS, он должен быть учрежден в международно-правовой форме.

Более того, согласно уставу, утвержденному членами ESS ERIC, государства — члены ЕС обладают большинством голосов на собрании членов, что делает участие остальных членов менее привилегированным. То же относится и к финансированию: государства-члены вносят вклад в денежной либо натуральной формах в отношении строительных затрат (расходы на сооружение установки), вклады последующих членов указываются в отдельном приложении к уставу.

Более того, одной из первоочередных задач ERIC является изучение исследовательской инфраструктуры, без извлечения прибыли⁴³. Осуществление экономической деятельности разрешено только в ограниченном объеме, связанном с достижением основных задач ERIC.

Итак, использование формы национального юридического лица как более гибкой и разносторонней с точки зрения кооперации, финансирования и сотрудничества является более предпочтительным.

VIII. Участие России

Horizon 2020 полностью открыт для участия организаций со всего мира во всех частях программы, и многие темы отмечены как имеющие особое значение для сотрудничества с партнерами за пределами Европы. Российские ученые, уни-

верситеты, исследовательские организации и предприятия могут объединиться со своими европейскими партнерами для участия в проектах в рамках Horizon 2020 и максимально использовать прекрасные европейские возможности в области исследований и инноваций. Российским исследователям и организациям предлагается принять участие во всех мероприятиях Horizon 2020 в качестве членов консорциума⁴⁴.

Чтобы поддержать участие России в мероприятиях Horizon 2020 и ввиду того что участники из России больше не финансируются ЕС автоматически, Министерство науки и высшего образования РФ публикует специальные призывы предложить финансовую поддержку участникам Russian Horizon 2020 в соответствии с собственными процедурами вызовов (Федеральная программа России (ФЦП) «НИОКР в приоритетных направлениях развития российского научно-технического комплекса на 2014—2020 годы»). Российские заявители на эти конкурсы должны будут предоставить документ, подтверждающий их участие в консорциуме совместного предложения Horizon 2020, представленного в рамках конкурса Horizon 2020.

В зависимости от характера предлагаемых исследований российским участникам научно-исследовательских и инновационных проектов Horizon 2020 также рекомендуется обращаться к конкурсам Российского фонда фундаментальных исследований и Российского научного фонда, которые могут оказать финансовую поддержку в соответствии с собственными правилами финансирования.

Кроме того, Российский фонд помощи малым инновационным предприятиям может поддержать участие малых инновационных российских предприятий в проектах Horizon 2020 в индивидуальном порядке в соответствии со своими правилами финансирования. Запросы относительно участия в Horizon 2020 могут также направляться в офисы назначенных национальных контактных центров России⁴⁵.

⁴² Passport International Center for Neutron Research (PIK Neutron Research Facility) // URL: https://www.cremlin.eu/sites/sites_custom/site_cremlin/content/e17712/e60687/Passport_PIK_Neutron_Research_Facility.pdf (дата обращения: 21.04.2019); First CREMLIN Recommendations for the European-Russian Megascience Collaboration // URL: <https://indico.desy.de/indico/event/20397/material/7/0.pdf> (дата обращения: 20.04.2019).

⁴³ Council Regulation (EC) No 723/2009 of 25 June 2009 on the Community legal framework for a European Research Infrastructure Consortium (ERIC) // OJ L 206. 08.08.2009. Pp. 1—8.

⁴⁴ Russia.Country.Page // URL: http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/other/hi/h2020_localsupp_russia_en.pdf (дата обращения: 21.04.2019).

⁴⁵ URL: http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/support/national_contact_points.html (дата обращения: 21.04.2019).

Приоритеты ЕС для будущего сотрудничества с Россией:

— Исследовательская инфраструктура

Рабочая программа Horizon 2020 на 2018—2020 гг. включает инициативу о двустороннем сотрудничестве в поддержку дальнейшей структуризации сотрудничества с Российской Федерацией в области исследовательской инфраструктуры. В частности, сфера действия этой инициативы сосредоточена: i) на сотрудничестве с российскими меганаучными проектами; ii) облегчении доступа ученых ЕС к российской исследовательской инфраструктуре; iii) разработке программы обмена персоналом.

— Другие области

Сотрудничество по программам «мегагрантов», а также Horizon 2020 и других инициатив в ряде тематических областей, включая морской транспорт (по арктической навигации); космические исследования; окружающая среда и изменение климата, включая темы, связанные с полярными исследованиями; нанотехнологии; биотехнологии; современные материалы, производство и обработка (NMBP); морские исследования, в том числе в Черном море; информационные и коммуникационные технологии, а также эффективность использования ресурсов и сырья; геномные биотехнологии; математика, суперкомпьютеры и большие данные, энергия и энергоэффективность; астрономия; защита окружающей среды⁴⁶.

Сотрудничество в области науки и технологий между Российской Федерацией и ЕС

Обе стороны приняли к сведению общее намерение возобновить действие Соглашения о сотрудничестве в области науки и техники между Европейским Сообществом и Правительством Российской Федерации, срок действия которого истек в феврале 2019 г., еще на пять лет без каких-либо изменений в его нынешнем тексте.

ЕС приветствует намерение российских властей обеспечить непрерывность финансовой поддержки российских субъектов в многолетних проектах международного сотрудничества, в том числе в Horizon 2020, после 2020 г. и разработку таких механизмов в новой федеральной государственной программе по научно-технологическому развитию Российской Федерации.

ЕС приветствует заинтересованность России в участии в ERA-Nets и аналогичных схемах

совместного финансирования как в качестве участника совместного финансирования на уровне программы, так и в качестве партнера по исследованиям на уровне проекта. В этом контексте Объединенный комитет признал деятельность консорциума ERA-Net.RUS Plus в качестве выдающегося примера поддерживаемой ЕС акции, которая превратилась в инициативу по устойчивому крупномасштабному совместному финансированию.

Обе стороны приветствуют многочисленные мероприятия по продвижению сотрудничества для ученых и исследователей из Европейского Союза и Российской Федерации в рамках Horizon 2020 и российских программ и организаций, по финансированию исследований, а также софинансирования⁴⁷.

Описанные пути кооперации России и ЕС свидетельствуют о возможности участия российских ученых в проектах ILL, а также сотрудничества МЦНИ ПИК и ILL.

Выводы

Развитие интеграции государств в области образования породило расширение различных форм сотрудничества в данной области. Особыми формами такой интеграции являются установки мегасайенс, создаваемые в различных организационно-правовых формах. Появление в России Научно-исследовательского реакторного комплекса ПИК породило поиски наиболее эффективной модели его организации. Анализ международно-правовых, транснациональных и наднациональных юридических форм, а также европейских консорциумов, форм национального юридического лица в лице ILL показал, что использование опыта последнего является наиболее приемлемым не только потому, что механизмы, используемые в ILL, являются наиболее гибкими и открытыми для участия, но также и потому, что использование других форм является более затратным и практически тяжело реализуемым. Так, для создания наднациональных форм необходимо членство России в интеграционных организациях, подобных ЕС. Членство России в Евразийском экономическом союзе не создает предпосылок для создания в рамках него установок класса мегасайенс в наднациональной форме.

⁴⁶ URL: https://ec.europa.eu/research/iscp/pdf/policy/ru_roadmap_2018.pdf (дата обращения: 21.04.2019).

⁴⁷ Roadmap for EU-Russia S&T cooperation // URL: https://ec.europa.eu/research/iscp/pdf/policy/ru_roadmap_2018.pdf (дата обращения: 21.04.2019).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Кашкин С. Ю., Четвериков А. О. Международная образовательная интеграция: содержание и правовое регулирование. — М. : Проспект, 2018. — 293 с.
2. Четвериков А. О. Организационно-правовые формы большой науки (мегасайенс) в условиях международной интеграции: сравнительное исследование // Юридическая наука. — 2018. — № 1. — С. 13—26.

Материал поступил в редакцию 30 сентября 2019 г.

INSTITUT LAUE-LANGEVIN (ILL) AS A FORM OF SCIENTIFIC COOPERATION⁴⁸

Tatyana S. Zaplatina, Cand. of Sci. (Law), Lecturer of the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
tatianazaplatina@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The integration of states in the field of education has given rise to the expansion of various forms of cooperation in this area. The subject of the study is one of the large-scale scientific projects called "megascience" — Institut Laue-Langevin (ILL), based in Grenoble, France. Such international research centers are designed to achieve breakthrough discoveries, like the Large Hadron Collider (LHC) in Europe, the Laser Interferometric Gravitational-wave Observatory (LIGO) in the United States, and neutron research through the research reactor complex PIK, under construction in Russia. Large research infrastructures are an important phenomenon of public life. In France, megascience installations are officially called "very large research infrastructures", briefly TGIR, in Australia — "landmark research infrastructures".*

The Institut Laue-Langevin is established as a national legal entity and is managed by three partner countries: France through the French Alternative Energies and Atomic Energy Commission (CEA) and the French National Centre for Scientific Research (CNRS); Germany through the Jülich Research Centre (FZJ) and the United Kingdom through the Science and Technology Facilities Council (STFC).

This form of cooperation between countries, integration of states in the field of education has a number of positive aspects and can be used in Russia to find the most effective model for organizing mega-science projects. Thus, ILL make it possible to use different sources of funding-funds from both the state and private research and grants, as well as European projects. The ILL provides for the possibility of diverse cooperation and participation of various states, the involvement of scientists and individuals, including non-European countries, open membership. The positive features are also the ease of management and reorientation of ILL, flexibility, as well as the ease of cooperation with various institutions of both national and European and international level.

Keywords: *megascience, Institut Laue-Langevin (ILL), neutron scattering facilities, national legal entity, European cooperation, Horizon 2020, SINE2020, FILL2030, ESS.*

REFERENCES

1. Kashkin, S.Yu., & Chetverikov, A.O. (2018). *Mezhdunarodnaya obrazovatel'naya integratsiya. Soderzhanie i pravovoe regulirovanie* [International educational integration. Content and legal regulation]. Moscow: Prospekt Publ.
2. Chetverikov, A.O. (2018). *Organizatsionno-pravovye formy bolshoy nauki (megasayens) v usloviyakh mezhdunarodnoy integratsii: sravnitel'noe issledovanie* [Legal forms of big science (megascience) in the context of international integration : a comparative study]. *Yuridicheskaya nauka* [Legal science]. (1). 13—26.

⁴⁸ The study is supported by Russian Foundation for Basic Research, Grant No. 18-29-15015.

Н. А. Молчанов*

Правовое регулирование науки и образования в интересах национальной безопасности в условиях сетевого общества

Аннотация. Становление и развитие современного сетевого общества сопровождается доминированием информатизации, широкого использования Интернета, информационного взаимодействия разнообразных технических средств в интересах общественных, социальных и экономических отношений. При этом напрямую затрагиваются такие важнейшие сферы, как обеспечение безопасности и развитие науки и образования. Это вносит революционные изменения в педагогическую практику, передачу и обмен знаниями, создание нового профессионального сообщества педагогов, ученых и инженеров. Формируются инновационные подходы к организации подготовки специалистов различного профиля, виртуальные университеты, сетевые транснациональные консорциумы исследователей и разработчиков. В этих условиях правомерно говорить о новой отрасли права — о «сетевом праве», которое регулирует общественные отношения, строящиеся с использованием информационного пространства, что корректно и в интересах национальной безопасности. Правовое регулирование науки и образования в интересах национальной безопасности в условиях сетевого общества следует рассматривать как комплексный, системный и непрерывный процесс, требующий совершенствования организационно-управленческих механизмов, законодательной базы исходя из стратегических целей обеспечения национальной безопасности России, приоритетных направлений и задач государственной национальной политики. В статье обосновывается существование системной связи особенностей сетевого общества, национальной безопасности, образования и науки, которые находятся в тесном взаимодействии, дополняя и обуславливая друг друга. С учетом исследовательских целей и задач анализируются основные положения Стратегии национальной безопасности РФ до 2020 г., Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации», указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ по вопросам науки и образования. Формулируется вывод о том, что правовое регулирование науки и образования в интересах национальной безопасности в условиях сетевого общества приобретает особую роль стратегического ресурса устойчивого развития современного общества и важного фактора социально-экономического и технологического развития России.

Ключевые слова: наука, образование, образовательная политика, государственная политика, национальная безопасность, информатизация, сетевое общество, сетевое право, регулирование сети Интернет.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.124-130

В настоящее время и обозримой перспективе формирование мирового порядка определяется во многом процессами глобализации. Так, наблюдается устойчивый рост важности

связей и ресурсных/информационных потоков в качестве организующей основы повседневной жизни и целенаправленной деятельности людей, отдельных стран и международных

© Молчанов Н. А., 2019

* Молчанов Николай Андреевич, доктор военных наук, профессор кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) n.molchanov@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

организаций¹. Ведущий драйвер глобализации — глобальное же информационное пространство — формируется на основе информационно-коммуникационных технологий и интернет-практик, которые внесли радикальные изменения в социальные ткани, образуемые человеческим сообществом, воплотив таким образом в жизнь так называемое сетевое общество.

Термин «сетевое общество» родился в 1970—1980-е гг. в среде западных социологов и является скорее философской рефлексией на развитие новых форм коммуникаций, организации производства и потребления в «высокотехнологичных» обществах. К теме сетевого общества были обращены работы С. Брэтена, Я. ван Дейка, М. Кастельса, Р. Хилца и М. Туроффа и других. Этот термин не имеет однозначного, всеми признаваемого определения, а его трактовка зависит от контекста. В целом «сетевизация» общества — это процесс развития системы глобальных горизонтальных связей на основе интернет-практик, которые позволяют людям общаться друг с другом, не прибегая к традиционным каналам, созданным общественными институтами для социализации². Соответственно, сетевое общество не может иметь универсальной правовой интерпретации и его правовое определение зависит от рассматриваемой отрасли.

Развитие глобального информационного пространства и сетевого общества напрямую затрагивает такие важнейшие сферы, как обеспечение безопасности и развитие науки и образования. Так, расширение форм коммуникаций, обмена информацией вносит революционные изменения в педагогическую практику, передачу и обмен знаниями, формирует новые профессиональные сообщества педагогов, ученых и инженеров. Формируются инновационные подходы к организации подготовки специалистов различного профиля, виртуальные университеты, сетевые транс-

национальные консорциумы исследователей и разработчиков. Это — с одной стороны. С другой — зависимость повседневной деятельности государственных органов, корпоративных структур, населения от Интернета (киберпространства) спровоцировала множество новых угроз. И чем выше эта зависимость, тем выше уязвимость страны перед угрозой подрыва или уничтожения ее информационной и производственной инфраструктуры посредством вредоносных программ, направленных из неизвестного источника неизвестными злоумышленниками. Одним из факторов, способствующих распространению таких угроз, является то, что Интернет — это по большей части свободная и нерегулируемая среда³. Кроме того, «сетевизация» сферы науки и образования и обеспечения безопасности не ограничивается вопросами безопасности информационной.

Необходимость серьезного внимания со стороны системы государственного управления к использованию информационного пространства и Интернета выражается в том числе в развитии правового регулирования деятельности в сети Интернет и защиты его российского сегмента. Интернет нуждается в регулировании. Законодательство в области Интернета лежит на стыке правового поля и политики, так как напрямую затрагивает интересы общества, права и свободы человека, поэтому нельзя изучать проблемы в области интернет-законодательства в отрыве от политологии и социологии⁴.

В 1999 г. в России Законодательным Собранием принята Концепция формирования информационного общества в России. Она стала манифестом интеграции страны в глобальное информационное пространство. В 2000 г. Россия подписала Окинавскую хартию глобального информационного общества — международный документ, который декларирует обеспечение равного доступа к информации и информационным технологиям, внедрение этих технологий в образование, медицину и эконо-

¹ Логунов А. Б. Региональная и национальная безопасность. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Вузовский учебник: Инфра-М, 2014. С. 383.

² Ломпартер Д. Сетевое общество: основные понятия, концепции, развитие // URL: <http://fb.ru/article/458506/setevoe-obschestvo-osnovnyie-ponyatiya-kontseptsii-razvitiie> (дата обращения: 30.04.2019).

³ В целом безопасность киберсферы является подмножеством информационной безопасности и определяется (в терминах, принятых IGF) как состояние защищенности информации (данных), при котором обеспечиваются ее (их) конфиденциальность, доступность и целостность. См.: Логунов А. Б. Указ. соч. С. 413.

⁴ Агейчев А. Законодательство в сфере интернет-коммуникаций. Российский и международный опыт // Сравнительная политика. 2016. № 2 (23). С. 73—84. URL: [https://doi.org/10.18611/2221-3279-2016-7-2\(23\)-73-84](https://doi.org/10.18611/2221-3279-2016-7-2(23)-73-84).

мику. Уже в 2002 г. Правительство РФ принимает ФЦП «Электронная Россия», которую с 2011 г. заменила государственная программа «Информационное общество (2011—2020)»⁵. К фундаментальным законам, которые регулируют информационное пространство России, относится Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». В целом в национальном законодательстве в настоящее время действует около десятка федеральных законов и десятки подзаконных актов, определяющих «работу» сетевого общества в стране⁶. Эта нормативная основа находится в постоянном совершенствовании. Так, 1 мая 2019 г. Президент России В. В. Путин подписал закон «об устойчивом Рунете»⁷.

В рассматриваемом контексте вопросы правового регулирования науки и образования в интересах национальной безопасности являются предметом пристального внимания со стороны органов управления в рамках системы обеспечения национальной безопасности страны.

Стратегическими целями обеспечения национальной безопасности в области науки, технологий и образования, как отмечается в ст. 67 Стратегии национальной безопасности РФ, являются:

- развитие системы научных, проектных и научно-технологических организаций, способной обеспечить модернизацию национальной экономики, реализацию конкурентных преимуществ Российской Федерации, оборону страны, государственную и общественную безопасность, а также формирование научно-технических заделов на перспективу;
- повышение социальной мобильности, качества общего, профессионального и высшего образования, его доступности для всех категорий граждан, а также развитие фундаментальных научных исследований.

