



Российский экономический университет
имени Г. В. Плеханова

Научный журнал

**ЭКОНОМИКА
ПРАВО
ОБЩЕСТВО**

**ECONOMICS
LAW
SOCIETY**

Scientific Journal

Том 6, № 2 (26), 2021

ЭКОНОМИКА ПРАВО ОБЩЕСТВО

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Курбанов Рашад Афатович – главный редактор, директор Института правовых исследований и региональной интеграции, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор юридических наук, профессор

Алиев Назим Талат оглы – Начальник Академии полиции МВД Азербайджанской Республики, генерал-майор полиции, доктор юридических наук

Бодак Алла Николаевна – судья Конституционного Суда Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент

Валентей Сергей Дмитриевич – начальник Научно-исследовательского объединения (научный руководитель Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова), доктор экономических наук, профессор

Василевич Григорий Алексеевич – заведующий кафедрой конституционного права Белорусского государственного университета, член-корреспондент Национальной академии наук Беларуси, доктор юридических наук, профессор

Вельяминов Георгий Михайлович – главный научный сотрудник Сектора правовых проблем международных экономических отношений Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор

Витязь Петр Александрович – академик Национальной академии наук Беларуси, руководитель аппарата НАН Беларуси, сопредседатель Межакадемического совета по проблемам развития Союзного государства, доктор технических наук, профессор

Вознесенская Нинель Николаевна – ведущий научный сотрудник Сектора правовых проблем международных экономических отношений Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор

Георг Става – член Европейской комиссии по совершенствованию правосудия (CEPEJ) Совета Европы

Гринберг Руслан Семенович – научный руководитель Института экономики РАН, член-корреспондент РАН, доктор экономических наук, профессор

Гришина Ольга Алексеевна – заведующая кафедрой финансов и цен Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор экономических наук, профессор

Гулиев Ибрагим Саид оглы – вице-президент Национальной академии наук Азербайджана, академик НАНА, доктор геолого-минералогических наук, профессор

Гурбанов Рамин Афад оглы – президент Европейской комиссии по эффективности правосудия (CEPEJ) Совета Европы, судья города Баку, доктор юридических наук

Джафаров Азер Мамед оглы – заместитель Министра юстиции, член Судебно-правового совета Азербайджанской Республики, доктор юридических наук, профессор

Довнар Таисия Ивановна – профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Белорусского государственного университета, доктор юридических наук, профессор

ECONOMICS LAW SOCIETY

EDITORIAL BOARD

Kurbanov Rashad Afatovich – Chief Editor, Director of the Institute of Legal Studies and Regional Integration, Head of the Department of Civil Legal Disciplines of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Law, Professor

Aliiev Nazim Talat ogly – Head of the Police Academy of the of the Azerbaijan Republic, Police Major General, Doctor of Law

Bodak Alla Nikolaevna – Judge of the Constitutional Court of the Republic of Belarus, PhD of Law, Associate Professor

Valentey Sergey Dmitrievich – Head of Scientific and Research Union (Supervisor of the Plekhanov Russian University of Economics), Doctor of Economics, Professor

Vasilevich Grigoriy Alekseevich – Head of the Constitutional Law Department of the Belorussian State University, Corresponding Member of the National Academy of Sciences of Belarus, Doctor of Law, Professor

Velyaminov Georgiy Mikhailovich – Chief Researcher of the Sector of Legal Problems of International Economic Relations of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Law, Professor

Vityaz Petr Aleksandrovich – Member of the National Academy of Sciences of Belarus, Head of Academy Staff Presidium of the National Academy of Sciences of Belarus, Co-chairman of the Inter-Academic Council on Development of the Union State, Doctor of Technical Sciences, Professor

Voznesenskaya Ninel Nikolaevna – Leading Researcher of the Sector of the Legal Problems of International Economic Relations of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Law, Professor

Georg Stawa – Member of European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) of the Council of Europe

Grinberg Ruslan Semenovitch – Scientific Director of the Institute of Economics of the Russian Academy of Sciences, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Economics, Professor

Grishina Olga Alekseevna – Head of the Department of Finance and Prices of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Economics, Professor

Guliev Ibragim Said ogly – Vice-President of the National Academy of Sciences of Azerbaijan, Member of the National Academy of Sciences of Azerbaijan, Doctor of Geological and Mineralogical Sciences, Professor

Gurbanov Ramin Afad oglu – President of European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) of the Council of Europe, Judge of Baku City, Doctor of Law

Jafarov Azer Mammad ogly – Deputy Minister of Justice, Member of the Judicial-Legal Council of the Azerbaijan Republic, Doctor of Law, Professor

Dovnar Taisiya Ivanovna – Professor of the Department of Theory and History of State and Law of the Faculty of Law of the Belarussian State University, Doctor of Law, Professor

Егоров Алексей Владимирович – депутат Палаты представителей седьмого созыва, заместитель председателя Постоянной комиссии по законодательству Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент

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

Жаворонкова Наталья Григорьевна – заведующая кафедрой экологического и природоресурсного права МГЮА имени О. Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор

Занковский Сергей Сергеевич – заведующий сектором предпринимательского права Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор

Зинчук Галина Михайловна – декан факультета экономики и права Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор экономических наук, доцент

Зубарев Сергей Михайлович – заведующий кафедрой административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор

Зырянов Сергей Михайлович – ведущий научный сотрудник отдела административного законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор

Иванов Вилен Николаевич – советник РАН, вице-президент Российской Академии социальных наук, член-корреспондент РАН, доктор философских наук, профессор

Капустин Анатолий Яковлевич – научный руководитель Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор

Клеандров Михаил Иванович – судья Конституционного суда Российской Федерации в отставке, член-корреспондент РАН, доктор юридических наук, профессор

Крюкова Нина Ивановна – профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор юридических наук, профессор

Кузнецов Вячеслав Николаевич – президент Фонда поддержки исследования проблем «Безопасность Евразии», член-корреспондент РАН, доктор социологических наук, профессор

Лисицын-Светланов Андрей Геннадьевич – ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, академик РАН, доктор юридических наук, профессор

Мазур Иван Иванович – председатель правления АО «РАО Роснефтегазстрой», доктор технических наук, профессор

Манке Карстен – руководитель группы в Немецкой корпорации международного сотрудничества (GIZ) (German Corporation for International Cooperation GmbH)

Минашкин Виталий Григорьевич – проректор Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор экономических наук, профессор

Мирмохаммади Мостафа – руководитель группы международного права и прав человека Университета Мофид (Иран), доктор юридических наук, профессор

Мустафазаде Айтен Инглаб кызы – директор Института права и прав человека НАН Азербайджана, депутат Милли Меджлиса Азербайджанской Республики, доктор юридических наук, профессор

Egorov Aleksey Vladimirovich – Member of the House of Representatives of the Seventh Convocation, Deputy Chairperson of the Standing Commission on Law of the House of Representatives of the National Assembly of the Republic of Belarus, PhD of Law, Associate Professor

Ershova Inna Vladimirovna – Head of the Department of Entrepreneurial and Corporations Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Doctor of Law, Professor

Zhavoronkova Natalya Grigorievna – Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Doctor of Law, Professor

Zankovsky Sergey Sergeevich – Head of the Department of Entrepreneurial Law of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Law, Professor

Zinchuk Galina Mikhailovna – Dean of the Faculty of Economics and Law of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Economics, Associate Professor

Zubarev Sergey Mikhailovich – Head of the Department of Administrative Law and Process of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Doctor of Law, Professor

Zyryanov Sergey Mikhailovich – Leading Researcher of the Department of Administrative Law and Process of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor

Ivanov Vilen Nikolayevich – Counselor of the Russian Academy of Sciences, Vice-President of the Russian Academy of Social Sciences, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Philosophy, Professor

Kapustin Anatoly Yakovlevich – Science Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor

Kleandrov Mikhail Ivanovich – Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation Emeritus, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Law, Professor

Kryukova Nina Ivanovna – Professor of the Department of Civil Legal Disciplines of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Law, Professor

Kuznetsov Vyacheslav Nikolayevich – President of the Foundation for the Support of the Research of Problems "Eurasian Security", Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Sociology, Professor

Lisitsin-Svetlanov Andrey Gennadievich – Leading Researcher of the Institute of State and Law of the RAS, Member of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Law, Professor

Mazur Ivan Ivanovich – Chairman of the Board of JSC «RAO Rosneftegazstroy», Doctor of Engineering Science, Professor

Mahnke Carsten – Head of the Group in the German Corporation of International Cooperation (GIZ) (German Corporation for International Cooperation GmbH)

Minashkin Vitaly Grigorievich – Vice-Rector of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Economics, Professor

Mirmohammadi Mostafa – Director for International Law and Human Rights Group, Mofid University (Iran), Doctor of Law, Professor

Mustafazade Ayten Inqlab qizi – Director of the Institute of Law and Human Rights of the National Academy of Sciences of Azerbaijan, Deputy of the Milli Meclis of the Azerbaijan Republic, Doctor of Law, Professor

Плигин Владимир Николаевич – председатель Ассоциации юристов России, ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, кандидат юридических наук

Рагимов Ильгам Мамедгасан оглы – президент Ассоциации юристов стран Черноморско-Каспийского региона, доктор юридических наук, профессор

Сафи Исмаил – член Совета по безопасности и внешней политике при Президенте Турецкой Республики, директор Института безопасности и обороны Университета Истине, доктор политических наук

Фатьянов Алексей Александрович – заведующий кафедрой государственно-правовых и уголовно-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор юридических наук, профессор

Хасбулатов Руслан Имранович – заведующий кафедрой мировой экономики Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, член-корреспондент РАН, доктор экономических наук, профессор

Экимов Анисим Иванович – профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор юридических наук, профессор

Яблочкина Ирина Валерьевна – директор Центра гуманитарной подготовки Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова, доктор исторических наук, профессор

Pligin Vladimir Nikolaevich – Chairman of the Association of Lawyers of Russia, Leading Researcher of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, PhD of Law

Ragimov Ilgam Mammadgasan oglu – President of the International Association of Lawyers of the Black Sea-Caspian Region Countries, Doctor of law, Professor

Safi Ismail – Member of the Council on Security and Foreign Policy under the President of the Republic of Turkey, Director of the Institute of Security and Defense of the University of Istinye, Doctor of Political Science

Fatyanov Alexey Alexandrovich – Head of the Department of State-legal and Criminal-legal Disciplines of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Law, Professor

Khasbulatov Ruslan Imranovich – Head of the Department of World Economy of the Plekhanov Russian University of Economics, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Economics, Professor

Ekimov Anisim Ivanovich – Professor of the Department of Civil Legal Disciplines of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Law, Professor

Yablochkina Irina Valerievna – Director of the Center of Humanitarian Training of the Plekhanov Russian University of Economics, Doctor of Historical Sciences, Professor

Издание зарегистрировано в Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций:

ПИ № ФС77-64675 от 22 января 2016 г.

Учредитель
Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего образования
«Российский экономический университет
имени Г. В. Плеханова»
(ФГБОУ ВО «РЭУ им. Г. В. Плеханова»)

Адрес редакции:
117997, Москва, Стремянный пер., 36.
Тел.: 8 (499) 237-85-02, e-mail: grapravo.kaf@mail.ru,
www.rea.ru

Главный редактор **Р. А. Курбанов**
Заместитель главного редактора **А. М. Белялова, К. И. Налетов**
Ответственный секретарь **Ю. Х. Давыдова**
Редактор **Е. Ю. Мамонтова**
Оформление обложки **Ю. С. Жигалова**
Подписано в печать 11.08.2021. Формат 60 x 84 1/8.
Печ. л. 15,12. Усл.-печ. л. 14,06. Уч.-изд. л. 14,16.
Тираж 500 экз. Заказ
Отпечатано в ФГБОУ ВО «РЭУ им. Г. В. Плеханова».
117997, Москва, Стремянный пер., 36.

The journal is registered in Federal Service for communication,
informational technologies and media control:
PIN FS77-64675 dated 22 January 2016

Founder
Plekhanov
Russian University of Economics
(PRUE)

Editorial office address:
36 Stremyanny Lane, 117997, Moscow.
Tel.: 8 (499) 237-85-02, e-mail: grapravo.kaf@mail.ru,
www.rea.ru

Chief editor **R. A. Kurbanov**
Deputy chief editor **A. M. Belyalova, K. I. Naletov**
Executive Secretary **Yu. Kh. Davydova**
Editor **E. Yu. Mamontova**
Cover design **Yu. S. Zhigalova**
Signed in print 11.08.2021. Format 60 x 84 1/8.
Printed sheets 15,12. Conv. sheets 14,06. Publ. sheets 14,16.
Circulation 500. Order
Printed in Plekhanov Russian University of Economics.
36 Stremyanny Lane, 117997, Moscow

СОДЕРЖАНИЕ

Международное и интеграционное право	
Крохина Ю. А.	
Становления концепции бенефициарного собственника в международных актах: от правового дуализма к унификации	7
Право и государство	
Напалкова И. Г.	
Концептуальные идеи обеспечения государственного суверенитета в контексте российской конституционной реформы	12
Каландарли Н. Г.	
Фундаментальные проблемы правовых исследований в биоэтике	19
Правовые основы экономической деятельности	
Денисов И. С.	
Защита прав потребителей финансовых услуг: актуальные вопросы противодействия мисселингу	27
Пономарченко А. Е.	
Договор заказа на создание произведения: понятие и признаки	32
Зарубежное законодательство и сравнительное правоведение	
Щербаков В. А.	
Правовое регулирование закупок для государственных нужд в Российской Федерации и США: сравнительный анализ	40
Винокурова А. Е.	
Международно-правовое регулирование энергетического сотрудничества Российской Федерации и Южно-Африканской Республики	47
Зульфугарзаде Т. Э.	
Сроки давности и проявление неосторожности в Европейском деликтном праве при рассмотрении дел о внедоговорной ответственности в нанобиотехнологической сфере	56
Пакерман Г. А.	
Правовое регулирование деятельности иностранного юридического лица в Княжестве Лихтенштейн	67
Судебная власть	
Иванченко Е. А., Воротилина Т. В.	
Защита и представление прокуратурой Российской Федерации прав и законных интересов участников гражданского оборота	76
Чувахин П. И.	
Правовые вопросы функционирования системы электронного правосудия	90
Плехановская школа молодых ученых	
Рыбкин А. Э.	
Сущность концессионного соглашения в американском праве	96
Смирнов Д. П.	
Обеспечительная передача долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью и акций в практике арбитражных судов Российской Федерации	105
Ушаков Р. М.	
Институт наследственного фонда: закон, юридическая доктрина, реализация (на основе анализа опыта романо-германской и англосаксонской правовых систем)	111
Требования к публикациям	121