Статья 70 Стратегии раскрывает 14 направлений деятельности для достижения указанных

целей⁸. Так, для решения задач национальной безопасности в области науки, технологий и образования необходимы:

- комплексное развитие научного потенциала, восстановление полного научно-производственного цикла — от фундаментальных научных исследований до внедрения достижений прикладной науки в производство в соответствии с приоритетами социально-экономического, научного и научно-технологического развития Российской Федерации;
- развитие национальной инновационной системы, стимулирование и поддержка развития рынка инноваций, наукоемкой продукции, в том числе наукоемкой продукции с высокой добавочной стоимостью;
- формирование системы фундаментальных и прикладных научных исследований и ее государственная поддержка в интересах организационно-научного обеспечения реализации стратегических национальных приоритетов;
- развитие перспективных высоких технологий (генная инженерия, робототехника, биологические, информационные и коммуникационные, когнитивные технологии, нанотехнологии, природоподобные конвергентные технологии);
- развитие взаимодействия образовательных организаций и научно-исследовательских центров с промышленными предприятиями, расширение практики софинансирования государством и субъектами предпринимательства долгосрочных фундаментальных научных исследований и программ с длительными сроками реализации;
- повышение качества подготовки научных работников, инженеров, технических специалистов, способных решать задачи модернизации российской экономики на основе технологических инноваций, обеспечить развитие науки и образования, разработку конкурентоспособных технологий и образ-

⁵ Постановление Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 313 «Об утверждении Государственной программы Российской Федерации «Информационное общество»».

⁶ Агейчев А. Указ. соч.

⁷ Закон направлен на то, чтобы защитить устойчивую работу Интернета в России в случае возникновения угрозы его нормальному функционированию из-за рубежа. Он вступит в силу уже в ноябре текущего года. При этом положение о криптографической защите информации и национальной системе доменных имен начнет действовать с начала 2021 г. См.: https://iz.ru/874370/2019-05-01/putin-podpisal-zakon-ob-ustoichivom-runete?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop (дата обращения: 30.04.2019).

⁸ Указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации». Ст. 67—70 // СПС «КонсультантПлюс».

- цов наукоемкой продукции, организацию наукоемкого производства;
- развитие системы среднего профессионального образования в целях подготовки квалифицированных рабочих в соответствии с лучшими мировыми стандартами и передовыми технологиями;
 - создание благоприятных условий для научной деятельности;
 - обеспечение лидирующих позиций России в области фундаментального математического образования, физики, химии, биологии, технических наук, гуманитарных и социальных наук;
 - развитие междисциплинарных исследований;
 - повышение роли школы в воспитании молодежи как ответственных граждан России на основе традиционных российских духовно-нравственных и культурно-исторических ценностей, а также в профилактике экстремизма и радикальной идеологии;
 - повышение качества преподавания русского языка, литературы, отечественной истории, основ светской этики, традиционных религий;
 - развитие системы поддержки талантливых детей, внешкольного дополнительного образования, детского технического и художественного творчества, решение проблем переполненности общеобразовательных организаций;
 - активное развитие международных связей в области науки и образования, наращивание экспорта качественных образовательных услуг, прежде всего в государства — участники Содружества Независимых Государств, повышение привлекательности образования на русском языке на мировом рынке образовательных услуг.

Определенные Стратегией направления деятельности или задачи национальной безопасности в области науки, технологий и образования не могут быть реализованы без современных управленческих, обучающих технологий, коммуникативных практик в профессиональной среде исследователей и разработчиков, профессорско-преподавательского состава, технологических брокеров и т.д. В рамках заседания Совета по науке и образованию 27 ноября 2018 г. Президент РФ В. В. Путин заявил о том, что для «нового качества жизни человека» в России, конкурентоспособности экономики и выживания страны в целом необходимо существенное

повышение ее научного потенциала, новые знания и прорывные технологии: «Знания, технологии, компетенции, кадры — это основа для реализации наших национальных проектов, для достижения наших стратегических целей. Речь о новом качестве жизни человека, о возможностях для его самореализации, о конкурентоспособности нашего общества в целом, экономики, государства в мире будущего».

В последнее время в плане совершенствования правового регулирования в сфере науки и образования приняты ряд федеральных законов, указов Президента, постановлений Правительства РФ, в том числе:

- Федеральный закон от 19 июля 2018 г. № 218-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О Российской академии наук, реорганизации государственных академий наук и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации”»;
- Указ Президента РФ от 15 мая 2018 г. № 215 «О структуре федеральных органов исполнительной власти»;
- постановление Правительства РФ от 29 марта 2019 г. № 377 о государственной программе «Научно-технологическое развитие Российской Федерации» и др.

Так, в целях формирования эффективной структуры федеральных органов исполнительной власти, в соответствии с Указом Президента РФ от 15 мая 2018 г. № 215, Министерство образования и науки РФ преобразовано в Министерство просвещения РФ и Министерство науки и высшего образования РФ.

Федеральный закон от 19 июля 2018 г. № 218-ФЗ существенно расширяет полномочия Российской академии наук в целях обеспечения преемственности и координации ее деятельности с органами исполнительной власти, военно-промышленного комплекса и образовательных и научных учреждений, в том числе в сфере научных исследований, реализуемых в сфере оборонно-промышленного комплекса в интересах обороны страны и безопасности государства.

Министерство науки и высшего образования РФ разработало государственную программу «Научно-технологическое развитие Российской Федерации», утвержденную постановлением Правительства РФ от 29 марта 2019 г. № 377, которая будет реализовываться в 2019—2030 гг. Госпрограмма разработана с учетом целей и целевых показателей национальных проектов «Наука», «Образование»

и «Цифровая экономика»; в нее включены пять подпрограмм: «Развитие национального интеллектуального капитала», «Обеспечение глобальной конкурентоспособности российского высшего образования», «Фундаментальные научные исследования для долгосрочного развития и обеспечения конкурентоспособности общества и государства», «Формирование и реализация комплексных научно-технических программ по приоритетам Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации».

Перечисленные нормативные правовые акты и их содержание отвечают целям и задачам Стратегии национальной безопасности РФ и направлены на повышение конкурентоспособности экономики, повышение научно-технологического потенциала, эффективное государственно-правовое регулирование в области интеграции и развития науки и образования, в том числе и в интересах национальной безопасности Российской Федерации. Так, регулирование науки и образования в интересах национальной безопасности в настоящее время проводится в целях формирования опережающего научно-технического задела для создания перспективных образцов вооружения, военной и специальной техники, развития оборонно-промышленного комплекса, а также подготовки и переподготовки кадров. Инструментами такого регулирования в настоящее время могут рассматриваться следующие.

1. Информационные системы учета научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, которые могут представлять интерес и для обеспечения обороны страны и безопасности государства. Эти системы позволяют проводить мониторинг и отбор таких работ с помощью Единой государственной информационной системы учета научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения, выполняемых за счет средств федерального бюджета (ЕГИСУ НИОКТР), разработанной во исполнение постановления Правительства РФ от 12 апреля 2013 г. № 327⁹.

2. Использование в целях обороны и безопасности результатов исследований и раз-

работок, полученных в рамках федеральной целевой программы «Исследования и разработки по приоритетным направлениям развития научно-технологического комплекса России на 2014—2020 годы». Программа утверждена постановлением Правительства РФ от 21 мая 2013 г. № 426¹⁰. Научные исследования, проводимые в рамках программы, относятся исключительно к исследованиям гражданского назначения. Тем не менее отдельные результаты могут быть востребованы в интересах обороны и безопасности страны.

3. Проекты «мегасайенс». Усилиями Минобрнауки России во взаимодействии с ведущими министерствами и государственными корпорациями и ведущими предприятиями оборонного сектора создается и развивается программа создания и развития сети уникальных научных установок класса «мегасайенс».

4. Центры развития науки, технологий и образования в области обороны и обеспечения безопасности государства созданы при образовательных организациях и осуществляют свою деятельность при координирующей роли коллегии Военно-промышленной комиссии РФ. Типовой задачей этих центров является активизация участия ведущих вузов страны и вовлечение высококвалифицированных специалистов в решение наукоемких задач в интересах обороны и обеспечения безопасности государства, в том числе через реализацию комплекса программ повышения квалификации. В каждом центре определены 3—5 приоритетных направлений деятельности.

Перечисленные инструменты государственно-правового регулирования, безусловно, не раскрывают всей полноты спектра усилий по регулированию науки и образования в интересах национальной безопасности. В то же время их реализация во многом зависит от внутриведомственного и межведомственного взаимодействия, взаимодействия различных коллективов государственных органов, вузов и предприятий, образующих соответствующие профессиональные сети, функционирование которых направлено на решение поставленных задач.

⁹ Постановление Правительства РФ от 12 апреля 2013 г. № 327 «О единой государственной информационной системе учета научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения» // СПС «ГАРАНТ».

¹⁰ Постановление Правительства РФ от 21 мая 2013 г. № 426 «О федеральной целевой программе “Исследования и разработки по приоритетным направлениям развития научно-технологического комплекса России на 2014—2020 годы”» // СПС «ГАРАНТ».

Такие профессиональные сети на сегодняшний день становятся достаточно отработанным и понятным инструментом взаимодействия в области науки и образования. Здесь примером может послужить Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в РФ», а именно его статья 15 «Сетевая форма реализации образовательных программ». Сегодня можно утверждать, что дистанционная модель учебной деятельности (дистанционное обучение), имеющая в силу объективных причин весьма высокий коэффициент полезной деятельности, опирающаяся на идею массового сотрудничества, идеологии открытых образовательных ресурсов, в сочетании с сетевой организацией взаимодействия участников, прочно вошла в российскую образовательную систему и имеет серьезные перспективы развития, учитывая возможности оперативной передачи знаний на удаленное расстояние, любому количеству обучающихся, при разумных экономических затратах, выгодных обоим субъектам правоотношений (учебному заведению и обучаемому)¹¹.

В целом, подводя итог, можно отметить, что правовое регулирование науки и образования в интересах национальной безопасности в условиях сетевого общества в настоящее время осуществляется в основном с использованием классических отраслевых правовых инструментов. Этот подход оправдывает себя с учетом специфики управления наукой и образованием,

с одной стороны, и сферой обороны и безопасности — с другой. Принципиальной особенностью симбиоза этих сфер является жесткая необходимость обеспечения государственной и коммерческой тайны, что само по себе предусматривает известные ограничительные и охранительные меры по распространению, обмену и доступу к чувствительной информации, что слабо сочетается с принципами функционирования глобального информационного пространства и сети Интернет.

Постановка вопроса о формировании новой отрасли права — «сетевого права», которое регулирует общественные отношения, строящиеся с использованием информационного пространства, корректна и для регулирования науки и образования в интересах национальной безопасности. Однако разработка нормативной базы для сетей, организуемых и формирующихся на стыке науки образования и обеспечения национальной безопасности, — предмет дальнейших усилий специалистов в области права и национального законодательства.

Основным выводом может быть то, что правовое регулирование науки и образования в интересах национальной безопасности в условиях сетевого общества приобретает особую роль стратегического ресурса устойчивого развития современного общества и важного фактора социально-экономического и технологического развития России.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Агейчев А.* Законодательство в сфере интернет-коммуникаций. Российский и международный опыт // Сравнительная политика. — 2016. — № 2 (23). — С. 73—84.
2. *Гришина Т.* Сетевому обществу — сетевое право // URL: <https://narodirossii.ru/?p=23618> (дата обращения: 30.04.2019).
3. *Логунов А. Б.* Региональная и национальная безопасность. — М.: Вузовский учебник: Инфра-М, 2014.
4. *Ломпартер Д.* Сетевое общество: основные понятия, концепции, развитие // URL: <http://fb.ru/article/458506/setevoe-obschestvo-osnovnyie-ponyatiya-kontseptsii-razvitiie> (дата обращения: 30.04.2019).
5. *Молчанов Н. А.* Модернизация современной системы образования с учетом реализации Стратегии государственной национальной политики Российской Федерации как основа обеспечения национальной безопасности государства // Lex russica. — 2013. — № 7. — С. 767—773.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

¹¹ *Гришина Т.* Сетевому обществу — сетевое право. 22.07.2018 // URL: <https://narodirossii.ru/?p=23618> (дата обращения: 30.04.2019).

**LEGAL REGULATION OF SCIENCE AND EDUCATION IN THE INTERESTS
OF NATIONAL SECURITY IN A NETWORK SOCIETY**

Nikolay A. Molchanov, Dr. of Sci. (Military), Professor of the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
n.molchanov@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. Formation and development of the modern network society is accompanied by domination of informatization, wide use of the Internet, information interaction of various technical means in interests of public, social and economic relations. This directly affects such important areas as security and the development of science and education. It makes revolutionary changes in pedagogical practice, transfer and exchange of knowledge, creation of a new professional community of teachers, scientists and engineers. Innovative approaches to the organization of training of specialists in various fields, virtual universities, network transnational consortia of researchers and developers are being formed. In these conditions, it is legitimate to talk about a new branch of law, i.e. the "network law", which regulates public relations, built with the use of infosphere, which is correct and in the interests of national security. Legal regulation of science and education in the interests of national security in a networked society should be considered as a complex, systematic and continuous process that requires improvement of organizational and managerial mechanisms, the legislative framework based on the strategic goals of ensuring national security of Russia, the priorities and objectives of the state national policy. The paper substantiates the existence of a systemic relationship between the features of the network society, national security, education and science, which are in close interaction, complementing and conditioning each other. Taking into account the research goals and objectives, the main provisions of the National Security Strategy of the Russian Federation 2020, the Federal law "On education in the Russian Federation", presidential decrees and government resolutions on science and education are analyzed. The conclusion is formulated that the legal regulation of science and education in the interests of national security in a network society acquires a special role as a strategic resource for sustainable development of modern society and an important factor of socio-economic and technological development of Russia.

Keywords: science, education, educational policy, public policy, national security, informatization, network society, network law, regulation of the Internet.

REFERENCES

1. Ageichev, A. (2016). Zakonodatelstvo v sfere internet-kommunikatsiy. Rossiyskiy i mezhdunarodnyy opyt [Legislation in the field of Internet communications. Russian and international experience]. *Sravnitel'naya politika* [Comparative politics]. 2 (23). 73-84.
2. Grishina, T. *Setevomu obshchestvu — setevoe pravo* [Network society-network law]. Retrieved from <https://narodnirossii.ru/?p=23618> (accessed 30.04.2019).
3. Logunov, A.B. (2014). *Regional'naya i natsional'naya bezopasnost* [Regional and national security]. Moscow: University textbook, Infra-M Publ.
4. Lomparter, D. *Setevoe obshchestvo: osnovnye ponyatiya, kontseptsii, razvitie* [The Networked society: basic concepts, concepts, development]. Retrieved from <http://fb.ru/article/458506/setevoe-obshchestvo-osnovnyie-ponyatiya-kontseptsii-razvitie> (accessed 30.04.2019).
5. Molchanov, N.A. (2013). Modernizatsiya sovremennoy sistemy obrazovaniya s uchetom realizatsii strategii gosudarstvennoy natsionalnoy politiki Rossiyskoy Federatsii kak osnova obespecheniya natsionalnoy bezopasnosti gosudarstva [Modernization of the modern education system taking into account the implementation of the Strategy of the State National Policy of the Russian Federation as a basis for ensuring the national security of the state]. *Lex Russica*. (7). 767—773.

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ COMPARATIVE STUDIES

А. М. Камалян*

Об основах правового регулирования государственных закупок в Западноафриканском экономическом и валютном союзе (ЗАЭВС)

Аннотация. В статье анализируются ключевые наднациональные документы в области государственных закупок, принятые в рамках Западноафриканского экономического и валютного союза, прежде всего юридически обязательные директивы (Директива 04/2005 о присуждении, исполнении и оплате государственных контрактов и Директива 05/2005 о контроле и регулировании государственных закупок), которые требуют дальнейшей имплементации в национальное законодательство государств-членов. Отдельное внимание уделяется документам, которые хотя и носят рекомендательный характер или лишь косвенно затрагивают исследуемый вопрос, однако оказали значительное влияние на формирование директив, — Региональной программе по повышению эффективности государственных закупок и Кодексу ЗАЭВС о прозрачности в управлении государственными финансами. Раскрываются принципы правового регулирования государственных закупок в ЗАЭВС: принцип экономичности и эффективности закупок; принцип свободного доступа к рынку государственных закупок; принцип равного обращения с кандидатами и взаимного признания; принцип прозрачности, рациональности, современности процедур закупок и возможности их отслеживания; принцип недискриминации по национальному признаку в отношении предприятий государств — членов ЗАЭВС и принцип ненарушения конкуренции при передаче государственного контракта в субподряд; принцип *de minimis*. Дается краткая характеристика процедур присуждения государственных контрактов, установленных в данной организации, а именно конкурс (при этом существует несколько разновидностей конкурса, основные из которых — открытый и закрытый) и закупки у единственного поставщика. Проводится сравнение отдельных аспектов правового регулирования государственных закупок в ЗАЭВС с другими интеграционными объединениями, в частности с Европейским Союзом и Общим рынком Южной Америки (МЕРКОСУР).

Ключевые слова: государственные закупки, государственный контракт, тендер, интеграция, ЗАЭВС, юридические науки, право, наднациональность, законодательство.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.131-139

© Камалян А. М., 2019

* Камалян Артур Михайлович, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

amkamalyan@msal.ru

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

Сегодня африканский континент представляет собой крайне нестабильный, но в то же время очень перспективный регион. Межэтнические и межрелигиозные конфликты вкупе с многочисленными переворотами препятствуют полному раскрытию потенциала Африки, которая обладает достаточными природными и человеческими ресурсами для обретения экономической стабильности. Имея перед глазами пример Европейского Союза, государства-члены которого не воевали между собой со времен окончания Второй мировой войны, африканские государства также предпринимают попытки объединиться в региональные интеграционные организации в надежде не только обрести военно-политическое спокойствие, но и выйти на путь устойчивого экономического роста. Одним из наиболее развитых интеграционных объединений Африки, пожалуй, является Западноафриканский экономический и валютный союз (ЗАЭВС), который, среди прочего, осуществляет правовое регулирование государственных закупок.

ЗАЭВС был создан в 1994 г. и объединяет сегодня 8 франкоязычных государств Западной Африки (Бенин, Буркина-Фасо, Кот-д'Ивуар, Гвинея-Бисау, Мали, Нигер, Сенегал, Того). Общие язык и культурное наследие не только способствовали интеграции как таковой, но и в какой-то мере даже ускорили ее.