CONTENTS

International and Integration Law	
Krokhina Y. A.	7
<i>Formation of the Concept of Beneficial Owner in International Acts: from Legal Dualism to Unification</i>	
Law and State	
Napalkova I. G.	12
<i>Conceptual Ideas of Ensuring State Sovereignty in the Context of the Russian Constitutional Reform</i>	
Kalandarli N. G.	19
<i>Fundamental Problems Legal Research in Bioethics</i>	
Legal Foundations of Economic Activity	
Denisov I. S.	27
<i>Protection of the Rights of Consumers of Financial Services: Topical Issues of Countering Misseling</i>	
Ponomarchenko A. E.	32
<i>Contract for the Creation of a Work: Concept and Characteristics</i>	
Foreign Legislation and Comparative Law	
Scherbakov V. A.	40
<i>Legal Regulation of Procurement for State Needs in the Russian Federation and the USA: a Comparative Analysis</i>	
Vinokurova A. E.	47
<i>International legal framework for energy cooperation between the Russian Federation and the Republic of South Africa</i>	
Zulfugarzade T. E.	56
<i>Statute of Limitations and Negligence in European tort Law when Considering Cases of Non-Contractual Liability in the Nanobiotechnological Sphere</i>	
Pakerman G. A.	67
<i>Legal Regulation of the Activities of a Foreign Legal Entity in the Principality of Liechtenstein</i>	
Judicial Branch	
Ivanchenko E. A., Vorotilina T. V.	76
<i>Protection and Representation by the Prosecutor's Office of the Russian Federation of the Rights and Legitimate Interests of Participants in Civil-Law Transactions</i>	
Chuvakhin P. I.	90
<i>Legal Issues of the Functioning of the Electronic Justice System</i>	
Plekhanov School of Young Scientists	
Rybkin A. E.	96
<i>Essence of the Concession Agreement in American Law</i>	
Smirnov D. P.	105
<i>Security Transfer of Shares in the Authorized Capital of Limited Liability Companies and Shares in the Practice of Arbitration Courts of the Russian Federation</i>	
Ushakov R. M.	111
<i>Institution of the Inheritance Fund: Law, Legal Doctrine, Implementation (Based on an Analysis of the Experience of the Romano-Germanic and Anglo-Saxon Legal Systems)</i>	
Requirements to the Publications	121

Становления концепции бенефициарного собственника в международных актах: от правового дуализма к унификации

Ю. А. Крохина

доктор юридических наук, профессор кафедры гражданско-правовых
дисциплин РЭУ им. Г. В. Плеханова;
заведующая кафедрой правовых дисциплин
Высшей школы государственного аудита (факультет)

Московского государственного университета им. Ломоносова.

Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.

E-mail: jkrokhina@mail.ru

Formation of the Concept of Beneficial Owner in International Acts: From Legal Dualism to Unification

Yu. A. Krokhina

Doctor of Law, Professor of the Department
of Civil Legal Disciplines of the PRUE;

Head of the Department of Legal Disciplines Graduate School of State Audit (Faculty)
Lomonosov Moscow State University.

Address: Plekhanov Russian University of Economics, 36 Stremyanny Lane,
Moscow, 117997, Russian Federation.

E-mail: jkrokhina@mail.ru

Аннотация

В международном налоговом праве понятие бенефициарного собственника остается дискуссионным. Отсутствие единого унифицированного официального определения создает серьезные трудности как для формирования национального налогового законодательства, так и для судебной практики. Концепция бенефициарного собственника впервые появилась в трастовом законодательстве и, существенно эволюционировав, проявилась в международном налоговом праве. Юридическая природа концепции видоизменилась посредством ее использования в рамках СИДН. Судебные и налоговые органы большинства стран придают концепции антиуклонительный характер и активно ее применяют наряду с другими нормами противодействия налоговому злоупотреблению. Именно судебное толкование данного термина дает определенную степень унификации его применения как для целей Модельной Конвенции ОЭСР, так и Типовой Конвенции ООН. Представляется, что опыт судебного толкования следует обобщить и на его основе выработать универсальное понятие бенефициарного собственника с перечнем существенных элементов. В статье на основе анализа исторического опыта, теоретических исследований и судебной практики принята попытка изучить трансформацию термина «бенефициарный собственник». Сформулированы авторские предложения по унификации концепции бенефициарного собственника в международных актах.

Ключевые слова: бенефициарный собственник; международные налоговые соглашения; траст; Модельная Конвенция ОЭСР; уклонение от уплаты налогов.

Abstract

In international tax law, the concept of beneficial owner remains controversial. The lack of a single unified official definition creates serious difficulties both for the formation of national tax legislation. So is judicial practice. The concept of beneficial owner first appeared in trust law and, having evolved significantly, manifested itself in international tax law. The legal nature of the concept has been modified through its use within the framework of the DTT. The judicial and tax authorities of most countries give the concept an anti-evasive character and actively use it along with other norms of counteracting tax abuse. It is the judicial interpretation of this term that gives a certain degree of unification of its application both for the purposes of the OECD Model Convention and the UN Model Convention. It seems that the experience of judicial interpretation should be generalized and, on its basis, a universal concept of the beneficial owner with a list of essential elements should be developed. Based on the

analysis of historical experience, theoretical studies and judicial practice, the article attempts to study the transformation of the term "beneficial owner". The author's proposals for the unification of the beneficial owner concept in international acts are formulated in this article.

Keywords: beneficial owner; international tax agreements; trust; OECD Model Convention; tax avoidance.

В международном налоговом праве понятие бенефициарного собственника появилось в 1960-х гг., когда его впервые стали включать в тексты двухсторонних международных налоговых соглашений¹, а затем и в положения Модельной конвенции ОЭСР 1977 г.² Несмотря на то, что прошло уже больше полувека, однозначного единообразного определения бенефициарного собственника в международной законодательной или судебной практике до сих пор не существует.

В настоящее время сформировались две позиции относительно того, где должно быть дано определение понятия бенефициарного собственника³. Согласно первой позиции, определение должно быть закреплено в тексте налогового соглашения или в прилегающих к нему дополнительных документах либо вытекать из их контекста. Согласно второй позиции, в международной конвенции должно быть дано единое, универсальное, международное фискальное определение, не зависящее от национальных норм⁴.

Концепция бенефициарного собственника появилась в конце XIX в. в трастовом законодательстве Англии⁵. В соответствии с законодательством траст или доверительная собственность представляет собой юридическое правоотношение, в силу которого доверительный собственник («trustee») владеет и распоряжается имуществом в пользу другого лица или бенефициара («beneficiaries»). Данный институт активно применяется для обособления активов. Произо-

шедшее в начале XIX в. возрастание налоговой нагрузки в развивающихся государствах спровоцировало перевод активов в трасты с целью избежания или снижения налогов.

В странах англо-саксонской правовой системы в связи с изменением и развитием права справедливости и судебных прецедентов различаются юридическая (правовая) и бенефициарная собственность, которые входят в систему «расщепленной» собственности. Основная идея в том, что полное право собственности в трасте разделено на 2 составляющих элемента, лежащих на разных лицах – юридическая собственность доверенного лица и бенефициарная собственность фактического бенефициара.

С целью противодействия уклонению от уплаты налогов правительство Англии стало использовать концепцию бенефициарного собственника в целях возложения налогового бремени на бенефициаров доходов. Почти за вековую историю к настоящему времени трасты и другие фидуциарные конструкции становятся все более сложными и комплексными в целях избежания налогов, из-за чего концепция расширяется и приобретает правоохранительный характер.

Перенос правовой сущности понятия «бенефициарный собственник» из трастового законодательства стран общей системы права и дальнейшее его использование в целях налогообложения в странах континентальной системы права повлекло проблемы толкования и правоприменения.

В трастовом законодательстве возможна ситуация, когда юридически право собственности может принадлежать одному лицу, а экономическую выгоду от использования этого права получает иное лицо, которое, собственно, и является выгодоприобретателем. В законодательствах стран континентальной системы схожего правового механизма нет. Однако в таких юрисдикциях, в том числе Российской Федерации, стали применяться различные правовые категории по аналогии права, что влечет неоднозначное их толкование и разноречивую судебную практику.

Кроме закрепления концепции бенефициарного собственника ОЭСР также закрепила смежные институты, которые используются при конкретизации рассматриваемой категории. Так, в 1986 г. ОЭСР опубликовала Отчет о кондуитных компа-

¹ См.: Протокол 17 марта 1966 г. к Конвенции об избежании двойного налогообложения и противодействию уклонению от уплаты налогов между Великобританией и США 1945 г. – URL: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/uk.pdf> (дата обращения: 15.09.2020).

² См.: OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version. – Paris : OECD Publishing. – URL: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>

³ См.: Гидирим В. А. Концепция «бенефициарной собственности» в международном налогообложении // Международное право. – 2014. – № 3. – URL: https://e-notabene.ru/wl/article_10812.html

⁴ См.: Philip Baker. Beneficial ownership: after Indofood // GITS Review. – February 2007. – V ol. VI. – № P. 23. – URL: www.taxbar.com/documents/Beneficial_Ownership_PB.pdf

⁵ См.: Pablo A Hernandez Gonzalez-Barreda. Beneficial Ownership in Tax Law and Tax Treaties. – Hart Publishing, 2020. – P. 12.

ниях¹. Конduitные или технические компании являются промежуточными и не имеют фактического права на доход, то есть не являются бенефициарными собственниками. Такие компании являются искусственными, не осуществляют существенной экономической деятельности и учреждаются в низконалоговых юрисдикциях в целях применения льготных положений международных соглашений. Исходя из положений данного Отчета, Комитет по налоговым отношениям воспринимает концепцию бенефициарного собственника как часть своего антиуклонительно-го арсенала.

Концепция бенефициарной собственности также была закреплена в Типовой конвенции ООН об избежании двойного налогообложения² в 1980 г. Примечательно, что данный акт рассчитан в первую очередь на страны с развивающейся или переходной экономикой.

В 2003 г. к Комментариям ОЭСР было добавлено положение о том, что концепция бенефициарной собственности не должна применяться в узком техническом смысле и скорее соответствовать целям и задачам Модельной Конвенции ОЭСР, включая исключение двойного налогообложения и предотвращение уклонения от уплаты налогов. Многие эксперты³ отмечали, что хотя данные Комментарии не лишены недвусмысленных положений, можно сделать вывод о том, что концепция приобретает широкий экономический характер.

Необходимо отметить, что в 2009 г. ООН все-ръем рассуждала о возможности распространения концепции бенефициарного собственника на все статьи Типовой конвенции ООН. Следует поддержать позицию профессора Бейкера об осторожном распространении сферы действия концепции на все положения Конвенции⁴. На наш взгляд, распространение действия концепции на все статьи Модельной Конвенции ОЭСР было бы чрезмерным. Правила изначально предназначались для применения по отношению к пассивным

доходам. Закрепление применения норм концепции к активным доходам на уровне ОЭСР породит еще большую правовую неопределенность в данной сфере вдобавок к уже существующим противоречиям. Также важно помнить о том, что многие национальные юрисдикции, в том числе Российская Федерация, в рамках внутреннего законодательства уже применяют концепцию не только в отношении пассивных доходов.

Более радикальную позицию высказал Адольфо Мартин Хименез. Исследователь полагает, что Комитету ООН, вместо расширения применения концепции бенефициарного собственника, нужно было вовсе убрать данный подход из положений Типовой Конвенции ООН, обосновывая это тем, что:

- толкование концепции на основе положений Конвенции порождает неопределенность при применении соглашений об избежании двойного налогообложения (СИДН);

- национальные суды не ссылаются на положения Конвенции при применении положений СИДН;

- интересы стран – источников происхождения дохода – защищены положениями комментария к статье 1 Модельной Конвенции ОЭСР «о ненадлежащем использовании конвенции», добавленными в 2003 г.⁵

Не все аргументы А. Хименеза можно поддерживать. Например, в судебных решениях национальных судов многих стран, в которых применяются нормы о бенефициарном собственнике, в подавляющем числе случаев присутствует ссылка на Модельную Конвенцию ОЭСР и Комментарии к ней. На наш взгляд, отсутствие в документах ОЭСР положений о бенефициарном собственнике только усилит правовую неопределенность при применении СИДН и усложнит и без того конфликтные налоговые отношения.

В 2011–2014 гг. были пересмотрены ранее упомянутые положения об определении термина «бенефициарный собственник» в Комментариях к Модельной Конвенции ОЭСР. Несмотря на проделанную за этот период серьезную исследовательскую и аналитическую работу, добиться полного, исчерпывающего и компромиссного

¹ См.: OECD, *International Tax Avoidance and Evasion, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* // *Issues in International Taxation*. – № 1. – OECD. – Paris, 1987. – par. 14b.

² См.: United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries (2011 Update).

³ См.: H.Pijl, *The Definition of Beneficial Owner under Dutch Law*, 54 Bull.Intl. – Taxn. 6. – P. 257 (2000) // *Journals IBFD*.

⁴ См.: Booker T. Recent development Regarding Beneficial Ownership in Denmark. *Eur. Taxn.* 2012, 52.

⁵ См.: Jimenez A. M. *Beneficial Ownership: Current Trends*. – Part 2, 20 June 2011. – URL: <http://www.taxindiainternational.com/columnDesc.php?q> (дата обращения: 02.02.2021).

определения бенефициарного собственника не удалось.

В осуществляемом ОЭСР Плане BEPS¹ прямо не поименована концепция бенефициарного собственника, однако те направления, которые в нем указаны, говорят о том, что в современных условиях концепция будет активно применяться и реализовываться в рамках новых налоговых правил.