Как и в других интеграционных объединениях, в ЗАЭВС пытались найти баланс между отчасти противоречащими друг другу интересами государств, с одной стороны, и интересами внутреннего рынка — с другой. Особо стоит подчеркнуть, что в странах Африки государственное влияние на экономику значительно выше, чем, например, в европейских государствах, что создавало дополнительные сложности для гармонизации законодательства в области государственных закупок. Однако уже сложилось четкое понимание того, что во многом управляемая государством экономика (в том числе путем постоянной практики оказания государственной помощи) имеет большой шанс подорвать внутренний рынок, а значит, нужно искать пути формирования конкурентно нейтральной среды¹.

Уже в 2000 г. (то есть всего 6 лет после создания) в ЗАЭВС начался процесс гармонизации национальных законодательств в области государственных закупок, когда решением Совета министров² была принята Региональная программа по повышению эффективности государственных закупок (англ. Regional Public Procurement Enhancement Project; фр. Document de conception du Projet de réforme des Marchés Publics des Etats membres de l'UEOMA). В Региональной программе отмечалось, что законодательство государств — членов ЗАЭВС не позволяет обеспечить рациональное и прозрачное расходование бюджетных средств, не содержит специального режима, способствующего участию в тендерах малых и средних предприятий, а в ряде стран конкуренция в сфере государственных закупок и вовсе ограничена законом. Кроме того, сами правила проведения закупок недостаточно прозрачны, а национальные нормативные акты не предусматривают санкции за их нарушения.

Тогда же, в 2000 г., был принят Кодекс ЗАЭВС о прозрачности в управлении государственных финансов (англ. Code of Transparency on Public Finance Management; фр. Code de Transparence dans la Gestion des Finances Publiques)³, который оказал существенное влияние на развитие законодательства в области государственных закупок. Основной задачей Кодекса было продвижение идеи оптимизации расходов и поиска «лучших практик» при управлении государственными финансами с особым акцентом на независимость, нейтральность, объективность и прозрачность при принятии решений. Среди прочих новшеств Кодекс предусматривал введение государственной финансовой дисциплины, усиление предварительного и последующего контроля за эффективностью расходования бюджетных средств и интеграцию рынков государственных закупок. Кроме того, Кодекс требовал от государств принятия специального закона о борьбе с незаконным обогащением, более эффективных судебных и административных санкций для виновных в совершении финансовых преступлений, а также усиления контроля за бюджетными средствами со стороны национальных парламентов и счетных палат.

¹ Molestina J. Regional Competition Law Enforcement in Developing Countries. Springer, 2019. Pp. 51—52.

² Décision n° 01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA.

³ Directive n° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA.

Наконец, в проекте Кодекса особо подчеркивалась связь между государственными закупками и государственными финансами. В частности, государства призывались заключать контракты с соблюдением требований оптимизации расходов, прозрачности и эффективности, предоставив всем потенциальным поставщикам, кто соответствует критериям отбора, возможность принять участие на конкурентной основе, публиковать результаты тендеров и периодически проводить оценку исполнения контрактов⁴.

Любопытно, что правовым основанием гармонизации законодательства о государственных закупках в ЗАЭВС стали положения учредительного договора о гармонизации бюджетного и финансового законодательства (ст. 67 Договора о ЗАЭВС), а не о свободе учреждения (ст. 92 Договора о ЗАЭВС) и оказания услуг (ст. 93 Договора о ЗАЭВС), как это происходит в Европейском Союзе. Именно на ст. 67 Договора о ЗАЭВС ссылаются как Региональная программа и Кодекс, так и все принятые впоследствии акты ЗАЭВС в области государственных закупок.

Результатом Региональной программы стало принятие в 2005 г. Советом министров ЗАЭВС двух директив: Директивы 04/2005 о присуждении, исполнении и оплате государственных контрактов⁵ и Директивы 05/2005 о контроле и регулировании государственных закупок⁶.

Директива 04/2005 является, пожалуй, основным документом ЗАЭВС в сфере государственных закупок. Именно в ней содержатся основные понятия (такие как государственный заказчик, кандидат, субподрядчик), которые в целом совпадают с понятиями, используемыми в Европейском Союзе. Отдельно стоит отметить, что Директива 04/2005 содержит специальную норму, посвященную принципам правового регулирования государственных закупок, тогда как в ЕС основная часть принципов вытекает из общих принципов права ЕС либо из судебной практики. В статье 2 Директивы 04/2005 закреплены следующие основные начала: принцип экономичности и эффективности закупок; принцип свободного доступа к рынку государственных закупок; принцип равного обращения к кандидатам и взаимного признания;

принцип прозрачности, рациональности, современности процедур закупок и возможности их отслеживания.

Принцип экономичности и эффективности предполагает, что при проведении государственных закупок бюджетные средства расходуются в необходимом и достаточном объеме для удовлетворения потребностей заказчика. По сути, этот принцип олицетворяет известный в ЕС критерий определения победителя закупки — «наиболее экономическая выгодная заявка» (англ. — *most economic advantageous tender*, MEAT), основанный на соотношении цены и качества. Кроме того, согласно данному принципу закупаемые товары, работы или услуги действительно необходимы для удовлетворения потребностей заказчика, а не приобретаются для «освоения» выделенных бюджетных средств.

Согласно принципу свободного доступа к рынку государственных закупок каждый хозяйствующий субъект, желающий принять участие в тендере, может подать соответствующую заявку. Безусловно, данный принцип не отменяет минимальных требований, предъявляемых к потенциальным участникам торгов, последующую оценку каждого из участников на предмет соответствия этим критериям и возможное исключение при отрицательном результате такой проверки. Однако сама возможность для заинтересованного предприятия подать заявку должна быть предоставлена и обеспечена.

Принцип равного обращения с кандидатами и взаимного признания, по сути, объединяет два самостоятельных принципа, которые также существуют в Европейском Союзе. Равное обращение предполагает, что все участники закупок находятся в равных условиях как на старте закупок, так и в ходе оценок заявок. Никакому участнику не должны предоставляться условия и (или) предъявляться требования, улучшающие или ухудшающие его положение по отношению к остальным кандидатам. Согласно принципу взаимного признания, как и в ЕС, государство при проведении торгов не вправе отказывать потенциальному поставщику товаров

⁴ Appraisal Report Project in Support of Public Procurement Systems Reform in the Waemu Zone (Phase II). African Development Fund, September 2006. P. 5.

⁵ Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et de délégations de service public dans l'UEMOA.

⁶ Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régularisation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

лишь на том основании, что они не соответствуют национальным требованиям, если они были произведены в соответствии с национальными требованиями государства-члена происхождения товара.

В соответствии с принципом прозрачности, рациональности, современности процедур закупок и возможности их отслеживания, любое заинтересованное лицо должно иметь возможность получить минимальную информацию о тендере (например, наименование заказчика, сроки проведения закупок, вид и объем приобретаемых товаров, работ или услуг, количество представленных заявок, победитель закупок). Кроме того, сами процедуры закупок должны быть изложены максимально доступно, нормы не должны быть двусмысленными или неопределенными, сроки проведения закупок и объем представляемой документации должны отвечать критериям разумности и целесообразности. При наличии технической возможности рекомендуется проводить закупки в электронной форме и (или) с использованием иных новых технологий.

Кроме того, ст. 2 Директивы 04/2005 уже в рамках перечня формулирует еще два принципа правового регулирования государственных закупок: принцип недискриминации по национальному признаку в отношении предприятий государств — членов ЗАЭВС и принцип ненарушения конкуренции при передаче государственного контракта в субподряд.

Еще одним принципом правового регулирования государственных закупок, заимствованным у европейцев, является принцип *de minimis*. Как и европейские директивы, Директива 04/2005 применяется не ко всем контрактам, а лишь к тем, стоимость которых превышает установленные минимальные пороги. Здесь следует обратить внимание, что, в отличие от ЕС, в ЗАЭВС отсутствует единый минимальный порог, общий для всех государств-членов. Практика дифференцированных минимальных порогов используется и в МЕРКОСУР, но здесь ЗАЭВС также стоит особняком. Если в МЕРКОСУР разные минимальные пороги закреплены в протоколах, что препятствует в определенном смысле их пересмотру в одностороннем поряд-

ке, то минимальные пороги в ЗАЭВС устанавливаются национальным законодательством каждого государства-члена самостоятельно.

Так, например, в Того такой порог составляет 85 млн франков КФА ВСЕАО для центральных, региональных и местных органов власти и 120 млн франков КФА ВСЕАО для государственных или смешанных компаний (с государственным участием или под административным контролем государства)⁷. В Сенегале порог дифференцируется в зависимости не только от заказчика, но и от предмета закупок. Для центральных, региональных и местных органов власти порог составляет 70 млн франков КФА ВСЕАО на выполнение работ, 50 млн франков КФА ВСЕАО на поставку товаров и на оказание услуг (в том числе в области интеллектуальной собственности), а для государственных или смешанных компаний — 100 млн франков КФА ВСЕАО и 60 млн франков КФА ВСЕАО соответственно⁸.

Более того, в рамках ЗАЭВС предусмотрены специальные пороги для публикации сведений о тендере (выше обозначенных порогов — публикация на уровне ЗАЭВС, ниже — на национальном уровне) для проведения особого предварительного контроля и ряд других требований, которые также конкретизированы в национальном законодательстве.

Также к числу ограничений по сфере действия Директивы 04/2005 относится распространенное для большинства интеграционных объединений изъятие: контракты в области обороны и безопасности прямо исключены из-под действия наднационального регулирования (ст. 9).

Национальная практика государств — членов ЗАЭВС и доктрина дополнительно выделяют в качестве фундаментальных принципов права государственных закупок принципы публичного порядка, поскольку они сопровождают весь процесс закупок, на каждой его отдельно взятой стадии⁹. С данным утверждением трудно спорить, однако целесообразность такого выделения представляется несколько сомнительной, ведь публичный порядок составляет основу всей правовой системы государства.

⁷ Décret n° 2018-171/PR du 22 novembre 2018 portant adoption des seuils de passation, de publication, de contrôle et d'approbation des marchés publics et des procédures de sollicitation de prix.

⁸ Décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics.

⁹ Dicko A. Droit des marchés publics au Mali: Cadre harmonisé des marchés publics au sein de l'espace UEMOA — Procédure de passation des marchés des bailleurs de fonds. Editions L'Harmattan, 2018. P. 28.

С другой стороны, ряд авторов полагают, что положения законодательства о государственных закупках представляют собой нормы публичного порядка, потому что они императивны, а любое их изменение сторонами государственного контракта, в соответствии с принципом свободы договора, не должно противоречить основным принципам, иначе контракт будет признан ничтожным, так же как и в случае нарушения процедуры проведения закупок¹⁰. Данный тезис хотя и представляется на первый взгляд неоднозначным, в действительности соответствует сложившейся практике, когда под противоречием публичному порядку нередко понимают противоречие законодательству.

Любопытными в ЗАЭВС представляются и процедуры проведения закупок, отличающиеся от европейских. Прежде всего необходимо отметить, что Директива не устанавливает никаких конкретных сроков проведения закупок, оставляя этот вопрос на усмотрение национального законодателя. Кроме того, в ст. 28 Директивы 04/2005 указаны всего две процедуры — конкурс и закупки у единственного поставщика, при этом существует несколько разновидностей конкурса, основные из которых — открытый и закрытый.

Согласно ст. 30 Директивы в открытом конкурсе может участвовать любой хозяйствующий субъект, отвечающий минимальным требованиям, установленным в ст. 17 и 18 (отсутствие конфликта интересов, хозяйствующий субъект не находится в стадии банкротства, не был признан виновным в правонарушениях в сфере государственных закупок и др.). Открытому конкурсу может предшествовать стадия предварительного отбора, если речь идет о технически сложном заказе. В этом случае сначала оценивается техническая возможность потенциального участника исполнить контракт, а потом проводится обычный конкурс среди тех, кто прошел отбор.

Конкурс может проходить и в два этапа, но только если контракт крайне сложен в исполнении и для заказчика гораздо важнее не технические характеристики, а успешный опыт кандидата в реализации таких контрактов. На первом этапе кандидаты представляют общую концепцию исполнения контракта без указания цены или специфических технических

деталей, которые в случае успешного отбора раскрываются на втором этапе. Кроме того, двухэтапному конкурсу также может предшествовать стадия предварительного отбора (по сути, превращая процедуру в трехэтапный конкурс). Однако особо отмечается, что заказчик обязан обосновать причину проведения закупок по процедуре двухэтапного конкурса (такое обоснование не требуется для обычного конкурса или конкурса с предварительным отбором).

Закрытый конкурс проводится только с теми кандидатами, которые получили от заказчика приглашение на участие в тендере. Как и в случае с двухэтапным конкурсом, проведение закрытого конкурса должно быть мотивировано заказчиком. Как правило, он проводится, когда круг потенциальных кандидатов заведомо невелик ввиду специфики рынка или сектора экономики (например, только небольшое число поставщиков производят и готовы поставлять требуемый заказчику продукт). Сам процесс присуждения контракта среди получивших приглашение проводится по правилам открытого конкурса.

Особого внимания заслуживают правила проведения закупок в области интеллектуальной собственности (ст. 36), которые также проходят в два этапа: технический и финансовый. При этом существуют несколько критериев присуждения контракта, из которых наиболее интересен критерий «наилучшего использования денежных средств в условиях ограниченного бюджета». Особо подчеркивается, что переговоры по контракту на оказание услуг в области интеллектуальной собственности проводятся одновременно только с одним контрагентом. Как только с одним из кандидатов достигается необходимая договоренность, остальные участники уведомляются об отклонении их заявок.

Закупки у единственного поставщика, как и в ЕС, проводятся в исключительных случаях. Например, когда потребности государства могут быть удовлетворены только лицом, обладающим исключительными правами в области интеллектуальной собственности, когда в силу художественных или технических требований контракт может быть реализован только одним заведомо известным исполнителем или когда закупки проводятся в условиях чрезвычайной ситуации.

¹⁰ Jourdan F. *Leçons de droit des marchés publics*. Ellipses, 2014. P. 21 ; Braconnier S. *Précis du droit des marchés publics*. 3e éd.. Le Moniteur, 2009. P. 26.

Не менее специфичны и правила уведомления о проведении закупок. Как уже ранее отмечалось, национальные законодательства конкретизируют положение Директивы 04/2005, предусматривающее минимальный порог для публикации сведений о торгах на уровне ЗАЭС. Уведомления на уровне ЗАЭС публикуются Комиссией ЗАЭС в срок не позднее 12 рабочих дней после получения таких сведений Комиссией, который в исключительных случаях может быть сокращен до 5 рабочих дней. Сам заказчик обязан в эти же сроки провести уведомление на национальном уровне в форме электронного документа, типовой формат которого утвержден на уровне ЗАЭС. Отсутствие уведомления о проведении закупок автоматически влечет за собой ничтожность сделки.

Кроме того, Директива 04/2005 содержит ряд ограничений по привлечению субподрядчиков. Одним из самых любопытных, пожалуй, является запрет на передачу в субподряд объемов стоимостью более 40 % от стоимости контракта.

Таким образом, Директива 04/2005 регулирует на наднациональном уровне основные аспекты проведения государственных закупок, устанавливая общие понятия, принципы и процедуры закупок. В то же время уровень интеграции пока далек от совершенства, ведь большинство вопросов (включая определение размера минимального порога) относятся к компетенции государств-членов, что не вполне способствует полноценному открытию рынков государственных закупок. Тем не менее Директива 04/2005 является важным шагом в этом направлении.

Директива 05/2005 направлена на установление принципов и способов реализации механизмов и процедур контроля в сфере государственных закупок. Одно из главных правил, закрепленных в ст. 3 Директивы 05/2005, заключается в обеспечении принципа независимости контролирующих органов. Особо подчеркивается, что контролирующие органы (фр. *entités de contrôle*) должны быть отделены и независимы от органов, ответственных за правовое регулирование государственных закупок (фр. *entités de régulation*).

Контролирующие органы государств — членов ЗАЭС в области государственных закупок призваны осуществлять следующие функции: контролировать применение законодательства о государственных закупках (без ущерба для компетенции других органов, так или ина-

че уполномоченных осуществлять контроль за исполнением законодательства); выдавать заключения, предоставлять необходимые разрешения и отступления по ходатайству заказчиков, если это предусмотрено действующим законодательством; обеспечивать совместно с регулирующим органом обучение, предоставление информации и рекомендации всем заинтересованным участникам государственных закупок, а также совместно с регулирующим органом осуществлять сбор информации и документов для создания статистической и (или) иной базы данных.

Регулирующий орган, помимо уже обозначенных совместных задач, определяет политику в области государственных закупок, содержание информационной системы государственных закупок и проведение аудита.

Кроме того, Директива 05/2005 в рамочной форме предписывает государствам-членам включить в национальное законодательство правила поведения заказчиков и участников торгов, а также ответственность за их нарушение. В частности, предполагается ответственность за сговор среди участников конкурса, в результате которого были установлены искусственные цены, не отражающие реалии рынка, а заказчик был фактически лишен возможности провести конкурентные и открытые закупки. Кроме того, установлена ответственность за нарушение и (или) неисполнение ранее присужденного контракта, подтвержденное окончательным решением юрисдикционного органа, за предоставление заведомо ложной информации или раскрытие конфиденциальной информации, за коррупционные преступления и др.

Наконец, Директива 05/2005 предусматривает механизмы обжалования решений заказчика со стороны участников закупок, которые полагают, что их права и законные интересы были нарушены. В статье 11 закреплен административный порядок обжалования, когда жалобу на решение заказчика рассматривает сам заказчик. Данная процедура представляется не совсем справедливой ввиду известного принципа «никто не может быть судьей в собственном деле». Рассмотрение жалобы самим органом, принявшим решение, ставит под сомнение независимость и беспристрастность такого механизма обжалования. Решение заказчика по жалобе, в свою очередь, может быть обжаловано в вышестоящий орган или орган по рассмотрению неюрисдикционных жалоб

(фр. *Autorité de Recours non juridictionnels*), напоминающий по своей правовой природе арбитраж (третейский суд). Жалоба в административном порядке должна быть подана не позднее 5 рабочих дней после принятия обжалуемого решения. На время рассмотрения такой жалобы, вплоть до вынесения окончательного решения, процедура закупок приостанавливается.