Среди основных действий BEPS, в которых могут быть применены положения о бенефициарном собственнике, можно выделить:

1. Action 2 – нейтрализация последствий гибридных схем. Гибридные налоговые схемы предполагают использование таких организационно-правовых форм, которые не охватываются положениями налогового законодательства и соответственно остаются прозрачными для целей налогообложения. Такие структуры являются особенно актуальными в рамках текущей международной налоговой повестки, поскольку позволяют избегать налогового бремени при совершении трансграничных операций. Гибридные схемы сложны в том плане, что трудно закрепить перечень организационно-правовых форм, которые подлежат налогообложению, и в этом плане концепция бенефициарного собственника была бы огромным подспорьем, поскольку она также не концентрируется на конкретном перечне, а анализирует экономическую сущность операций.

2. Action 6 – предотвращение злоупотребления налоговыми соглашениями. Данное мероприятие по характеру своих положений ближе всего подходит к концепции бенефициарного собственника. Реализация этих положений направлена на предотвращение таких ситуаций, когда международные компании, используя нормы международных соглашений (СИДН), не уплачивают налоги ни в одной из налоговых юрисдикций.

3. Action 12 – Обязательные правила раскрытия информации об агрессивном налоговом планировании². В международном законодательстве требования прозрачности деятельности кон-

сультантов заключаются в обявлянии налогоплательщиков и их налоговых консультантов раскрывать схемы налогового планирования перед их непосредственным использованием. Как было сказано одним из руководителей центра налоговой политики и администрирования ОЭСР Джоном Петерсоном, «правила обязательного раскрытия налоговых схем нацелены на то, чтобы уравнивать правила игры для всех игроков без неоправданного увеличения затрат для налогоплательщиков или финансовых институтов, осуществляющих стандартные транзакции».

В Европейском Союзе реализация положений плана БЕРС о противодействии агрессивному налоговому планированию выразилась в введении Директивы об административном сотрудничестве в области налогообложения – "DAC 6"³, в том числе относительно обязательных требований деятельности налоговых консультантов. В соответствии с новыми правилами налоговой прозрачности физические и юридические лица, осуществляющие услуги по налоговому планированию экономических операций, обязаны сообщать налоговым органам обо всех схемах налоговой оптимизации.

Директива рассматривает схемы налоговой оптимизации в качестве агрессивного налогового планирования в случае соблюдения нескольких условий:

- сделка включает трансграничный платеж в безналоговую юрисдикцию;
- подача отчетности о доходах от сделки в виде, не соответствующем правилам прозрачности ЕС;
- несоблюдение международных принципов трансфертного ценообразования.

Следует обратить внимание, что положения о бенефициарном собственнике не включены в положения BEPS и DAC 6. Как отмечает В. Мачехин, концепция бенефициарного собственника изначально не могла быть закреплена в BEPS, так как реализация Действий (Actions) предполагает согласованные усилия всех стран⁴. Однако,

¹ См.: Addressing Base Erosion and Profit Shifting // OECD Report. – URL: www.oecd.org/tax/addressing-base-erosion-and-profit-s...

² См.: Mandatory Disclosure Rules. Action 12 — 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project : OECD Publishing. – Paris, 2015. – URL: dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en.

³ См.: Директива Совета ЕС 2018/822 от 25 мая 2018 г. «О внесении изменений в Директиву 2011/16/EU в части обязательного автоматического обмена информацией в области налогообложения в отношении трансграничных схем, подлежащих декларированию».

⁴ См.: Мачехин В. А. Налоговая деофшоризация в России и проект БЭПС: попытка сравнения // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). – 2016. – № 6. – С. 110–111.

на наш взгляд, анализ данных правил позволяет сделать вывод, что раскрытие бенефициарного собственника в рамках отдельных налоговых схем в будущем станет частью данных обязательных установлений.

Таким образом, концепция бенефициарного собственника впервые появилась в трастовом законодательстве и, существенно эволюционировав, проявилась в международном налоговом праве. Юридическая природа концепции видоизменилась посредством ее использования в рамках СИДН. Судебные и налоговые органы большинства стран придают концепции антиуклонительный характер и активно ее применяют наряду с другими нормами противодействия налоговому злоупотреблению. Именно судебное толкование данного термина дает определенную степень унификации его применения как для целей Модельной Конвенции ОЭСР, так и Типовой Конвенции ООН. Представляется, что опыт судебно-

го толкования следует обобщить и на его основе выработать универсальное понятие бенефициарного собственника с перечнем существенных элементов. Национальные налоговые законодательства должны, на наш взгляд, получить возможность устанавливать факультативные элементы (например, определенный вид доходов или организационно-правовую форму налогоплательщика).

Список литературы

1. Беспалов Ю. Ф. Некоторые проблемы применения семейного законодательства в части государственной охраны и защиты ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью и пути их решения // Семейное и жилищное право. – 2019. – № 4. – С. 4–7.
2. Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» и Федеральному закону «Об актах гражданского состояния» / под ред. П. В. Крашенинникова. – М. : Статут, 2012.
3. Швабауэр А. В. Институт отобрания ребенка у родителей: недостатки правового регулирования и пути разрешения проблем // Российская юстиция. – 2020. – № 10. – С. 42–44.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-12-18>

Концептуальные идеи обеспечения государственного суверенитета в контексте российской конституционной реформы

И. Г. Напалковадоктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой
теории и истории государства и права РГЭУ (РИНХ).Адрес: ФГБОУ ВО «Ростовский государственный экономический университет» (РИНХ), 344002,
Ростов-на-Дону, Большая Садовая, 69.E-mail: napalkova-ig@mail.ru

Conceptual Ideas of Ensuring State Sovereignty in the Context of the Russian Constitutional Reform

I. G. NapalkovaDoctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory and History
of State and Law of RGEU (RINH).Address: Rostov State University of Economics (RINH), 344002, Rostov-on-Don,
Bolshaya Sadovaya, 69.E-mail: napalkova-ig@mail.ru

Аннотация

В представленной статье на основе конкретно-исторической, сравнительно-правовой методологии познания государственно-правовой реальности исследуются проблемы конституционно-правового обеспечения государственного суверенитета России в условиях глобализации современного мира. В процессе осуществляемой конституционной реформы особое значение и актуальность приобретает разработка новых методологических подходов к пониманию концепции государственного суверенитета и их дальнейшего закрепления в Конституции РФ. Глобальные проблемы представляют собой определенный вызов современному мировому сообществу, порождают потребность защиты национальных и общечеловеческих ценностей. Автор полагает, что рост глобальных проблем предопределил поиск конкретных путей и форм более высокой организации глобального миропорядка в условиях сохранения суверенитета государств и защиты их национальных интересов. Реализация основных направлений российской конституционной реформы, принятие поправок в российскую Конституцию обеспечивают дальнейшее конституционное закрепление государственного суверенитета России, способствующего укреплению позиций российского государства на международной арене.

Ключевые слова: конституционализация правовой системы, конституционная реформа, международное право, принципы конституционного строя, глобализация, государственный суверенитет, глобальный миропорядок, функции национального государства, правовая система, антиглобализм.