Согласно ст. 12 Директивы заинтересованный хозяйствующий субъект может обратиться в орган по рассмотрению неюрисдикционных жалоб в течение 2 рабочих дней после уведомления о принятом решении в отношении поданной в административном порядке жалобы. Если по истечении 3 рабочих дней после подачи жалобы заказчик или вышестоящий орган не предоставил ответ, заявитель может параллельно обратиться в орган по рассмотрению неюрисдикционных жалоб. Порядок назначения членов такого органа и его правила процедуры должны быть предусмотрены в национальном законодательстве, однако на наднациональном уровне закреплено, что в своей деятельности он должен руководствоваться принципом состязательности сторон. Орган по разрешению неюрисдикционных жалоб рассматривает вопрос в срок, не превышающий 7 рабочих дней; в противном случае процедура присуждения контракта не приостанавливается. Наконец, решения такого органа могут быть обжалованы в юрисдикционных органах, однако рассмотрение жалобы в судебном порядке не приостанавливает процедуру закупок.

Итак, Директива 05/2005 закрепляет основные требования к национальному законодательству в части контроля и регулирования государственных закупок, а также обжалования решений заказчика участниками закупок. Эти требования на уровне ЗАЭВС практически не конкретизированы и оставляют содержательную часть государствам-членам.

Позже, в 2012 г., регулирование было дополнено Решением Совета министров 11/2012¹¹, которое гармонизировало перечень и форму документов, применяемых при проведении закупок (например, анкета кандидата, уведомле-

ние прошедшим предварительный отбор кандидатам и др.).

Тогда же в 2012 г. Советом министров ЗАЭВС была принята Директива 04/2012 относительно этических норм и правил, которые должны соблюдать заказчики¹². По сути, этот документ представляет собой свод принципов проведения закупок. Так, согласно ст. 4 Директивы 04/2012, обозначенной как «принцип равенства», с лицами, находящимися в сходном положении относительно заказчика, должны обращаться одинаково, без какой бы то ни было дискриминации или различия. При этом, несмотря на заголовок, в той же статье содержится и принцип пропорциональности, согласно которому меры, принимаемые заказчиком или иным публичным лицом от его имени, должны быть пропорциональны тому, что необходимо для достижения преследуемых общественных целей.

Также в Директиве закреплен принцип законности, согласно которому заказчик и любой участник закупок должны руководствоваться в своей деятельности законом и строго соблюдать его, а любое принятое решение должно быть обоснованно и не должно противоречить законодательству. В статьях 5 и 7 изложены близкие по своей сути принцип нейтралитета и принцип независимости при осуществлении полномочий, в соответствии с которым заказчик должен беспристрастно оценивать поступившие заявки на участие в тендере, руководствуясь исключительно своим профессиональным сознанием. Личный интерес должен быть исключен, а во главу угла ставятся общественные интересы. Принцип профессионализма, связанный с предыдущими принципами, требует от заказчика принятия эффективных решений и надлежащего исполнения своих обязанностей. Кроме того, в Директиве нашли легальное закрепление принцип прозрачности процедур закупок и принцип свободного доступа к рынку государственных закупок.

Таким образом, по существу, правовое регулирование ЗАЭВС напоминает европейское, за некоторыми исключениями. Среди наиболее значимых стоит выделить следующие. Во-

¹¹ Décision n°11/2012/CM/UEMOA du 10 mai 2012 portant adoption du Dossier Standard Régional d'Acquisition (DSRA) de délégations de service public.

¹² Directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service publics au sein de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

первых, директивы ЗАЭВС, закрепляя принцип *de minimis*, не устанавливают общего минимального порога. Более того, в отличие от МЕРКОСУР, где также нет единого минимального порога, директивы не содержат вообще никаких конкретных порогов, а оставляют этот вопрос на усмотрение национального законодателя. Во-вторых, как и большинство организаций, ЗАЭВС прямо выводит из-под действия директив сферу обороны и безопасности. В-третьих, директивы ЗАЭВС содержат ряд ограничений по при-

влечению субподрядчиков, самым интересным из которых является запрет на передачу субподрядчикам объемов, стоимость которых превышает 40 % от общей стоимости контракта. Отдельно стоит заметить, что правовым основанием гармонизации законодательства о государственных закупках в ЗАЭВС стали положения учредительного договора о гармонизации бюджетного и финансового законодательства, тогда как в ЕС — свобода учреждения и оказания услуг.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Braconnier S.* Précis du droit des marchés publics. — 3ème édition revue et corrigée. — Le Moniteur, 2009. — 575 p.
2. *Dicko A.* Droit des marchés publics au Mali: Cadre harmonisé des marchés publics au sein de l'espace UEMOA — Procédure de passation des marchés des bailleurs de fonds. — Editions L'Harmattan, 2018. — 476 p.
3. *Jourdan F.* Leçons de droit des marchés publics. — Ellipses, 2014. — 240 p.
4. *Molestina J.* Regional Competition Law Enforcement in Developing Countries. — Springer, 2019. — 429 p.

Материал поступил в редакцию 5 октября 2019 г.

THE BASIS OF LEGAL REGULATION OF PUBLIC PROCUREMENT IN THE WEST AFRICAN ECONOMIC AND MONETARY UNION (UEMOA)

Arthur M. Kamalyan, Cand. of Sci. (Law), Lecturer at the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
amkamalyan@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper analyzes the key supranational public procurement instruments adopted within the framework of the West African economic and monetary Union, especially the legally binding directives (Directive 04/2005 on the award, performance and payment of public contracts and Directive 05/2005 on the control and regulation of public procurement), which require further implementation into the national legislation of the member states. Special attention is given to the documents that, although they are advisory in nature or only indirectly affect the issue under study, but have had a significant impact on the formation of directives — the Regional program for improving the efficiency of public procurement and the UEMOA Code on transparency in public finance management. The principles of legal regulation of public procurement in the UEMOA are revealed: the principle of cost — effectiveness and efficiency of procurement; the principle of free access to the public procurement market; the principle of equal treatment of candidates and mutual recognition; the principle of transparency, rationality, modernity of procurement procedures and the possibility of tracking them; the principle of non-discrimination on the basis of nationality in relation to enterprises of the UEMOA member states and the principle of non-violation of competition when transferring a state contract to subcontracting; de minimis principle. A brief description of the procedures for awarding public contracts established in this organization, namely tender (there are several varieties of tender, the main of which are open and closed) and procurement from a single supplier. Some aspects of the legal regulation of public procurement in UEMOA are compared with other integration associations, in particular with the European Union and the Common market of South America (MERCOSUR).*

Keywords: *public procurement, public contract, tender, integration, UEMOA, legal sciences, law, supranationality, legislation.*

REFERENCES

1. Braconnier, S. (2009). *Précis du droit des marchés publics* (3^{ème} édition revue et corrigée). Le Moniteur.
2. Dicko, A. (2018). *Droit des marchés publics au Mali: Cadre harmonisé des marchés publics au sein de l'espace UEMOA - Procédure de passation des marchés des bailleurs de fonds*. Editions L'Harmattan.
3. Jourdan, F. (2014). *Leçons de droit des marchés publics*. Ellipses, 240 p.
4. Molestina, J. (2019). *Regional Competition Law Enforcement in Developing Countries*. Springer.

М. В. Некотенева*

Электронная коммерция и некоторые особенности защиты прав потребителей в соответствии с правом ЕС

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы защиты прав потребителей при дистанционной продаже товаров и дистанционном оказании услуг, электронной коммерции в соответствии с правом Европейского Союза (рассмотрены основные и дополнительные требования к предоставляемой на различных этапах заключения соглашения информации; затронуты последствия невыполнения контрагентами потребителя предусмотренных правом ЕС информационных обязательств). Проанализированы положения актов первичного и вторичного права Европейского Союза, затрагивающие регулирование защиты прав потребителей при дистанционной продаже товаров и дистанционном оказании услуг, электронной коммерции. Рассматривается ответственность поставщиков услуг, действующих в качестве посредников при осуществлении электронной коммерции. Приведена классификация запрещенных видов осуществления недобросовестного влияния на экономическое поведение потребителя — недобросовестного влияния, недобросовестной коммерческой деятельности (и ее видов) и др. Отмечены перспективы изучения и адаптации опыта Европейского Союза в области регулирования защиты прав потребителей при дистанционной продаже товаров и дистанционном оказании услуг, электронной коммерции для Российской Федерации. Освещены некоторые особенности регулирования продажи товаров (услуг) через Интернет и даны общие рекомендации по совершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова: покупатель, потребитель, товар, услуга, продажа, защита прав потребителей, Интернет, договор, законодательство, право ЕС.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.140-145

Потребитель, согласно праву Европейского Союза, — это физическое лицо, которое при заключении контракта действует в интересах удовлетворения его личных, бытовых нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности¹.

Потребителем признается не только лицо, которое приобрело товары (работы, услуги), но также лицо, у которого только есть намерение это сделать.

Следовательно, можно рассмотреть особенности защиты прав потребителей при осуществлении электронных отношений в соответствии с правом Европейского Союза на различных этапах развития отношений потребителя и его контрагентов.

Начиная с получения информации, зачастую предшествующего заключению договора, и заканчивая передачей потребителю товара и предоставления гарантий.

¹ Некотенева М. В. Гл. 19 // Право Европейского Союза. Особенная часть : учебник для бакалавров / С. Ю. Кашкин ; отв. ред. С. Ю. Кашкин. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2019. Т. 2. С. 472.

© Некотенева М. В., 2019

* Некотенева Мария Владимировна, кандидат юридических наук, доцент кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

mvnekoteneva@msal.ru

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

Праву потребителей получать интересующую их информацию², в том числе и до момента заключения договора, посвящаются положения как потребительских программ Союза, актов вторичного права, так и учредительных договоров³.

В связи с широким распространением использования достижений технического прогресса и невозможностью воочию оценить качество товаров (работ, услуг) потребитель должен получить контактную информацию о продавце, а также информацию о реализуемом продукте (работах, услугах), об условиях заключения договора⁴. Большинство директив, регулирующих отношения с участием потребителя, содержат такие требования.

Выделяют: информацию, которую необходимо представить до того, как будет заключен договор; информацию, которая предоставляется при заключении договора и после этого.

Этот вопрос по-разному решается разными актами вторичного права. Это в определенной степени обуславливает для потребителей некоторые сложности.

Начало регулирования заключения соглашений на расстоянии, без акцента на электронные средства коммуникации, положила Директива 85/577 ЕЕС от 20.12.1985 о защите потребителя в случае заключения договоров вне помещения, где осуществляется предпринимательская деятельность⁵, а также Директива 97/7/ЕС Европейского парламента и Совета от 20.05.1997 о защите потребителя в случае заключения контрактов на расстоянии⁶ и Директива 97/66/ЕС от 15.12.1997, регламентирующая ряд вопросов, связанных с использованием персональных данных и защитой неприкосновенности частной жизни в области телекоммуникаций (позднее, в связи со значительными технологическими изменениями на рынке электронной связи, было принято решение о разработке но-

вого нормативного акта. Принята Директива 2002/58/ЕС). При этом устанавливалось и право на отказ от заключенного договора и возмещения понесенных расходов. А также правила рассылки коммерческих сообщений. Так, устанавливаются ограничения рассылки коммерческих сообщений с помощью электронной почты без предварительного согласия получателя. На государства — члены ЕС, которые разрешают поставщикам услуг рассылку коммерческих сообщений с помощью электронной почты без уточнения у адресата, желает ли он получать подобные сообщения, возложена обязанность проводить регулярные консультации поставщиков услуг между собой и обеспечивать их уважительное отношение к спискам отказов, в которые физические лица, не желающие получать коммерческие сообщения, могут внести себя⁷.

Интересным представляется стремление Европейского Союза ввести кодексы поведения для представителей профессий (которые могут предлагать трансграничные услуги через Интернет) и определить правила профессиональной этики в сфере коммерческих сообщений.

Директива 2011/83/ЕС от 25.10.2011 о правах потребителей⁸ имеет целью обобщить и согласовать требования в сфере предоставления информации.

Потребитель должен получить предконтрактную информацию в достаточном объеме до момента заключения договора.

Информация, которая должна быть предоставлена покупателю до момента заключения договора, в соответствии с положениями гл. II, III Директивы о правах потребителей включает в себя целый ряд данных. К ним относятся, в частности, сведения об основных характеристиках товаров либо услуг; о торговом наименовании, об адресе регистрации, о номере телефона и других данных продавца, позволяющих его идентифицировать; о стоимости то-

² Некотенева М. В. Некоторые права потребителя в соответствии с правом ЕС // Материалы XI конференции «Кутафинские чтения». М. : Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2017. С. 241.

³ Договор о функционировании Европейского Союза. Ст. 169, § 1.

⁴ В отношении электронной торговли и при заключении договоров на расстоянии.

⁵ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises // OJ L 372. 31.12.1985. Pp. 31—33.

⁶ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts // OJ L 144. 04.06.1997. Pp. 19—27.

⁷ Директива 2000/31/ЕС о некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности об электронной коммерции (Директива об электронной коммерции). Ст. 7 // OJ L 178. 17.07.2000. P. 1.

⁸ OJ L 304. 22.11.2011. P. 64.

варов (в том числе о налогах и прочих расходах (расценках на доставку товара и т.п.), которые необходимо будет оплатить); о способах осуществления оплаты; о сроке действия договора; порядке рассмотрения жалоб, наличии права на отказ (причем требуется не только указание наличия права на отказ, но и описание условий и процедуры его осуществления).

В соответствии со ст. 5 и 6 Директивы о правах потребителей, вся информация должна предоставляться в ясном и доступном для восприятия виде, причем данное требование относится и к условиям договора, и к любым другим сведениям, имеющим значение для покупателя.

Директивой 2000/31/ЕС к предоставляемой информации устанавливаются дополнительные требования. Статьи 5, 6 данной Директивы содержат, например, требования о том, что коммерческая коммуникация должна быть четко определяема как таковая; рекламные предложения — такие как, например, скидки, премии и подарки — должны быть четко идентифицируемы как таковые, а условия, которым необходимо удовлетворять в рекламном предложении, должны быть легко достижимы и быть представлены ясно и однозначно; конкурсы или игры должны быть четко идентифицируемы как таковые, а условия участия должны быть легко достижимы и представлены четко и однозначно.

В случае оформления договора посредством Интернета представляются дополнительные гарантии, в частности запрещено включение заранее заданных значений.

Информация, представляемая в момент заключения договора и после этого, регулируется, в частности, в ст. 10, 11 Директивы 2000/31/ЕС. К таковым относятся данные: будет ли заключенный контракт храниться у поставщика услуг и будет ли он доступен; технические средства определения и исправления ошибок до размещения заказа; требование о том, что условия контракта и общие положения, представленные получателю, должны быть доступны до такой степени, чтобы он мог хранить и воспроизводить их.

В соответствии со специальным правилом, в случае невыполнения информационных обязательств, которые касаются дополнительных оплат, стоимость расходов может быть возложена на продавца.

При заключении договоров вне помещения неисполнение информационных обязательств может быть связано, в частности, с отсутствием подписанного бланка заявки. В этом случае либо если потребителю не была передана на другом носителе копия бланка заявки договор является недействительным.

В зависимости от участников электронных отношений (отношения между представителями бизнеса (предпринимателями и иными контрагентами потребителя) между собой; потребителем и его контрагентами; представителями бизнеса и государственными органами; государственными органами и потребителем) и степени использования электронных ресурсов в таких отношениях (начиная с обычного заказа товаров через Интернет и заканчивая полной компьютеризацией всего производственного процесса, включая передачу конечного продукта потребителю) можно выделить ряд особенностей регулирования указанных отношений в праве ЕС.

Обозначилась проблема неравного положения сторон некоторых договоров. В первую очередь это договоры присоединения с участием потребителя, заключение которых фактически осуществляется без проведения предварительных переговоров. В этой связи в национальных законодательствах вводятся нормы касательно несправедливых условий договора⁹.

В соответствии с § 2 ст. 4 Директивы о несправедливых условиях договора не должны рассматриваться в качестве таковых главный предмет договора, адекватность цены или вознаграждения, с одной стороны, а с другой — предоставляемые в обмен услуги или товары, если информация о них была изложена четко и понятно.

Исходя из этого критерием, определяющим несправедливость условий договора, может считаться их индивидуальная несогласованность, т.е. отсутствие у потребителя возможности влиять на содержание договора, т.к. оно подготавливается заранее¹⁰.

Доказывать то обстоятельство, что указанные в договоре типовые условия были согласованы в индивидуальном порядке, обязан продавец (исполнитель) в случае, если им было сделано заявление такого рода.

Среди условий договора, признающихся несправедливыми, можно выделить: исключение либо ограничение юридической ответственности

⁹ Например, Гражданский кодекс Италии 1942 г. и др.

¹⁰ Директива о несправедливых условиях договора. Ст. 3, § 2.

сти продавца или исполнителя в случае смерти потребителя либо личного вреда последнему, вытекающего из действия или бездействия данного продавца или исполнителя; заключение обязательного для потребителя соглашения, в соответствии с которым предоставление услуг продавцом или исполнителем поставлено в зависимость от условия, реализация которого зависит исключительно от воли продавца или исполнителя, и др.

Положения Директивы 2005/29/ЕС от 11.05.2005 о недобросовестной коммерческой практике в отношении потребителей на внутреннем рынке¹¹ нацелены на защиту права потребителя на свободу выбора продукции и заключения договора. В статье 2 (d) Директивы отражено понятие коммерческих отношений, на которые распространяются ее положения: любое действие либо бездействие; коммерческие коммуникации; направления поведения, осуществляемые продавцом, напрямую связанные с продвижением, продажей или поставкой товара потребителям.

В качестве существенного влияния на экономическое поведение потребителя (ст. 2 (e)) рассматривается использование в коммерческой деятельности средств и методов, значительно ограничивающих возможность потребителя принять взвешенное, обдуманное решение, когда такая деятельность ведет к совершению потребителем сделки, которая при других обстоятельствах не была бы им совершена.

В пункте «j» содержится определение недолжного влияния. Таковым называется использование позиции силы в отношении потребителя путем применения давления (даже без применения или угрозы применения физической силы) способом, который значительно ограничивает возможность потребителя принимать обдуманные решения.

Статья 5 содержит запрет на занятие недобросовестной коммерческой деятельностью. Коммерческая деятельность таковой признается в двух случаях: 1) она не соответствует требованиям профессиональной этики; 2) она приводит к искажению в значительной мере экономического поведения потребителя / группы потребителей, на которого/которых данная деятельность направлена.

Согласно § 4 ст. 5 недобросовестная коммерческая деятельность может быть разделена на деятельность, которая:

— вводит в заблуждение потребителей (ст. 6, 7);
— является агрессивной (ст. 8, 9).

В мотивировочном положении 14 выделен подход, аналогичный используемому в национальном праве государств-членов, в соответствии с которым деятельность, вводящая потребителей в заблуждение, подразделяется на действие и бездействие.

Агрессивной, согласно ст. 8, признается коммерческая деятельность, значительно умаляющая свободу выбора потребителя. Это деятельность, осуществляемая с использованием принуждения, включая применение физической силы и злоупотребления влиянием. Для установления факта использования в отношении потребителя агрессии, принуждения и злоупотребления влиянием должны быть учтены соответствующие обстоятельства, в частности: использование угроз, бранных слов или грубого обращения к потребителям; использование продавцом своих знаний о каком-либо несчастье или тяжелых жизненных обстоятельствах потребителя для понуждения его к совершению сделки; создание продавцом внедоговорных обременительных для потребителя условий, препятствующих осуществлению им своих прав по договору, в том числе права расторгнуть договор, заменить товар или приобрести товар у другого продавца; любая угроза совершения деяний, не дозволенных законом.

Директива 2000/31/ЕС обращает специальное внимание на ответственность поставщиков услуги, которые выступают в качестве посредника. Такая деятельность должна быть направлена на предотвращение или прекращение незаконной деятельности. Предполагается создание и использование быстрых и надежных процедур устранения незаконной информации и закрытия доступа к ней путем заключения соглашений между всеми заинтересованными сторонами и поддержка со стороны государств — членов ЕС.

Безусловно, для эффективной реализации свобод на внутреннем рынке важно создание системы гарантий защиты прав потребителей независимо от места их нахождения и способа заключения договора, порядка передачи товара (результатов выполненных работ, оказанных услуг).

Первоочередное значение имеет эффективный доступ к различным способам разрешения споров, возмещения вреда (ущерба), который

¹¹ OJ L 149. 11.06.2005. P. 22.

может быть причинен, например, путем присоединения к информационным услугам. Предполагается получение возможности доступа потребителей к судебным процедурам посредством соответствующих электронных средств, что, безусловно упростит и облегчит обращение за разрешением таких споров потребителям из различных государств — членов ЕС.

Практика Суда Европейского Союза имеет особое значение. Например, в соответствии с ней государство — член ЕС имеет право принимать меры против поставщика услуги, учрежденного на территории другого государства — члена ЕС, если деятельность поставщика услуги полностью или в основном направлена на территорию первого государства — члена ЕС, в случае, если выбор места учреждения был сделан с целью уклонения от требований законодательства, которое было бы применено к поставщику, если бы он находился на территории первого государства — члена ЕС и других.

Опыт Европейского Союза в области регулирования отношений с участием потребителей является полезным как для других интеграционных образований (в том числе возникших на постсоветском пространстве), так и для третьих стран. Таким образом, выработанные в рамках Европейского Союза нормы, регулирующие некоторые права потребителей, представляют на

сегодняшний день значительный практический интерес и для Российской Федерации.

В России регулированию рассматриваемых вопросов посвящены: ст. 26.1 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», постановление Правительства РФ от 27.09.2007 № 612 «Об утверждении Правил продажи товаров дистанционным способом», проект федерального закона № 11081-3 «Об электронной торговле».

Российское право (как существующие акты, так и находящиеся в стадии разработки) фрагментарно регулирует вопросы защиты прав потребителей при осуществлении электронных отношений. Например, не урегулировано дистанционное оказание услуг, выполнение работ; до сих пор не принят закон об электронной торговле; не закреплено право потребителя на отказ от заключенного договора и возмещения понесенных расходов, отсутствует регулирование возврата товара ненадлежащего качества (плата за пересылку и другие связанные вопросы) и надлежащего, но не соответствующего представленному потребителю описанию.

Безусловно, опыт ЕС в регулировании рассматриваемых отношений не стоит бездумно копировать¹², а надлежит инкорпорировать с учетом особенностей нашего государства и существующих реалий.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Некотенева М. В.* Некоторые права потребителя в соответствии с правом ЕС // Материалы XI конференции «Кутафинские чтения». — М. : Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2017.
2. *Ордина М. В., Шелепина Е. А.* Проблемы защиты прав потребителей при дистанционных способах продажи товаров // *Цивилист.* — 2007. — № 2. — С. 68—72.
3. *Smits J.* Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights // *European Review of Private Law.* — 2010. — № 9. — Pp. 5—14.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

¹² *Ордина М. В., Шелепина Е. А.* Проблемы защиты прав потребителей при дистанционных способах продажи товаров // *Цивилист.* 2007. № 2. С. 68—72.

E-COMMERCE AND SOME OF THE FEATURES OF CONSUMER PROTECTION RIGHTS UNDER EU LAW

Maria V. Nekoteneva, Cand. of Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

mvnekoteneva@msal.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper deals with the problems of consumer protection rights in the distance selling and service provision, e-Commerce under the law of the European Union (the main and additional requirements for the information provided at various stages of the agreement; the consequences of non-fulfillment of the information obligations by the counterparties of the consumer provided by the EU law). The provisions of the acts of primary and secondary law of the European Union affecting the regulation of consumer protection rights in the distance selling and provision of services, e-Commerce are analyzed. The responsibility of service providers acting as intermediaries in the implementation of e-Commerce is considered. The classification of prohibited types of unfair influence on the economic behavior of the consumer is provided, i.e. improper influence, unfair commercial activity (and its types), etc. The prospects of studying and adapting the experience of the European Union in the field of regulation of consumer protection in the distance selling and provision of services, e-Commerce for the Russian Federation are noted. Some features of regulation of sale of goods (services) through the Internet are highlighted, and general recommendations on improvement of the current legislation are given.*

Keywords: *buyer, consumer, product, service, sale, consumer protection, Internet, contract, legislation, EU law.*

REFERENCES

1. Nekoteneva, M.V. (2017). Nekotorye prava potrebitelya v sootvetstvii s pravom ES [Some consumer rights under EU law]. Materialy XI konferentsii «Kutafinskie chteniya» [Procs. of the 11 conference "Kutafin readings"]. Moscow: Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
2. Ordina, M.V., & Shelepina, Y.A. (2007). Problemy zashchity prav potrebiteley pri distantsionnykh sposobakh prodazhi tovarov [Problems of consumer protection rights in distance selling methods]. *Tsivilist*. (2). pp. 68—72.
3. Smits, J. (2010). Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights. *European Review of Private Law*. (9). pp. 5—14.

О. Ю. Скворцов*

Идеология реформы инвестиционного права в Китае

Аннотация. В статье рассмотрена проведенная в 2019 г. реформа законодательства КНР, регулирующего иностранные инвестиции. Автор поставил цель выявить принципы, на которых была основана реформа, принявшая форму Закона об иностранных инвестициях. Были использованы методы сравнительного анализа принятых норм и тех норм, которые подверглись ревизии. Выявленные принципы анализировались с точки зрения их системы. В результате проведенного анализа автор приходит к выводу о фундаментальном принципе, лежащем в основе реформы, — принципе открытости. Однако конкретизация этого принципа возможна через формирование юридических механизмов, обеспечивающих его реализацию. Так, китайский законодатель устанавливает равенство китайских и иностранных инвесторов, использует наработанные в предшествующий период приемы юридической техники, формирует систему обеспечения административно-правовой и судебной защиты прав иностранных инвесторов. При этом складывающееся регулирование в значительной степени ориентировано на те стандарты регулирования инвестиций, которые сложились в международной практике. Это свидетельствует о том, что китайские власти «денационализируют» инвестиционные режимы. В целом в статье делается вывод о том, что, несмотря на прогрессивный характер принятого Закона, он в значительной степени основан на выработанных в предшествующий период юридико-технических приемах. Кроме того, значительная часть норм носит декларативный характер и требует принятия дополнительных нормативных актов, устанавливающих механизм реализации Закона. При этом в статье прогнозируются и те проблемы, которые проявятся в процессе применения норм Закона и которые, по всей видимости, будут преодолеваются судебной практикой.

Ключевые слова: инвестиционное право, инвестиционное право Китая, реформа инвестиционного законодательства в Китае, принцип открытости.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.146-154

Развитие инвестиционного права в современном его понимании в Китае имеет сравнительно небольшую историю. Его становление произошло в конце 70-х гг. XX в. Между тем за этот небольшой исторический промежуток в китайском праве были выработаны не только юридико-технические приемы, к которым прибегает законодатель, но и идеология, позволяющая осмысленно выстраивать систему

норм, регламентирующих инвестиционную активность.

К середине 10-х гг. XXI в. китайскими властями был накоплен определенный опыт регулирования инвестиционных процессов, что позволило начать подготовку реформирования инвестиционного законодательства.

С этой целью в 2015 г. был опубликован проект закона об иностранных инвестициях¹,

¹ Draft Foreign Investment Law Open for Comment Until February 17, Prac. L. China (Jan. 19, 2015) // URL: <https://1.next.westlaw.com/Document/led185d55a08c11e498db8b> (дата обращения: 11.07.2019).

© Скворцов О. Ю., 2019

* Скворцов Олег Юрьевич, доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета, советник международной юридической фирмы DLA Piper

oleg.skvortsov@mail.ru

199034, Россия, г. Санкт-Петербург, Университетская наб., д. 7—9

к обсуждению которого было привлечено значительное количество экспертов из разных государств. Законопроект обсуждался на протяжении четырех лет. В ходе дискуссии было сформулировано значительное количество предложений, имеющих как критическую, так и позитивную направленность².

Первая редакция законопроекта вследствие обсуждения претерпела существенные изменения. Так, если первоначально текст законопроекта содержал 170 статей, то его окончательная редакция включает «всего» 42 статьи.

15 марта 2019 г. Закон об иностранных инвестициях (далее — Закон) был принят на второй сессии Всекитайского собрания народных представителей 13-го созыва. За всю историю Китайской Народной Республики, начиная с 1949 г., не было ни одного случая отклонения законодателями законопроекта, представленного на утверждение исполнительной властью, и поэтому принятие Закона было ожидаемым событием.

Структура и основное содержание закона соответствуют тем стандартам, которые сложились в международной и национальной практике регулирования инвестиционной активности. Закон состоит из шести глав, посвященных главным образом поощрению инвестиций, защите инвестиций, регулированию инвестиций, юридической ответственности. Кроме того, в Законе есть вводные и заключительные положения.

До принятия Закона регулирование инвестиционных отношений с участием иностранных акторов апробировалось китайскими властями через заключение двусторонних инвестиционных соглашений (BIT). Поскольку таковые имеют определенную традицию, то идеология и законотворческая практика регулирования инвестиций была сориентирована на сложившиеся стандарты.

В значительной степени Закон представляет собой текст, наполненный декларациями скорее политического, нежели формально-юридического содержания. Вместе с тем в Законе сформулировано несколько фундаментальных принципов, которые, по сути, определили на-

правленность складывающейся системы инвестиционного законодательства в Китае. В этом смысле допустимо делать вывод о том, что Закон формирует фундамент, на котором будет строиться будущее здание разветвленного и сложно структурированного инвестиционного законодательства КНР.

В основе идеологии, определяющей направление регулирования инвестиционной активности, находится принцип открытости китайской экономики перед внешним миром. Начиная со Средних веков и до конца XX в. Китай был отгорожен от внешнего мира. Такая ситуация была причиной отсталости страны от значительного количества других государств мира. Как следствие, до второй половины XX в. в экономике господствовали принципы натурального хозяйства. В XX в. сложное положение китайского государства усугублялось политикой изоляционизма, исходящей от западных государств, а также конфликтом КНР с СССР. Ни о каких иностранных инвестициях в таких условиях не могло быть и речи.

В последней трети XX столетия руководство КНР, осознавая удушающее воздействие закрытости китайского общества, провозгласило политику открытости как предпосылку придания динамизма экономическому развитию страны. В практическом плане политика открытости, помимо прочего, стала основой для развития коммерческого и инвестиционного законодательства и формулирования его принципов в соответствии с теми стандартами, которые формируются в международном праве, а также в национальных правовых порядках развитых государств.

Таким образом, Закон в концентрированном виде выразил принцип открытости китайской экономики и стал основной идеей, на которой базируется регулирование иностранных инвестиций.

Однако, как и всякую иную фундаментальную правовую идею, принцип открытости сложно реализовать без конкретных юридико-технических конструкций, позволяющих внести определенность в регулируемые отношения.

² *Meichen Liu*. The New Chinese Foreign Investment Law and Its Implication on Foreign Investors // 38 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 2018. URL: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol38/iss2/3> (дата обращения: 11.07.2019) ; *McKenzie P. D., Xiaohu Ma, & Wei Zhang*. China's Draft Foreign Investment Law Still under Review, but «Negative List» System Comes into Effect Nationwide October 1, Morrison Foerster (Sept. 15, 2016) // URL: <https://media2.mfo.com/documents/160915-china-foreign-investment-law.pdf> (дата обращения: 11.07.2019) ; *Jiamu Sun*. China Foreign Investment Draft Law: What You Should Know // *The National Law Review*. 6 March 2015.

Подобные юридико-технические конструкции также представляют собой концепции высокого уровня, состоящие из взаимосвязанных институтов.

Одной из таких концептуальных идей закона, позволяющих реализовать открытость китайской экономики, является предоставление иностранным инвесторам и предприятиям с иностранными инвестициями национального режима, уравнивающего их в правах с ответственными инвесторами. Западные исследователи, наблюдающие за макроэкономическим регулированием, на основе анализа подготовки реформирования законодательства в Китае, еще до принятия Закона, делали выводы о том, что Китай «денационализирует» инвестиционные режимы³. Эти выводы в значительной степени оказались оправданными.

Уравнивание в правах иностранных и отечественных инвесторов имеет два аспекта. Во-первых, оно, хотя и со значительными оговорками, предполагает предоставление иностранным инвесторам таких же прав, как и китайским инвесторам. И во-вторых, стимулирование деятельности иностранных инвесторов включает обеспечение их государственной поддержкой экономического характера. В целях реализации этой идеи в Законе сформулирована презумпция равенства иностранных и китайских инвесторов при вхождении на рынок, за исключением изъятий, установленных нормативными актами (ст. 4 Закона).

Если до принятия Закона политика китайских властей в целом базировалась на той протекционистской концепции, которая была сформулирована еще 200 лет назад первым министром финансов США Александром Гамильтоном и которая обосновывала возможность допуска иностранных инвестиций в экономику только при условии предоставления ими самых передовых технологий⁴, то принцип равенства, провозглашенный в Законе, свидетельствует об отказе от этой доктрины. Очевидно, что китайское правительство занято поиском более тонких экономических инструментов регулирования инвестиционной активности.

Очевидно и то, что административно-правовой подход к решению этой проблемы, пред-

полагающий предоставление новых технологий как условие допуска к рынку, не выдержал испытания временем. Под влиянием критики и понимая неэффективность использования административно-правового инструментария, китайское правительство вынуждено ориентироваться на рыночные методы, стимулирующие приход инвестиций в высокотехнологичные сферы. Рыночный подход предполагает отказ от запретов или их минимизацию и введение стимулов для инвесторов. Таким образом, предоставление современных технологий должно рассматриваться не как условие допуска к рынку, а как реакция на те преференции, которые сформулирует правительство, стимулируя иностранных инвесторов к вложениям в новые производства.

Помимо того, в контексте идеи о равенстве иностранных и отечественных инвесторов китайское правительство продекларировало допуск иностранных инвесторов к участию в государственных закупках. Более того, Закон содержит декларации о равном правовом режиме иностранных услуг и товаров с китайскими услугами и товарами при государственных закупках. Все это свидетельствует об отказе от явных протекционистских мер в отношении услуг и товаров китайских товаропроизводителей в целом ряде секторов экономики.

Другая важная идея заключается в создании юридического механизма, обеспечивающего защиту прав иностранных компаний на интеллектуальную собственность и технологии. Как известно, одной из самых острых проблем во взаимоотношениях Китая и его западных партнеров (и прежде всего США), является проблема нарушения прав иностранных компаний на объекты интеллектуальной собственности, которые они используют при организации и ведении бизнеса. Острота этого вопроса такова, что стала одним из поводов для развязывания торговой войны между США и Китаем в 2018—2019 гг., завершение которой в краткосрочной перспективе совсем не очевидно.

Новый Закон устанавливает «юридическую ответственность» за нарушение прав интеллектуальной собственности. Эта декларация направлена на то, чтобы и смягчить негативный

³ *Alvarez J. E.* Contemporary Foreign Investment Law: An “Empire of Law” or the “Law of Empire”? // *Alabama L. Rev.* 2009. 60. 943 ; *Cohen T., Schneiderman D.* The Political Economy of Chinese Bilateral Investment Treaty Policy // *The Chinese Journal of Comparative Law.* March 2017. Vol. 5, Iss. 1. P. 111.

⁴ *Dodwell D.* The Real Target of Trump’s Trade War is «Made in China 2025» // *South China Morning Post.* 2018. June 25.

политический фон, создаваемый торговой войной с США, и продемонстрировать иностранным инвесторам намерения китайских властей.

Вместе с тем комментируемый Закон не оговаривает содержания, пределов и характера такой ответственности. Все это оставляет неопределенность в понимании того, что это за «юридическая ответственность», каковы ее условия и содержание. Очевидно, что для того, чтобы закон был эффективен, важно, чтобы китайский законодатель не только установил содержательно наполненную гражданско-правовую ответственность за указанные правонарушения, но и криминализировал эти нарушения, введя уголовную ответственность за действия, ущемляющие права интеллектуальной собственности.