Abstract

In the present article, on the basis of a concrete historical, comparative legal methodology of cognition of state-legal reality, the problems of constitutional and legal support of state sovereignty of Russia in the conditions of globalization of the modern world are investigated. In the process of the ongoing constitutional reform, the development of new methodological approaches to understanding the concept of state sovereignty and their further consolidation in the Constitution of the Russian Federation is of particular importance and relevance. Global problems pose a certain challenge to the modern world community, generate the need to protect national and universal values. The author believes that the growth of global problems has predetermined the search for specific ways and forms of a higher organization of the global world order in the conditions of preserving the sovereignty of states and protecting their national interests. The implementation of the main directions of the Russian constitutional reform, the adoption of amendments to the Russian Constitution ensures further constitutional consolidation of the state sovereignty of Russia, which contributes to strengthening the position of the Russian state in the international arena.

Keywords: constitutionalization of the legal system, constitutional reform, international law, principles of the constitutional system, globalization, state sovereignty, global world order, functions of the national state, legal system, anti-globalism.

Важнейшей задачей современной юридической науки является формирование концепции независимого государства в ее конституционно-правовом измерении. Являясь главным инструментом гражданского общества, государство обеспечивает защиту его интересов и формирует важнейшие средства его защиты и совершенствования.

Современная правовая действительность функционирует под воздействием процесса глобализации, интегрирующей многочисленные экономические, политические, научно-технические и информационные связи современных национальных государств.

Развитие институтов государства и права в условиях глобализации приобретает противоречивый характер, требует формирования новых концептуальных подходов на основе объективного исследования правовой реальности, выявления основных тенденций развития национальных правовых систем. В научной литературе последних лет сформировались различные подходы к пониманию государственно-правовой глобализации, имеющей высокую степень взаимного влияния государственно-правовых явлений, процессов, взаимопроникновения норм, принципов, идей, обуславливающих существование и функционирование государственно-правовых институтов.

В современной науке проводятся многочисленные исследования глобализации, связанные с определением ее понятия, признаков, форм проявления. Глобализация рассматривается в различных аспектах. Так, М. Н. Марченко полагает, что, принимая во внимание такие методологические составляющие данного понятия как системность, динамичность, собирательность, под глобализацией следует понимать: «процессы мировой интеграции государственно-правовых, экономических, политических институтов на основе принципов международного права»¹.

В различных научных исследованиях глобализация рассматривается как процесс, возникно-

вление которого связано с развитием первичных цивилизаций, определяется как новое явление современного мира, возникшее в результате международного взаимодействия государств мирового сообщества в политической, социально-экономической, научной и культурной сферах. Глобализация трактуется как новый этап интернационализации [3. – С. 3–10], как процесс интеграции и унификации в экономической, политической, культурной сфере [1]. Существуют научные подходы, рассматривающие глобализацию как слияние экономики национальных государств в единую, общемировую систему.

Процессы глобализации, определяющие развитие современного мира, активно воздействуют на все основные сферы международных отношений, но наиболее значительными становятся отношения в сфере экономики, приобретающей все более открытый и взаимозависимый характер. Объективные условия, связанные с неравномерностью распределения природных ресурсов, порождающие негативные процессы в развитии многих государств, определяют нарастание взаимозависимости современных государств в экономической сфере. Создание современного разрушительного оружия в современном мире предопределило понимание бесперспективности одностороннего преимущества в возможных войнах и выявило потребность суверенных государств к законодательному закреплению на международном уровне принципов их мирного сосуществования.

Несмотря на определенное различие научных подходов к пониманию процесса глобализации, всех их объединяет признание его объективного неизбежного характера. Обращаясь к анализу исторического опыта, следует отметить, что глобализационные процессы являются закономерным, объективным явлением в условиях становления и развития цивилизации, охватывают все стороны общественной жизни, и их негативная оценка была бы односторонней и неконструктивной.

Формирование новой международной системы национальных государств и их правовых систем в условиях глобализации обеспечивает возможность цивилизованного управления современными процессами, происходящими в ми-

¹ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права : учебник : в 2 т. – Т. 1. – М., 2008. – С. 407.

ровом сообществе, и позволяет выявлять достоинства, возможности и преимущества его осуществления в современных условиях. Особое значение приобретает возможность совместными усилиями государств предотвращать и преодолевать негативные последствия глобализации для всего мирового сообщества.

Следует отметить научные подходы в современной юридической науке, разделяющие понятия «глобализации» и «глобализма».

Глобализация определяется как неизбежный позитивный процесс взаимодействия национальных государств, характеризуется как тенденция всемирного прогрессивного развития, она оказывает значительное воздействие на развитие государственно-правовых систем в различные периоды их исторического развития.

Глобализм как определенное мировоззрение представляет собой негативное явление современной цивилизации, возникшее лишь в современную эпоху. Именно глобализм порождает антиглобалистские тенденции в современной общественной жизни международного сообщества [6. – С. 110].

Процесс глобализации в современном мире осуществляется достаточно неравномерно. В большей степени глобализация охватывает экономику, финансы, в меньшей степени – политику, духовную жизнь, национальную культуру. Это означает, что экономические факторы значительно сказываются на развитии современных государств и оказывают значительное влияние на политическую, социальную и духовную жизнь общества.

Факторы глобализации способствовали процессам интернационализации современного права национальных государств, в конституциях которых получили свое закрепление общепризнанные нормы и принципы международного права. Процессы конституционализации национальных правовых систем оказали значительное влияние на развитие современного международного права.

В Конституция РФ 1993 г. (ст. 4) в качестве важнейшего принципа конституционного строя провозглашен суверенитет Российской Федерации. Главной идеей конституционализма является идея ограничения государственной власти, однако, как субъекты международного права, современные государства должны обеспечивать государственный суверенитет, закреплять его на

конституционном уровне и сохранять уникальность своих национальных правовых систем.

В современной отечественной науке доминирует позиция, согласно которой суверенитет заключается в верховенстве и независимости от какой-либо иной власти, в обладании правом и возможностью осуществлять внутреннюю и внешнюю политику от имени всего общества, внутри и вне страны.

В зарубежной правовой науке господствует неолиберальный подход, нивелирующий понятия «государственного суверенитета», «национального государства» и утверждающий идею формирования единого геополитического пространства, в котором основные полномочия национальных государств концентрируются в руках транснациональных, финансовых международных организаций.

Однако развитие и совершенствование политико-правовых институтов национальных государств не привело, в конечном счете, к их унификации и единообразию, а напротив свидетельствует о создании развитых независимых государств, взаимодействующих в рамках мирового сообщества. Как отмечает М. Н. Марченко: «социальная роль и значимость государственного суверенитета не только не ослабевает, наоборот, еще более возрастает»¹. Он отмечает, что понимание государственного суверенитета было сформулировано еще немецким ученым Г. Еллинеком, который полагал: «Свойство верховенства проявляется в отношениях с другими государствами, а независимость – внутри государства в отношениях с иными лицами» [2. – С. 363].