В контексте идеологии уравнивания прав иностранных и китайских инвесторов находится и юридическая техника Закона. Так, Закон представляет собой своего рода кодификацию китайского законодательства об иностранных инвестициях, поскольку заменяет законы, которые были приняты три с лишним десятка лет назад: Закон «О паевых совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом» (1979), Закон «О предприятиях с участием иностранного капитала» (1985) и Закон «О совместных кооперационных предприятиях китайского и иностранного капитала» (1988). С юридико-технической точки зрения, безусловно, это удобно.

Ряд положений различных законов в результате кодификации были гармонизированы между собой. Так, например, приведены в соответствие положения об организационно-правовых формах юридических лиц. Вопросы корпоративного управления оказались вынесенными за пределы Закона и с момента его вступления в силу должны регулироваться Законом о компаниях и Законом о партнерстве, которые с момента принятия Закона становятся едиными для китайских и иностранных инвесторов, осуществляющих прямые инвестиции. Впрочем, это видится вполне рациональным и соответствующим общей концепции реформирования, поскольку компании с иностранным капиталом уравниваются в своем правовом статусе и организационно-правовых формах с китайскими

компаниями. В свою очередь, это открывает дорогу и таким формам инвестирования, каковыми являются слияния и поглощения, в том числе и с китайскими предприятиями, препятствием чему в дореформенное время выступали разные организационные модели бизнес-предприятий, установленные для иностранных компаний (компаний с иностранным участием) и собственно китайских компаний.

Важный юридико-технический прием, играющий существенную роль в распределении инвестиционных потоков, — это составление списков отраслей, в которых устанавливаются различные режимы инвестирования иностранными инвесторами. Этот прием был опробован китайским законодателем уже более 20 лет назад. Начиная с 1995 г. основным правовым актом, регулирующим привлечение иностранных инвестиций, стал Отраслевой каталог для иностранных инвесторов. Каталог выделяет четыре сферы экономики, в которых иностранные инвестиции: 1) допускаются; 2) поощряются; 3) ограничиваются; 4) запрещаются⁵. Формирование списка отраслей осуществлялось Комиссией по реформам и развитию. На протяжении четверти века политика властей состояла в постепенном расширении перечня тех областей экономики, в которых иностранные инвестиции поощряются и разрешаются. После вступления Китая во Всемирную торговую организацию в 2001 г. этот процесс ускорился.

Наличие списка отраслей, запрещенных для иностранных инвесторов, является одним из тех регуляторов инвестиционной активности, которые сдерживают иностранных инвесторов в наиболее привлекательных и перспективных отраслях. Чтобы понять, насколько высока степень закрытости китайской экономики и сколь серьезны барьеры, выстраиваемые перед иностранными инвесторами, достаточно упомянуть о том, что в список запрещенных отраслей включены самые высокотехнологичные отрасли, такие как деятельность компаний fin-tech, высокоскоростная торговля ценными бумагами, инвестиционный анализ страховой деятельности, интернет-продукты всех видов, интернет-игры, онлайн-электронная коммерция.

Таким образом, избранный юридико-технический прием регулирования инвестиционных

⁵ 2011 Waishang Touzi Chanye Zhidao Mu [The Catalogue for the Industrial Guidance of Foreign Investments] (promulgated by People's Republic Of China Ministry of Commerce, amended 2011) // Ministry Of Commerce (Feb. 21, 2012). URL: <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/aaa/> (дата обращения: 11.07.2019).

потоков по своей сути и по своей форме остался прежним и его эффективность зависит только от того, насколько либерален китайский законодатель в текущей экономической ситуации.

Еще один прием, который был использован в Законе, связан с ориентиром на корпоративное регулирование. Этот юридико-технический прием также традиционен как основной инструмент привлечения инвестиций. В дореформенную эпоху китайское законодательство установило несовпадающие организационно-правовые формы, с одной стороны, для иностранных инвесторов и, с другой стороны, для китайских предпринимателей. Такое регулирование минимизировало возможности неконтролируемого переливания капиталов и проникновения иностранных инвестиций в ограничиваемые сферы экономики.

В Законе по-новому урегулированы организационно-правовые формы предприятий с иностранными инвестициями. В целом предприятия, создаваемые иностранными инвесторами, отныне по своему правовому режиму и по своей организационной форме уравниваются с предприятиями, создаваемыми китайскими бизнесменами. Это создает большой потенциал при управлении предприятием. В частности, появляется возможность привлекать китайских менеджеров, выплачивая им вознаграждение путем предоставления опционов на акции предприятия, что раньше было невозможно вследствие запрета для китайских граждан на обладание иностранной собственностью. Новый Закон запрещает исполнительной власти вмешиваться в структурирование финансовых механизмов, обеспечивающих внутреннее корпоративное управление и стимулирующих эффективность менеджеров.

В целом с либеральных позиций такой подход, безусловно, следует приветствовать. Вместе с тем оказался нерешенным ряд вопросов, которые имеют важное значение. В частности, в дореформенный период разница между предприятиями с иностранными инвестициями и китайскими предприятиями была весьма существенной. Различия касались внутренней организации бизнес-формирования высших органов управления на предприятии, порядка принятия решения, распределения прибыли, распределения ликвидационной квоты и т.д. Поскольку ранее действовавшее законодательство предусматривало обязательность участия в предприятии с иностранными инвестициями китайских граждан, это усложняло процедуру

корпоративного управления таким предприятием со стороны иностранных собственников и приносило громоздкость в управленческую систему, наделяя ее избыточными элементами. Отсюда возникали сложности принятия решения, обусловленные, помимо прочего, разными правовыми принципами, на которые опирались лица, принимающие решения, и их различной ментальностью.

Еще один вопрос корпоративного права остался вне сферы регулирования Закона. Речь идет о лицах, фактически контролирующих компанию. Если проект Закона (2015) содержал соответствующие положения, то принятая редакция Закона этот вопрос не затрагивает. Таким образом, те лица, которые фактически контролируют предприятия, остаются с неочевидным правовым статусом и неясной ответственностью как за действия номинальных владельцев, так и за собственные действия. Очевидно, что перед китайскими судами рано или поздно встанет вопрос имплементации развитой на Западе доктрины «снятия корпоративной вуали». Особое практическое значение вопрос о контролирующих предприятие лицах приобретает в отношении тех китайцев, которые обладают иным иностранным гражданством и инвестируют средства из иных юрисдикций. Являются ли они иностранными инвесторами по смыслу Закона? Ответа на этот вопрос нет, и, видимо, он будет получен только в процессе практики применения Закона.

Сложившаяся в предшествующие реформе инвестиционного права годы законодательная практика была основана на стимулировании прямых инвестиций. Установив ряд особенностей легитимации иностранных инвесторов в китайском правовом порядке, законодатель регулировал особенности вложения в уставный фонд создаваемых предприятий (корпоративное инвестирование). Эта традиция, как уже отмечалось, была несколько видоизменена путем уравнивания организационно-правовых форм деятельности отечественных и иностранных инвесторов. В то же время инвестирование, основанное на специальных договорных конструкциях (концессионное соглашение, соглашение о разделе продукции, соглашение о пользовании недрами и пр.), характерное для отношений инвестора и государства в отраслях добывающей промышленности, остается особым предметом регулирования применительно к иностранным инвесторам. В этом смысле китайское законодательство привержено так на-

зывается доминальной системе на полезные ископаемые, т.е. такой организации привлечения инвестиций в области поиска и добычи полезных ископаемых, которая предполагает активную роль государства, действующего через своих экономических агентов, по своему статусу являющихся государственными предприятиями. В рамках такой системы в китайском праве в качестве основного инструмента взаимоотношений с инвестором выступает соглашение о разделе продукции⁶. Отношения в этой области регулируются отдельным Законом «О минеральных ресурсах КНР» (1986), который является специальным законом (*lex specialis derogat generali*) в системе инвестиционного законодательства.

Таким образом, новый Закон не затрагивает отношения инвесторов в области добычи полезных ископаемых. В этом смысле китайский законодатель продолжает основывать регулирование на отказе от монистического подхода к иностранным инвесторам, оставляя исполнительной власти право особого контроля за инвестиционной активностью в добывающих отраслях промышленности.

Еще один юридико-технический прием, который был использован в Законе, представляет собой институт регистрационной процедуры в отношении инвестиционных проектов (ст. 29, 34). Однако и этот прием не является новым для китайского законодательства. Практика регистрации инвестиционных проектов как условия их легитимации сложилась до принятия Закона и осуществлялась уполномоченными органами. Такими органами являлись Государственный комитет по развитию и реформе и Министерство коммерции КНР. При этом элементом регистрационной процедуры до принятия Закона являлась еще и регистрация в органе валютного контроля, каковым являлось Государственное управление валютного контроля КНР.

К мерам по регистрации иностранных инвестиций примыкают и положения, которые касаются «системы проверки безопасности иностранных инвестиций» (ст. 35). Однако и эти меры не являются новыми для китайского законодательства. Они начали реализовываться в 2011 г., и их координацию также совместно осуществляли Государственный совет по развитию и реформе и Министерство коммерции КНР. Закрепление этих мер имело место

в 2015 г., когда был принят Закон «О государственной безопасности», в котором указывалось, что система безопасности должна быть сконцентрирована на ключевых отраслях экономики и должна реализовываться как центральными, так и местными органами власти.

Таким образом, создание системы проверки безопасности является серьезным барьером, сдерживающим приток иностранных инвестиций. Даже наполнение этого института либеральным началом не исключает его сдерживающей функции. К тому же такое регулирование предоставляет исполнительной власти возможность менять политику в зависимости от экономической и политической конъюнктуры.

В целом нормы о регистрации носят рамочный характер, делая отсылку к нормативным правовым актам, в которых и должен быть установлен соответствующий порядок.

Таким образом, Закон не вносит принципиально новых конструкций в сложившуюся систему регулирования регистрации иностранных инвестиций, хотя и можно ожидать упрощения этого порядка.

И еще одним элементом системы контроля иностранных инвестиций являются положения Закона, требующие от зарубежных компаний предоставлять отчетность и информацию об инвестиционной активности. Как и предшествующие нормы, это положение носит рамочный характер. Можно предположить ее развитие в рамках подзаконного нормативного регулирования. При этом, с одной стороны, государство провозглашает, что будет соблюдать конфиденциальность в отношении получаемой информации, с другой стороны, нет ясности, каковы будут объемы этой информации и каким образом она может быть использована исполнительной властью. В целом эта мера также носит для инвесторов сдерживающий характер.

Защита прав иностранных инвесторов является одним из важнейших факторов, обеспечивающих доверие к инвестиционному климату. Закон предусматривает два основных механизма, с помощью которых иностранный инвестор может защитить свои права. Речь идет об административном и судебном способах защиты права.

Во-первых, право иностранного инвестора обеспечивается за счет предоставления ему юридически обеспеченной возможности при-

⁶ В литературе эти соглашения еще именуют нефтяными контрактами (см.: *Hao Hong, Kaiser M. J. Modeling China's offshore production sharing contracts using meta-analysis // Pet. Sci. 2010. No 7. P. 283*).

бегнуть к административным процедурам. Законом предусмотрено создание специального органа, на который возлагается обязанность рассмотрения жалоб инвесторов и урегулирования спорной ситуации (ст. 26). Очевидно, что реализация этой идеи потребует дополнительного регулирования. Такое регулирование предполагает создание нового органа или наделение дополнительными полномочиями уже существующего органа. Очевидно, что в рамках административного способа защиты права правовые возможности инвестора ограничены, поскольку стороны участвуют в процедурах не на основе принципа состязательности, отсутствуют устоявшиеся в судебных процедурах правила о доказательствах, велика роль усмотрения чиновника, рассматривающего дело.

Второй механизм защиты прав инвестора — это судебная защита при помощи административного иска. Таким образом, в судебном порядке иски инвесторов должны рассматриваться по особым административным процедурам, характерным для рассмотрения инвестиционных споров публично-правового характера, отличающихся от традиционных процедур искового производства.

В целом можно констатировать, что в Китае создается механизм, который в определенной степени конкурирует с Международным центром по урегулированию инвестиционных споров, предполагая перевод споров с иностранными инвесторами во внутреннюю юрисдикцию. Вместе с тем значение такой конкуренции не стоит переоценивать: судебная защита осуществляется в рамках национальной юрисдикции, доверие к которой у иностранных инвесторов традиционно ниже, чем к органам международной юрисдикции.

Таким образом, в целом можно констатировать позитивный характер предлагаемых изменений. В то же время несмотря на то, что Закон устанавливает пятилетний период для преобразования и приведения иностранных предприятий в соответствие с новыми требованиями, вряд ли этот процесс будет безболезненным, ведь он может повлиять на распределение собственности внутри предприятия. Гипотетически это грозит корпоративными конфликтами между акционерами, которые не смогут найти баланс в своих внутренних отношениях. При таких обстоятельствах не ясны перспективы юрисдикционных механизмов, позволяющих рассма-

тривать подобного рода споры. Очевидно, что обращение к национальным судам не всегда привлекательно для зарубежных акционеров. В то же время Закон не регулирует вопросы арбитрабельности данных споров. Вряд ли могут быть эффективны и попытки обращения к иностранным судам, т.к. возникнут сложности с исполнением их решений. Объясняется такое положение тем, что Китай заключил сравнительно небольшое количество договоров о правовой помощи и китайские суды не связаны нормами международного права. На это обстоятельство обращалось внимание и в дореформенное время⁷; не утрачивает оно своего значения и после принятия Закона.

Одна из проблем, с которой, по всей видимости, придется столкнуться китайскому законодательству, заключается в согласовании гражданского законодательства и законодательства об иностранных инвестициях. Гражданское законодательство КНР сильно отстает от потребностей гражданского оборота. Как известно, оно состоит из ряда разрозненных законодательных актов (Общие положения гражданского права КНР, Общая часть гражданского права КНР, Закон КНР «О договорах»), принятых в разное время и не отвечающих нуждам бизнеса. Несмотря на то что в Китае предпринимаются усилия по созданию нового Гражданского кодекса, комплексный кодекс, регулирующий все стороны хозяйственной жизни, видимо, будет создан нескоро. Согласование гражданского законодательства с актами инвестиционного права имеет существенное значение. Так, например, в законе КНР «О договорах» отсутствует общепринятое и фундаментальное для гражданского права западных государств положение о свободе договора. Между тем инвестиционные договоры предполагают значительное усмотрение сторон при формулировании их условий. При этом конструирование таких договоров может существенно отходить от предписаний гражданского законодательства, устанавливающего договорные модели. Это создает определенные риски для таких инвестиционных договоров, поскольку они могут оспариваться по мотиву их несоответствия позитивному праву.

Еще одна проблема, проявление которой прогнозируется в среднесрочной перспективе, — это отсутствие законодательной базы, обеспечивающей реализацию общих положе-

⁷ Harris D. Suing Chinese Companies in US Courts. The Pros and the Cons // ChinaLawBlog. 27 June 2011.

ний Закона. Это порождает состояние неопределенности для иностранных инвесторов, в том числе и для тех, которые рассчитывают на благоприятное развитие законодательства. Кроме того, регулирование остается в руках исполнительной власти, которая может существенно изменять акценты в распределении инвестиционных потоков, в том числе и неблагоприятным для иностранных инвесторов образом. Для того чтобы положения Закона могли быть эффективно реализованы, потребуются десятки законов и нормативных актов, которые должны быть приняты китайским законодателем и органами исполнительной власти.

Очень широкое поле для маневров остается у китайского правительства в связи с возможностью экспроприации иностранных предприятий «в случае особых обстоятельств» и «для публичных нужд». Особым образом эти нормативные положения важны для реторсий со стороны китайского правительства в случае возникновения международных торговых войн. С учетом того, что рассмотрение споров, которые могут возникнуть в связи с экспроприацией по подобного рода причинам, подчинено национальной юрисдикции на основании административных исков, такая система вряд ли будет приветствоваться иностранными инвесторами. Помимо того, политическая конъюнктура всегда будет провоцировать исполнительную

власть использовать «резиновый» характер таких категорий, как «особые обстоятельства» и «публичные нужды».

Существенная неясность остается и в отношении тех инвестиций, которые направляются в материковый Китай из Гонконга, Макао и Тайваня. Следует ли рассматривать их как иностранные инвестиции либо они будут подчинены режиму внутренних инвестиций? Это очень важный вопрос, влияющий на инвестиционную активность указанных регионов и тех бизнесменов, которые концентрируют там свои активы. Между тем Закон не упоминает о правовом режиме инвестиций, происходящих из Гонконга, Макао и Тайваня.

Таким образом, есть основания рассматривать принятый Закон как своего рода манифест, который декларирует ряд принципов, которые носят позитивный характер и, будучи реализованными в рамках текущего нормотворчества, способны стимулировать инвестиционную активность зарубежных бизнесменов. Закон выступает сигналом для зарубежных инвесторов, который следует оценивать в долгосрочной перспективе как приглашение к сотрудничеству. Революция инвестиционного права не состоялась, но Закон, упорядочив систему норм, регулирующих инвестиционную активность, стал одной из ступеней поступательного движения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Alvarez J. E.* Contemporary Foreign Investment Law: An “Empire of Law” or the “Law of Empire”? // *Alabama L. Rev.* — 2009. — 60. — 943.
2. *Cohen T., Schneiderman D.* The Political Economy of Chinese Bilateral Investment Treaty Policy // *The Chinese Journal of Comparative Law.* — 2017. — Vol. 5, Iss. 1.
3. *Dodwell D.* The Real Target of Trump’s Trade War is «Made in China 2025» // *South China Morning Post.* — 2018. — June 25.
4. *Hao Hong, Kaiser M. J.* Modeling China’s offshore production sharing contracts using meta-analysis // *Pet. Sci.* — 2010. — No 7.
5. *Harris D.* Suing Chinese Companies in US Courts. The Pros and the Cons // *ChinaLawBlog.* — 27 June 2011.
6. *Jiamu Sun.* China Foreign Investment Draft Law: What You Should Know // *National Law Abstract.* — 2015. — 6 March.
7. *McKenzie P., Xiaohu Ma, Wei Zhang.* China’s Draft Foreign Investment Law Still under Review, but «Negative List» System Comes into Effect Nationwide October 1, Morrison Foerster (Sept. 15, 2016) // URL: <https://media2.mofo.com/documents/160915-china-foreign-investment-law.pdf> (дата обращения: 11.07.2019).
8. *Meichen Liu.* The New Chinese Foreign Investment Law and Its Implication on Foreign Investors // *Nw. J. Int’l L. & Bus.* — 2018. — 38. — URL: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol38/iss2/3> (дата обращения: 11.07.2019).

Материал поступил в редакцию 16 июля 2019 г.

THE IDEOLOGY OF THE INVESTMENT LAW REFORM IN CHINA

Oleg Yu. Skvortsov, Dr. of Sci. (Law), Professor of the Department of Commercial Law of St. Petersburg State University, Advisor to the International Law Firm "DLA Piper"
oleg.skvortsov@mail.ru
199034, Russia, St. Petersburg, Universitetskaya nab., d. 7-9

Abstract. *The paper considers the reform of the Chinese legislation regulating foreign investments carried out in 2019. The author aims to identify the principles on which the reform was based, which took the form of the law on foreign investment. The methods of comparative analysis of accepted norms and those norms that have been audited were used. The revealed principles were analyzed from the point of view of their system. As a result of the analysis, the author comes to the conclusion about the fundamental principle underlying the reform — the principle of openness. However, the specification of this principle is possible through the formation of legal mechanisms that ensure its implementation. Thus, the Chinese legislator establishes equality of the Chinese and foreign investors, uses the receptions of legal writing worked out in the previous period, forms the system for ensuring administrative-legal and judicial protection of the rights of foreign investors. At the same time, the emerging regulation is largely focused on those standards of investment regulation that have developed in international practice. This suggests that the Chinese authorities are "denationalizing" investment regimes. In general, the paper concludes that, despite the progressive nature of the adopted Law, it is largely based on the legal and technical methods developed in the previous period. In addition, a significant part of the norms is declarative and requires the adoption of additional regulations establishing the mechanism of implementation of the Law. At the same time, the paper predicts the problems that will manifest themselves in the process of applying the Law and which, most likely, will be overcome by judicial practice.*

Keywords: *investment law, investment law of China, investment law reform in China, principle of openness.*

REFERENCES

1. Alvarez, J.E. (2009). Contemporary Foreign Investment Law: An "Empire of Law" or the "Law of Empire"? *Alabama L. Rev.* 60. 943.
2. Cohen, T., & Schneiderman, D. (2017). The Political Economy of Chinese Bilateral Investment Treaty Policy. *The Chinese Journal of Comparative Law.* 5(1).
3. Dodwell, D. (2018, June 25). The Real Target of Trump's Trade War is «Made in China 2025». *South China Morning Post.*
4. Hao Hong, & Kaiser, M.J. (2010). Modeling China's offshore production sharing contracts using meta-analysis. *Pet. Sci.* 7.
5. Harris, D. (2011, June 27). Suing Chinese Companies in US Courts. The Pros and the Cons. *ChinaLawBlog.*
6. Jiamu Sun. (2015, March 6). China Foreign Investment Draft Law: What You Should Know. *National Law Abstract.* 7. McKenzie, P., Xiaohu, Ma, & Wei Zhang. China's Draft Foreign Investment Law Still under Review, but «Negative List» System Comes into Effect Nationwide October 1, Morrison Foerster (2016, September 15). Retrieved from <https://media2.mofo.com/documents/160915-china-foreign-investment-law.pdf> (accessed 11.07.2019).
8. Meichen, Liu. The New Chinese Foreign Investment Law and Its Implication on Foreign Investors. (2018). *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 38. Retrieved from <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol38/iss2/3> (accessed 11.07.2019).

РЕКОМЕНДУЕМЫЕ КНИГИ И РЕЦЕНЗИИ
INDEX LIBRORUM

А. А. Петров*

**Сложные коллизии норм права
и как с ними бороться: рецензия
на монографию А. С. Гамбаряна
и Л. Г. Даллакян «Коллизионные
нормы и их конкуренция»
(М.: Юрлитинформ, 2019. 160 с.)¹**

Аннотация. Рецензируемая монография посвящена теоретико-правовой головоломке — сложным коллизиям норм права (совпадение коллизий, конкуренция коллизионных норм). В книге содержится ряд ценных идей по теме исследования. В частности, авторы верно разграничивают позитивизированные коллизионные нормы и разработанные юристами принципы (максимы) преодоления коллизий (коллизионные правила толкования), которые могут быть рассогласованными между собой. Это и порождает сложные коллизии. Авторы удачно показывают это на примере сложной судьбы принципа *lex posterior derogat priori* в правовой системе Армении. В работе проводится сравнительно-правовое изучение правового регулирования разрешения коллизий норм, в том числе сложных коллизий, в постсоветских государствах. Весьма интересна иерархическая система коллизионных критериев, предлагаемая авторами для преодоления сложных коллизий норм права. Кроме того, в монографии подробно излагается проблематика «внесистемных коллизий» в праве, под которыми понимаются антиномии принципов и норм права и рассогласованности между принципами права. Вместе с тем в работе есть ряд спорных тезисов, например о приоритете гуманистического содержательного критерия разрешения коллизий над традиционными юридическими критериями (такими как *lex superior*, *lex specialis*, *lex posterior*); о необходимости выделения в качестве отдельных критериев преодоления коллизий компетенционного и отраслевого критериев; об ограничительной авторской интерпретации сферы применения коллизионного принципа *lex specialis*. Указанные спорные идеи аргументированно критикуются в рецензии.

Ключевые слова: коллизии норм права, конкуренция норм права, догма права, толкование права, рецензия, сложные коллизии, разрешение коллизий норм права, совпадение коллизий.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.155-162

¹ Статья подготовлена в рамках реализации гранта Президента РФ молодым ученым — кандидатам наук, проект «Совпадение коллизий норм права» (МК-4819.2018.6).

© Петров А. А., 2019

* Петров Александр Александрович, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Сибирского федерального университета
sfu-pravo@yandex.ru
660075, Россия, г. Красноярск, ул. Маерчака, д. 6, корп. 6

Рецензируемая монография² ученых из Российско-Армянского (Славянского) университета (г. Ереван) Артура Сирекановича Гамбаряна и Лилит Георгиевны Даллакян посвящена практически не исследованной в русскоязычной теоретической юриспруденции проблематике сложных коллизий нормативно-регулятивных средств, которые возникают тогда, когда между собой сталкиваются сами общие принципы (максимы), используемые для преодоления коллизий, и (или) отдельные коллизионные нормы. Авторы монографии предлагают обозначить исследуемый объект термином «конкуренция коллизионных правил» (с. 49—50), хотя в русскоязычной литературе предложены и другие термины для обозначения исследуемого вида антиномий — совпадение коллизий³, сложные коллизии⁴.

Генезис сложных коллизий обусловлен тем, что одна и та же конкретная антиномия правовых норм может быть квалифицирована как идеальная совокупность коллизий нескольких типов. Это возможно, поскольку совокупность закрепленных в позитивном праве коллизионных норм может быть как внутренне противоречивой, так и несовместимой с общими принципами (максимами) разрешения конфликтов норм права (*lex superior, lex specialis, lex posterior*). Это ведет к тому, что правовая неопределенность возрастает по экспоненте: рассогласованными являются не только нормы права, но и принципы и правила преодоления самих коллизий. Как правильно отмечается в рецензируемой монографии, в случае сложной коллизии «компетентный орган, прежде чем разрешить спор по сути, должен провести всестороннее обсуждение такого сложного вопроса, как правильный выбор из нескольких коллизионных норм» (с. 50). Более того, как правило, в доктрине осмысление исследуемо-

го феномена ограничивается соотношением иерархической, содержательной и темпоральной коллизий норм права⁵ либо попарным сопоставлением двух видов антиномий норм, например содержательной и темпоральной⁶. К примеру, можно заметить, что в авторитетном ежегоднике «Юридическая техника» за 2017 г. (гл. ред. — д-р юрид. наук, профессор В. М. Баранов), полностью посвященном коллизионной проблематике (как в теоретико-правовом, так и в отраслевом срезе), нет ни одной статьи, в которой специально исследовался бы вопрос совпадения коллизий⁷.

Известно, что в учении о коллизиях норм выделяется два аспекта: дескриптивный (концептуально-понятийный) — определение понятия коллизии, объяснение их природы, классификация и типологизация и т.п., и прескриптивный (деятельностный) — анализ принципов и правил преодоления коллизий и моделирование юридической деятельности в коллизионных ситуациях⁸. Именно прескриптивный аспект анализа нормоконфликтов содержательно превагирует в рецензируемой монографии, которая состоит из трех глав («Теория коллизионных норм», «Разрешение коллизий и конкуренции коллизионных норм в законодательстве постсоветских государств», «Внесистемные коллизии и внутрисистемные конфликты принципов права»). Каждая из глав подразделяется на параграфы и подпараграфы. Выбранная авторами структура и композиция книги, несомненно, удачна. Она позволяет довольно четко проследить логику научного поиска авторов и оценить его результаты.

В монографии А. С. Гамбаряна и Л. Г. Даллакян содержится россыпь идей, значимых и ценных для общей теории коллизий в праве и смежных областей теоретической юриспруденции.

² Гамбарян А. С., Даллакян Л. Г. Коллизионные нормы и их конкуренция. М. : Юрлитинформ, 2019. 160 с.

³ См.: Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 90—95.

⁴ См., например: Петров А. А., Тихонравов Е. Ю. Пробелы и коллизии в праве : учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2019. С. 65—67.

⁵ См.: Власенко Н. А. Указ. соч. С. 90—95.

⁶ См., например: Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. М., 1897. С. 91 ; Halsbury's laws of England. 5th ed. 2011. Vol. 44 (2). § 1300 ; Москалюк О. В. Механізм подолання змістовних і темпоральних колізій норм права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 2011. С. 21 ; Kammerhofer J. Unearthing Structural Uncertainty Through Neo-Kelsenian Consistency: Conflicts of Norms in International Law // Papers of the European Society of International Law. 2005. URL: <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Kammerhofer.pdf> (дата обращения: 06.07.2019).

⁷ Юридическая техника : ежегодник. 2017. № 11. 762 с.

⁸ См.: Беляев М. В. Коллизионность права с точки зрения системного подхода: эпистемологический аспект // Юридическая техника : ежегодник. 2017. № 11. С. 107.

Прежде всего речь идет о необходимости разграничения нормативного и доктринального аспектов преодоления коллизий: авторы аргументированно демонстрируют, что в любой правовой системе существуют как позитивизированные коллизионные нормы, так и разработанные юристами «внутрицеховые» принципы (максимы) преодоления коллизий (авторы называют их коллизионными правилами толкования, или коллизионными средствами) (с. 7—24). Природа и генезис их различны, хотя в общей теории права встречаются и обратные утверждения⁹. И все же в строгом смысле слова нельзя отрицать, что коллизионные нормы есть результат акта волеизъявления государства, в то время как общие коллизионные принципы (максимы) есть порождение юридической мысли (локализация места возникновения таковой — монастырь, университет, суд — не столь важна). Даже если коллизионные правила толкования воспринимаются как «естественные» и «очевидные», ничто не мешает конкретно-историческому законодателю принять рассогласованные с ними коллизионные нормы.

Авторы удачно показывают это на примере сложной судьбы доктринальной максимы *lex posterior derogat priori* в правовой системе Армении (подпар. 2.3 гл. 1). Дело в том, что действующее позитивное право Армении основано на отрицании принципа «последующий закон сильнее предыдущего». Так, в ч. 1 ст. 40 Закона Республики Армения 2018 г. «О нормативных правовых актах» закрепляется, что в случае коллизий между нормативными правовыми актами применяются нормы нормативного акта, который вступил в силу ранее. И в ранее действовавшей ч. 3 ст. 24 Закона Республики Армения «О правовых актах» 2002 г. также устанавливалось аналогичное правило: новый законодательный акт, принятый тем же органом, не должен противоречить имеющим равную юридическую силу правовым актам, принятым ранее и вступившим в законную силу. При возникновении противоречий между принятыми тем же органом и имеющими равную юридическую силу нормативными актами действуют нормы правового акта, вступившего в законную силу ранее (с. 45). Такая нетипич-

ная коллизионная норма позитивного права явно вступает в конфликт с идеей *lex posterior derogat priori*, и в монографии демонстрируется, что судьи и иные правоприменители в Армении придерживаются (с отдельными исключениями) именно позитивно-правовой нормы о приоритете ранее принятого закона, а не доктринального коллизионного правила толкования (с. 29—30, 45—49). Как отмечают авторы, приоритет ранее принятых норм, по мысли его разработчиков, преследует две цели: усилить бдительность законодателя при принятии новых норм и защитить частного инвестора (с. 47—48). В монографии содержится обоснованная критика правила о приоритете ранее принятой нормы как очевидно дефектной (с. 45—49), которая органично сочетается с развернутой аргументацией фундаментальных оснований приоритета *lex posterior* (с. 39—40), включая отсылку к опыту иных правовых систем (с. 40—44). Поэтому авторы монографии предлагают привести национальное законодательство Армении в соответствие с максимой о приоритете последующего закона над предыдущим, а высшим судам (даже до решения этого вопроса легислатурой) — руководствоваться приоритетом последующего закона (с. 49). Последнее утверждение обусловлено разделяемым авторами тезисом о *sui generis* нормативном характере коллизионных правил толкования (с. 8—9).

Следует заметить, что авторы монографии, исследуя ряд доктринальных подходов к решению головоломки конкуренции коллизионных норм, обнаруживают сложность теоретико-правового обоснования ранжирования приоритетов применения коллизионных норм того или иного вида (с. 50—54), что логично подтверждается непоследовательностью в практике Кассационного Суда Армении, сталкивающегося со сложными коллизиями (с. 57—58). В этой связи представляет интерес проведенный в работе критический анализ ст. 40 Закона Армении о нормативных правовых актах 2018 г., в которой законодатель закрепляет приоритеты в применении коллизионных норм в ситуации их конкуренции (подпар. 4.3 гл. 1).

⁹ О возможности сугубо позитивистской трактовки природы коллизионных принципов (максим) см.: Paulson S. L. On the status of the Lex Posterior Derogating Rule // *Liverpool Law Review*. 1983. № 3. Pp. 5—18; Vranes E. Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior. Zur Rechtsnatur der «Konfliktlösungsregeln» // *ZaöRV* (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)). 2005. № 65. Pp. 391—405.

Одним из серьезных вопросов, которые стоят перед собой авторы, является научный поиск места гуманистического критерия разрешения коллизий (приоритет более благоприятной для человека нормы)¹⁰ в системе коллизионных принципов (максим). Здесь ценна авторская идея о том, что в ситуации конкуренции конституционно значимых ценностей вряд ли можно найти универсальное место содержательного гуманистического критерия преодоления коллизий в системе юридических критериев-приоритетов (с. 65).

Обстоятельное сравнительно-правовое изучение правового регулирования разрешения коллизий норм, и в том числе сложных коллизий, в постсоветских государствах (его результаты отражены в гл. 2 монографии) позволяет авторам заключить, что существуют три модели решения данного вопроса в «законах о законах»: 1) умолчание о возможности коллизии коллизионных норм; 2) косвенное установление приоритета определенных коллизионных норм, в том числе путем отсылки к отраслевому законодательству; 3) прямое ранжирование приоритетов (с. 97—99). Последний вариант, по мысли авторов, является оптимальным. Подытоживая, авторы замечают, что «согласно общему правилу, при конкуренции коллизионных норм действует приоритет иерархической нормы над темпоральной и содержательной коллизионными нормами и преимущество содержательной коллизионной нормы над темпоральной. При отраслевых коллизиях равнозначных норм на первый план выдвигается правило отраслевого приоритета, которое имеет преимущество и над содержательной, и над темпоральной коллизионной нормами» (с. 98).

Весьма интересно и подробно в монографии излагается проблематика так называемых внесистемных коллизий в праве, под которыми понимаются антиномии принципов и норм права и рассогласованности между принципами права (с. 101). Ценным является вывод авторов о том, что единичная норма (даже конституционная) не может формироваться, толковаться либо применяться так, что будет ограничена сфера применения принципов конституционного строя, либо эти принципы обесценятся

(с. 104—105, 111—114). Авторы подробно рассматривают вопрос о контекстуальной интерпретации норм об установлении иммунитета главы государства в свете основ конституционного строя Армении (с. 115—121) и логично заключают, что «функциональный иммунитет Президента РА можно использовать в качестве щита и освободить его от уголовного преследования за преступления, связанные с его функциями, но никак не в случае посягательства на принципы конституционного строя. Конституция не может содержать “атомную бомбу”, способную каждую минуту уничтожить не только основы конституционного строя, но и саму Конституцию и существующий в стране конституционализм. Конституция не имеет и не может иметь потенциал самоуничтожения» (с. 121).

Авторы аргументированно обосновывают, что в контексте поиска иерархии принципов права не стоит слишком большое внимание уделять правовой форме, поскольку и факт закрепления принципа в позитивном праве, и уровень законодательного закрепления принципов сами по себе не конституируют их иерархический статус в системе принципов права: здесь актуален не формальный, а содержательный подход (с. 123—124). Авторы соглашаются с представленной в теоретической юриспруденции идеей, что проявлением такого содержательного подхода является обращение к идее взвешивания принципов и поиска баланса между ними (с. 127—128). Как известно, применение такой методологии решения коллизионной проблемы имплицитно основывается на невозможности абстрактного определения приоритета одного принципа над другим без учета особых обстоятельств отдельного «сложного дела», для решения которого следует «взвесить» конкурирующие принципы и в необходимых случаях сопоставить их с конкретными нормами путем мыслительной конкретизации содержания принципа и гипотетико-дедуктивного выведения из его содержания соответствующей мыслимой, потенциально коллидирующей нормы¹¹.

Таковы вкратце некоторые (но, конечно, не все) значимые идеи авторов рецензируемой монографии, которые могут быть расценены

¹⁰ Наименование данного критерия «гуманистический» встречается, в частности, у Д. В. Агашева (см.: Агашев Д. В. Коллизионные проблемы в праве социального обеспечения : монография. Томск, 2005. С. 202—209).