В условиях глобализации, порождающей интернационализацию функций государства, наиболее остро возникает вопрос о необходимости сохранения и конституционного обеспечения государственного суверенитета, территориальной целостности современных государств и их национальных правовых систем. Российская государственность должна развиваться и совершенствоваться, но ее социальная сущность не может быть изменена под влиянием процессов глобализма, так как она сформировалась под воздействием внутренних субъективных и объективных процессов [8. – С. 262].

¹ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права. – С. 488.

В условиях глобализации, действительно, может происходить объективное сокращение свободы действий государства, но это не означает утраты государственного суверенитета. Государство, напротив, получает дополнительные прерогативы, функции на международной арене и внутри своего государства. Наднациональные регулятивные процессы расширяют возможности национального государства воздействовать на стихийные процессы и тем самым сохранять и укреплять свой государственный суверенитет.

Глобализация оказывает положительное воздействие на процесс исторического развития мирового сообщества, но в то же время отрицательно влияет на некоторые сферы и внутригосударственного, и международного пространства. Она провоцирует возникновение новых негативных тенденций в сфере безопасности национальных государств и затрудняет их сотрудничество в международной сфере. Эти проблемы в особой степени касаются России с ее огромной территорией, национальными богатствами, культурно-историческим своеобразием и уникальной самобытностью. Осуществляемая мировыми транснациональными корпорациями, политическими элитами политика глобализма, связанная с давлением и навязыванием политической воли сверхдержав, становится угрозой для сохранения национальной государственности, для развития культуры отдельных народов и мировой культуры всего человечества.

Международные организации стремятся диктовать свои условия и ограничивать суверенитет и независимость национальных государств. Они навязывают выполнение своих актов государствам мирового сообщества. Если рекомендательный акт противоречит конституционным основам государства, он не может применяться, поскольку может нарушить сложившуюся внутригосударственную правовую систему. Данная ситуация оказывает деструктивное влияние на систему законодательства и правоприменительный процесс национального государства, несет в себе определенную угрозу сохранению его суверенитета. Международные рекомендательные акты не во всех случаях гармонично вписываются в национальную правовую систему, могут нарушить ее стабильность, устойчивость и затруднить развитие государства.

В связи с этими процессами возникает потребность в дальнейшей разработке комплексной оценки и научных основ понимания необходимо-

сти и возможности использования рекомендательных актов международных организаций на основе правового, социально-экономического мониторинга и прогнозирования. Основной целью данной деятельности является обеспечение эффективного результата, а внедрение таких актов, как и в случаях реализации норм международного права, должно определяться усмотрением государства [9. – С. 58].

Национальное государство, защищая собственные интересы и ценности, не противопоставляет себя всему мировому сообществу, а стремится к взаимодействию с ним и формированию глобальной, целостной системы, сочетающей интересы всех государств-участников мирового сообщества. Международные регулятивные процессы увеличивают возможности национального государства влиять на многочисленные явления и процессы, происходящие в современном обществе, и обеспечивать условия для сохранения своего государственного суверенитета.

Каждый народ имеет право на сохранение своего образа жизни, своих ценностей, культурно-исторических традиций, имеет право самостоятельно определять систему нормативно-правового регулирования, форму правления, форму территориального устройства и государственно-политического режима. Конечно, нельзя игнорировать тот факт, что в современных условиях должны быть имплементированы в правовую систему национальных государств международные принципы, стандарты, общечеловеческие ценности, но они должны быть восприняты добровольно.

Основные направления осуществляемой российской конституционной реформы определяют роль и значение государственного суверенитета национальных государств в современном взаимозависимом мире, способствуют укреплению российской государственности. Богатство современного мира заключается не в его унификации и единообразии, а в многообразии, многополярности и уникальности его многочисленных компонентов, вносящих свой вклад в развитие мировой цивилизации. Только сильное, развитое государство, имеющее эффективный, действенный правовой механизм, обеспечивающий гарантии защиты прав личности, может вписаться в мировое сообщество и гармонизировать международные отношения на основе взаимного согласия и сотрудничества.

Рост глобализационных процессов оказывает влияние на функции государства, на их интернационализацию, усиление, расширение их международного аспекта. Внутренние функции государства, связанные с решением национальных, внутригосударственных проблем также не могут осуществляться без учета интересов мирового сообщества и должны быть согласованы с его общими задачами и целями. Так, экономическая функция трансформируется по своему содержанию, по методам своего осуществления.

Однако либеральная модель развития экономики, доминирующая в условиях глобализации, может привести к неконтролируемым процессам в обществе, к утрате способности государства воздействовать на экономические процессы. Но и излишний контроль, и вмешательство государства в экономику может нарушить рыночные, саморегулирующиеся механизмы и негативно отразиться на развитии государства.

Определение разумных пределов вмешательства государства в экономику и формирование экономических функций является сложнейшей задачей любого современного государства. Активизация деятельности транснациональных корпораций, глобализация финансовых рынков, усиление международного разделения труда приводят к многочисленным экономическим проблемам национальных государств, которые могут быть разрешены лишь объединенными усилиями мирового сообщества.

Под воздействием глобализации меняется политическая функция государств, связанная с обеспечением условий для развития институтов демократии. Осуществляется глобализация демократических ценностей, которые приобретают всеобщее, мировое значение и поддерживаются всем международным сообществом [4. – С. 23].

Значительным изменениям подвергается социальная функция государства, связанная с процессами занятости населения. Появление новых технологий приводит к преобразованию рынка труда, сокращению численности используемой рабочей силы, частичной, временной занятости населения. Эти процессы определяют изменения в социальной политике, повышение личной ответственности человека за уровень своей жизни.

Особое значение в условиях глобализации приобретает экологическая функция государства, определяющая качество окружающей среды для всего мирового сообщества. Экологические проблемы отдельных национальных государств приобретают глобальное значение для всего мира.

Государства, имеющие высокий промышленный потенциал, несут особую ответственность за загрязнение окружающей среды, за рост экологических катастроф. Нарушение технологических режимов, природоохранного законодательства требует проведения совместными усилиями природоохранной политики для обеспечения экологической безопасности.

Значительной трансформации подверглась функция национального государства по защите прав и свобод человека. Современные государства в условиях глобальных перемен обязаны соблюдать сложившуюся универсальную концепцию прав и свобод человека и гражданина, рассматривать ее как главную сферу интересов всего мирового сообщества. Права человека являются основой взаимоотношений национальных государств на международной арене, становятся важнейшим фактором международной политики и служат главным критерием признания уровня демократии в национальном государстве. Однако, в целях защиты государственного суверенитета в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 6 декабря 2013 г. было сформулировано положение, закрепляющее его право определять способы разрешения спорных для российского государства решений Европейского суда по правам человека¹. Данное постановление закрепляет приоритет конституционных норм российского государства в обеспечении прав личности и способствует укреплению государственного суверенитета.

Процессы глобализации оказали влияние на формирование и осуществление внешних функций современных государств во внешнеэкономической и внешнеполитической сфере. Как отмечает Л. Н. Морозова: «Все национальные государства заинтересованы в создании и поддержании мирового правопорядка, в обеспечении и развитии международного сотрудничества по коллективной безопасности и совместной обо-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации «По делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Ленинградского окружного военного суда» от 6 декабря 2013 г. № 27-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2013. – № 50. – Ст. 6670.

роне, так как ни одно государство не в состоянии защитить себя самостоятельно» [5. – С. 10].