¹¹ Burazin L. Conflicts between Fundamental Rights Norms // Proportionality in Law: an Analytical Perspective / ed. D. Duarte, J. S. Sampaio. NY : Springer, 2018. Pp. 111—117.

как вклад в приращение теоретико-правового знания.

Вместе с тем, как и в любом научном труде, в монографии А. С. Гамбаряна и Л. Г. Даллакян обнаруживается ряд спорных идей, по поводу которых есть смысл подискутировать.

Во-первых, весьма дискуссионным является тезис о приоритете гуманистического содержательного критерия разрешения коллизий над традиционными юридическими критериями, который рассматривается авторами в параграфе 5 главы 1.

Дело в том, что гуманистический критерий преодоления нормативных конфликтов, в отличие от всех иных объективно заданных общих (универсальных) юридических критериев (время принятия, ранг нормы и т.д.), является телеологически и контекстуально идентифицируемым для каждого конкретного случая, конкретной коллизийной ситуации. Проще говоря, определение того, какая норма является более благоприятной для человека, невозможно до установления наличия коллизии между более и менее благоприятными нормативными установлениями (это немного напоминает апорию, но дело не только в этом). Между тем в основании идеи нахождения коллизийных критериев, на основе которых преодолеваются коллизии норм, лежит представление о возможности нахождения сравнительно легко идентифицируемых универсалий, очевидных для усредненного правоприменителя. Очевидно, что гуманистический критерий не может быть такой универсалией.

Нельзя отрицать и потенциальную ограниченность этого критерия лишь сферой публичного права: в частном праве правоприменитель объективно не в состоянии без подсказок со стороны законодателя (например, концепция «слабой стороны» договорных отношений) выявить, чей интерес из противоречивых, но равнозначно охраняемых интересов юридически равных и наделенных автономией воли субъектов должен в большей мере защищаться. Кстати, в монографии признается это «территориальное» ограничение гуманистического критерия (с. 33).

Вместе с тем это не означает, что гуманистический критерий решения коллизийной проблемы (но не преодоления коллизии) стоит списывать со счетов. Однако функционирует он

несколько иначе. В публичном праве в ситуациях, когда применение правовых максим и (или) коллизийных норм ведет к реализации менее благоприятной для личности нормы, суды и иные правоприменители могут обратиться к стратегии избегания обнаружения конфликта норм. Проще говоря, правоприменитель не усматривает коллизии между более и менее благоприятной для личности нормами, аргументируя такой подход, к примеру, ограничительным толкованием менее благоприятной для человека нормы либо расширительным толкованием более благоприятной нормы. Стратегия элиминирования коллизийной проблемы путем более узкого или более широкого толкования правовых норм возможна, поскольку суды и иные правоприменители обладают широкими дискреционными полномочиями по установлению смысла норм права¹², и ни в одной правовой системе легислатура не в состоянии полностью детерминировать этот процесс. В описанных авторами случаях обращения к гуманистическому критерию без всякого репутационного ущерба для чувства законности суд может констатировать, что законодатель просто не рассчитывал на применение менее благоприятной нормы к рассматриваемой ситуации, а значит, нет и конфликта норм. Более того, к примеру, в ситуациях наличия нескольких разрешительных норм в рамках общедозволительного типа правового регулирования (а равно при наличии нескольких норм-запретов в рамках разрешительного типа правового регулирования), одна из которых является более благоприятной для личности, а другая — менее благоприятной, констатация отсутствия нормоконflikта будет в высшей степени оправданной стратегией, поскольку в данном случае объективно отсутствует функциональная несовместимость указанных норм. В таком контексте уместно будет еще раз обратиться к обсуждаемому на страницах монографии решению Европейского Суда по правам человека по делу *Case of Štetiar and Šutek v. Slovakia* от 23.11.2010 (с. 66—67), в котором Суд столкнулся с наличием двух норм-запретов: нижестоящая норма запрещала задержание до судебного решения вопроса на срок свыше 24 часов, а вышестоящая — на срок свыше 48 часов. Как представляется, в этом случае вообще нет необходимости обращения к критерию применения наиболее благоприятного за-

¹² *Gonzalez C. E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Review. 2001. Vol. 80, № 2. Pp. 454—585.*

кона в ущерб принципу *lex superior*, поскольку отсутствует сама по себе коллизия норм¹³.

Кроме того, более благоприятной может быть ранее принятая специальная норма, ранее принятая вышестоящая норма и т.п. — в таких случаях выделение этого дополнительного критерия является излишним, так как коллизия может быть решена просто путем обращения к общим принципам преодоления коллизий, в том числе — сложных.

Итак, рассмотрение гуманистического содержательного критерия разрешения коллизии онной ситуации в одном ряду с универсальными юридическими принципами (максимами) преодоления нормоконфликтов, как кажется, затемняет истинное положение указанного критерия в системе координат средств решения коллизии проблемы: правоприменитель, прогнозируя потенциально негативные для прав и свобод личности последствия применения одной из коллидирующих норм, может не применять ее, руководствуясь как традиционными юридическими критериями *lex superior*, *lex specialis* и *lex posterior*, так и стратегией сокрытия либо необнаружения коллизии норм.

Во-вторых, вызывает вопросы выделение в качестве отдельных критериев преодоления коллизий компетенционного (с. 15—17) и отраслевого (с. 14—15) критериев. Как представляется, все же компетенционные коллизии являются разновидностью иерархических, а не самостоятельным видом коллизий. Аргументация такова: нужда в выделении компетенционных коллизий как особого вида пропадает, если вслед за Г. Кельзенем согласиться, что в системе источников права существуют два типа иерархических связей: статическая (при которой вышестоящая норма задает некоторые содержательные характеристики нижестоящим нормам), и динамическая (вышестоящая норма лишь устанавливает, на каком уровне и кем могут регулироваться те или иные отношения, не детерминируя само содержание норм права)¹⁴. Тогда «компетенционные» коллизии суть динамические иерархические, и не более того. В свою очередь, самостоятельность критерия преодоления отраслевых (предметных) кол-

лизий также вызывает вопросы прежде всего из-за сомнительности в объективности отраслевого деления позитивного права и возможности уподобления отраслей права (или иных фрагментов системы права) автономным отсекам подводной лодки; во всяком случае, практический смысл установления предметного превосходства одного массива правовых установлений над другими традиционно сводится к переквалификации потенциальной коллизии из темпоральной и (или) содержательной в иерархическую¹⁵.

В-третьих, как представляется, авторы слишком ограничительно трактуют сферу применения коллизии принципа *lex specialis*, не относя к сфере его действия ситуации несогласованности между общими нормами и специальными нормами — изъятиями («исключениями») из этого общего правила (с. 11—12, 31). Если в одной норме содержится общее правило, а в другой — изъятие из этого общего правила, все же имеет место коллизия норм, даже если она умышленно используется законодателем как своеобразный прием юридической техники.

Наконец, в порядке конструктивной критики хотелось бы отметить, что в монографии большее внимание можно было бы уделить самой сложной, на взгляд рецензента, конкуренции коллизии норм — конфликту между принципами *lex specialis* и *lex posterior*. Здесь есть еще над чем подумать: несмотря на то что в доктрине все же превалирует идея универсального приоритета максимы *lex specialis*, ее применение имеет один негативный эффект: в случае концептуальных обширных изменений законодательства приоритет ранее принятых специальных норм над позднее принятыми общими может быть юридическим препятствием на пути прогрессивных преобразований правового инструментария. Что это — неизбежная плата за правовую определенность либо неустранимый изъян в теории? К сожалению, ответа на этот сложный вопрос авторы не дают.

Вместе с тем сам по себе характер выделенных дискуссионных положений рецензируемой

¹³ См. подробнее: *Петров А. А.* Влияние типа правового регулирования на существование коллизии норм права // Вестник Омского университета. Серия : Право. 2019. Т. 16. № 1. С. 37—43.

¹⁴ Ганс Кельзен: Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. СПб., 2015. С. 163—191.

¹⁵ См., например: *Петров А. А.* Вопросы преодоления коллизий норм кодексов, устанавливающих собственный приоритет // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2019. Т. 10. № 1. С. 4—23.

монографии свидетельствует об одном: есть с чем спорить по содержанию, и это прекрасно. Книга Артура Сирекановича Гамбаряна и Лилит Георгиевны Даллакян «Коллизионные нормы и их конкуренция» отражает результаты ориги-

нального и качественно выполненного юридико-догматического и сравнительно-правового исследования весьма сложной темы. Она, несомненно, будет интересна ученым, практикующим юристам, аспирантам и студентам.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Агашев Д. В.* Коллизионные проблемы в праве социального обеспечения : монография. — Томск, 2005. — 272 с.
2. *Беляев М. В.* Коллизионность права с точки зрения системного подхода: эпистемологический аспект // Юридическая техника : ежегодник. — 2017. — № 11. — С. 106—113.
3. *Власенко Н. А.* Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск, 1984. — 99 с.
4. *Гамбарян А. С., Даллакян Л. Г.* Коллизионные нормы и их конкуренция. — М. : Юрлитинформ, 2019. — 160 с.
5. Ганс Кельзен: Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. — СПб. : Алеф-Прес, 2015. — 542 с.
6. *Москалюк О. В.* Механізм подолання змістовних і темпоральних колізій норм права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Киев, 2011. — 21 с.
7. *Петров А. А.* Влияние типа правового регулирования на существование коллизии норм права // Вестник Омского университета. Серия : Право. — 2019. — Т. 16. — № 1. — С. 37—43.
8. *Петров А. А.* Вопросы преодоления коллизий норм кодексов, устанавливающих собственный приоритет // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. — 2019. — Т. 10. — № 1. — С. 4—23.
9. *Петров А. А., Тихонравов Е. Ю.* Пробелы и коллизии в праве : учебное пособие. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2019. — 80 с.
10. *Регельсбергер Ф.* Общее учение о праве. — М. : тип. И. Д. Сытина и К°, 1897. — 293 с.
11. *Burazin L.* Conflicts between Fundamental Rights Norms // Proportionality in Law: an Analytical Perspective / ed. D. Duarte, J. S. Sampaio. — NY : Springer, 2018. — 192 p.
12. *Gonzalez C. E.* The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Abstract. — 2001. — Vol. 80, № 2. — Pp. 454—585.
13. Halsbury's laws of England. — 5th ed. — 2011. — Vol. 44 (2). — 621 p.
14. *Kammerhofer J.* Unearthing Structural Uncertainty Through Neo-Kelsenian Consistency: Conflicts of Norms in International Law // Papers of the European Society of International Law. — 2005. — URL: <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Kammerhofer.pdf> (дата обращения: 06.07.2019).
15. *Paulson S. L.* On the status of the Lex Posterior Derogating Rule // Liverpool Law Abstract. — 1983. — № 3. — Pp. 5—18.
16. *Vranes E.* Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior Zur Rechtsnatur der «Konfliktlösungsregeln» // ZaöRV (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)). — 2005. — № 65. — S. 391—405.

Материал поступил в редакцию 7 августа 2019 г.

**COMPLEX CONFLICTS OF LAW AND HOW TO DEAL WITH THEM: REVIEW OF THE MONOGRAPH
BY A.S. GAMBARYAN AND L.G. DALLAKYAN "CONFLICT OF LAW RULES AND THEIR COMPETITION"**

(MOSCOW: YURLITINFORM PUBL., 2019. 160 P.)¹⁶

Aleksandr A. Petrov, Cand. of Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Theory and History of State and Law of the Siberian Federal University
sfu-pravo@yandex.ru
660075, Russia, Krasnoyarsk, ul. Maerchaka, d. 6, korp. 6

Abstract. *The reviewed monograph is devoted to the theoretical and legal puzzle — complex conflicts of law (coincidence of conflicts, competition of conflict of laws). The book contains a number of valuable ideas on the topic of research. In particular, the authors correctly distinguish between positivized conflict-of-laws rules and principles (maxims) developed by lawyers to overcome conflicts (conflict-of-laws rules of interpretation), which may be inconsistent with each other. This gives rise to complex conflicts. The authors successfully demonstrate this by the example of the complex fate of the lex posteriori derogat priori principle in the legal system of Armenia. The work provides a comparative legal study of the legal regulation of the resolution of conflicts of norms, including complex conflicts, in the post-Soviet States. The hierarchical system of conflict criteria proposed by the authors to overcome complex conflicts of law is very interesting. In addition, the monograph describes in detail the problems of "non-systemic conflicts" in law, which are understood as antinomies of principles and norms of law and inconsistency between the principles of law. At the same time, there are a number of controversial theses in the work, for example, on the priority of the humanistic substantive criterion of conflict resolution over traditional legal criteria (such as lex superior, lex specialis, lex posterior); on the need to allocate competence and industry criteria as separate criteria for overcoming conflicts; on the restrictive author's interpretation of the scope of application of the lex specialis conflict principle. These controversial ideas are criticized in the review in a well-reasoned manner.*

Keywords: *conflict of laws, collision of norms, dogma of law, interpretation of law, review, complex conflicts, resolution of conflicts of law, the coincidence of collisions.*

REFERENCES

1. Agashev, D.V. (2005). Kollizionnye problemy v prave sotsialnogo obespecheniya: momografiya [Conflict of laws issues in social security law: monograph]. Tomsk.
2. Belyaev, M.V. (2017). Kollizionnost prava s tochki zreniya sistemnogo podkhoda: epistemologicheskiy aspekt [Conflict of law from the point of view of the system approach: the epistemological aspect]. *Yuridicheskaya tekhnika: ezhegodnik* [Legal writing: yearbook]. (11). pp. 106—113.
3. Vlasenko, N.A. (1984). *Kollizionnye normy v sovetskom prave* [Conflict of laws rules in Soviet law]. Irkutsk.
4. Gambaryan, A.S., & Dallakyan, L.G. (2019). *Kollizionnye normy i ikh konkurenciya* [Conflict of laws and their competition]. Moscow: Yurlitinform Publ.
5. Kelsen, H. (2015). *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost i estestvennoe pravo* [Pure theory of law, justice and natural law]. Translated from German. M.V. Antonova, & S.V. Lezova. St. Petersburg. Alef-Press, 2015.
6. Moskalyuk, O.V. (2011). Механізм подолання змістовних і темпоральних колізій норм права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Abstract. of Cand. Degree Dissertation (in Ukrainian). Kiev.
7. Petrov, A.A. (2019). Vliyaniye tipa pravovogo regulirovaniya na sushchestvovanie kollizii norm prava [The influence of the type of legal regulation on the existence of a conflict of law]. *Vestnik omskogo universiteta. Seriya: pravo* [Herald of Omsk University: Series: Law. 16(1). pp. 37—43.
8. Petrov, A.A. (2019). Voprosy preodoleniya kolliziy norm kodeksov, ustanavlivayushchikh sobstvennyy prioritet [Questions of overcoming conflicts of norms of the codes establishing own priority]. *Vestnik Sankt-peterburgskogo universiteta. Pravo* [Vestnik of Saint Petersburg University. Law]. 10(1). pp. 4—23.

¹⁶ The paper was prepared within the framework of the Presidential Grant for Young Scientists — Candidates of Science, Project "Concurrence of conflict of laws" (МК-4819.2018.6).

9. Petrov, A.A. & Tikhonravov, E.Yu. (2019). *Probely i kollizii v prave: uchebnoe posobie* (2-e izd., pererab. i dop.) [Gaps and conflicts of law: Study Guide (2nd ed., rev. and suppl)]. Moscow: Prospect Publ.
10. Regelsberger, F. (1897). *Obshchee uchenie o prave* [General doctrine of law]. Moscow: Publishing House of I.D. Sytin and Co.
11. Burazin, L. (2018). Conflicts between fundamental rights norms. *Proportionality in Law: an Analytical Perspective*. Edited by D. Duarte, J.S. Sampaio. NY: Springer. 192 p.
12. Gonzalez, C.E. (2001). The logic of legal conflict: the perplexing combination of formalism and anti-formalism in adjudication of conflicting legal norms. *Oregon Law Abstract*. 80(2). pp. 454—585.
13. *Halsbury's laws of England* (5th ed). (2011). 44 (2). 621 p.
14. Kammerhofer, J. (2005). Unearthing structural uncertainty through neo-kelsenian consistency: conflicts of norms in international law. *Papers of the European Society of International Law*. Retrieved from <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Kammerhofer.pdf> (accessed 06.07.2019).
15. Paulson, S.L. (1983). On the status of the lex posterior derogating rule. *Liverpool Law Abstract*. (3). pp. 5—18.
16. Vranes, E. (2005). Lex superior, lex specialis, lex posterior-zur rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln". *ZaöRV* (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)). (65). pp. 391—405.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.msal.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статьи).
2. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, т.е. согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica».
3. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
4. Требования к содержанию и объему статей:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 40 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок), или 15–20 страниц (формат А4; шрифт Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полторный; абзацный отступ — 1,25 см. Поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с главным редактором журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, должна отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал статьи не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых воспроизводит нормативный материал, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования. Ответственность за правильность данных в сносках и пристатейном библиографическом списке несет автор.
5. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. В журнале используются подстрочные ссылки, вынесенные из текста вниз страницы (в сноску). Нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman, высота шрифта — 12 пунктов, межстрочный интервал — одинарный, абзацный отступ — 1,25. Примеры оформления сносок приводятся на сайте журнала.
6. В библиографический список включается только использованная при написании статьи научная литература. В список не включаются нормативные акты, судебная практика и иные правоприменительные документы или их проекты. Требования к оформлению списка литературы в целом совпадают с требованиями к оформлению ссылок. В списке все работы перечисляются в алфавитном порядке, сначала идут материалы на русском языке, затем — на иностранных языках.

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

Адрес издателя: г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Телефон редакции: (8-499)244-88-88 (доб. 687).

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

E-mail: lex-russica@yandex.ru

Объем: 19,06 усл.-печ.л. (15,08 а. л.), формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 18.11.2019.

Редактор *М. В. Баукина.*

Корректор *А. Б. Рыбакова.*

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков.*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Свободная цена.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.

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.



KUTAFIN UNIVERSITY 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 University 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.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

ISSN 1729-5920



9 771729 592008