Сложившаяся в современном мире ситуация, связанная с ростом международного терроризма, проблемами разоружения требует объединения усилий по разрешению данных глобальных проблем совместными усилиями всех стран и соответствующих международных организаций. Отрицательным последствием глобализации явилась деятельность международных преступных сообществ, борьба с которыми возможна лишь при объединенном усилии всех стран мирового сообщества.

Эффективное государственное управление на национальном уровне является условием действенности и эффективности управления и на интернациональном уровне [7]. Глобализационные процессы предполагают необходимость формирования нормативно-правовых актов и заключения различных нормативных договоров на международном уровне, которые в случае их непротиворечивости конституционным нормам и признания национальными государствами включаются в их правовую систему и действуют на их территории наряду с внутренними законами.

В последнее время перед мировым сообществом с особой необходимостью встала задача по осуществлению эффективной координации существующих глобальных процессов, таких как: проблемы глобальной экономики; экологии глобального масштаба; политической организации мирового сообщества; проблемы бедности; миграции; войны и мира; обеспечения прав человека; проблемы сохранения суверенитета национальных государств.

Процессы глобализации способствовали обеспечению сотрудничества и объединения усилий государств в различных сферах жизни общества, но существуют и взаимоисключающие интересы, последствия неравномерности развития и другие преграды на пути прогрессивного движения мирового сообщества. Следует отметить, что, несмотря на проявление негативных явлений глобализации, она объективно повлияла на разрешение многих противоречий, способствовала достижению реальной договоренности между государствами по вопросам глобальных проблем.

Конституционализация российской правовой системы в значительной степени определяется функцией защиты прав человека и гражданина. Конституция Российской Федерации закрепила естественно-правовую концепцию прав и свобод личности, определяемую конституционным стро-

ем российского государства, принципами народовластия, верховенства права. Дальнейшее развитие российской конституционной реформы, всенародное голосование по принятию поправок в российскую Конституцию способствуют укреплению государственного суверенитета России и усилению позиций российского государства на международной арене. Особую актуальность приобретает научная разработка и закрепление конституционно-правовых форм защиты российских традиционных ценностей, норм, традиций, обеспечивающих реализацию национальных интересов российского народа.

Список литературы

1. Андреева Л. В., Заку Гринин Л. Е. Глобализация и национальный суверенитет // История и современность. – 2005. – № 1. – С. 6–31.
2. Еллинек Г. Общее учение о государстве. Вступ. ст. И. Ю. Козлихина. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004.
3. Загладин Н. В. Глобализация в контексте альтернатив исторического развития // Мировая экономика и международные отношения. – 2003. – № 8. – С. 3–11.
4. Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, 21 век. – М. : Спарк, 2000.
5. Морозова Л. А. Влияние глобализации на функции государства // Государство и право. – 2014. – № 6. – С. 101–107.
6. Неклесса А. И. Глобализация и новое геоэкономическое мироустройство // Философия хозяйства. – 2002. – № 1 (19). – С. 107–121.
7. Уткин А. И. Глобализация: процесс и осмысление. – М., 2001.
8. Философия права : курс лекций в 2 т. – Т. 1 / отв. ред. М. Н. Марченко. – М., 2011.
9. Формы влияния международного права на российскую правовую систему : монография / под редакцией И. Г. Напалковой. – М. : РУСАЙНС, 2018.

Фундаментальные проблемы правовых исследований в биоэтике

Н. Г. Каландарли

доктор философии по праву,
докторант Института права и прав человека
Академии Наук Азербайджанской Республики,
и. о. доцента кафедры ЮНЕСКО по правам человека
и информационного права Бакинского Государственного Университета,
консультант Конституционного Суда
Азербайджанской Республики.
Адрес: AZ1073, г. Баку, пр. Г. Джавида, 115.
E-mail: nigar_qh@hotmail.com

Fundamental Problems Legal Research in Bioethics

N. G. Kalandarli

Doctor of Philosophy in Law,
doctoral student at the Institute of Law and Human Rights
Academy of Sciences of the Republic of Azerbaijan,
and about. Associate Professor at the UNESCO Chair in Human Rights
and Information Law of Baku State University,
consultant to the Constitutional Court
The Republic of Azerbaijan.
Address: AZ1073, Azerbaijan, Baku, H. Javid ave., 115 (Campus).
E-mail: nigar_qh@hotmail.com

Аннотация

Постановка проблемы. Стремительный глобальный научно-технический прогресс оказывает все большее влияние на качество жизни и здоровье человека и настоятельно требует фундаментальных правовых исследований в связи с этическими последствиями происходящих кардинальных изменений. Анализ научных тенденций и парадигм в области медицинского права и правового обеспечения инновационных биомедицинских технологий – цель настоящего исследования. *Цели и задачи.* Современные новации в сфере биоэтики, в корне меняющие отношение человека к миру и к самому себе, опережают формирование соответствующих правовых решений. Вызовы и биомедицинские коллизии, произошедшие с человечеством к середине XX в. и продолжающиеся по сегодняшний день, приводят к нарушению гармонии природы и человека. Требуются дополнительные, в первую очередь правовые, усилия, чтобы восстановить равновесие и обеспечить будущее человечества. В круг задач настоящего исследования входит: обозначить общественно-социальные потребности и особенности формирования этико-правовых институтов в области биоэтики; определить тенденции исследований в сфере имплементации международных биоэтических норм в национальных законодательствах и оптимизации государственных политик. *Результаты и краткие выводы.* Настоящее исследование позволяет дифференцировать многонаправленные биоэтические исследования на формализуемые и не поддающиеся формализации вопросы биомедицины в контексте эффективной реализации инноваций от науки и техники и потенциальной возможности их соответствия правовым парадигмам. Фундаментальные исследования в области биоэтики концентрируются вокруг изучения имеющихся в нормативно-правовой базе пробелов и коллизий, точного определения базовых понятий, установления юридической ответственности за нарушение прав и свобод человека, распределения полномочий и обязанностей государственных органов по обеспечению прав человека на безопасность жизни и здоровье. Недостаточная детализация законодательств в области биоэтики и медицинского права не отвечает современным требованиям во взаимоотношениях государства, пациентов и биомедицинского сообщества, минимизирует гарантированные Конституцией и законами права человека на качественный уровень здоровья.

Ключевые слова: биоэтика, научно-технический прогресс, исследования, этика, право, законодательство.

Abstract

Formulation of the problem. Rapid global scientific and technological progress has an increasing impact on the quality of life and human health and urgently requires fundamental legal research in connection with the ethical consequences of the ongoing fundamental changes. Analysis of scientific trends and paradigms in the field of medical law and legal support of innovative biomedical technologies is the goal of this study.

Goals and objectives. Modern innovations in the field of bioethics, which fundamentally change a person's attitude to the world and to himself, are ahead of the formation of appropriate legal decisions. The challenges and biomedical collisions that occurred to humanity by the middle of the 20th century and continue to this day lead to a violation of the harmony of nature and man. Additional, primarily legal, efforts are required to restore balance and ensure the future of humanity. The range of tasks of this research includes: to identify social and social needs and features of the formation of ethical and legal institutions in the field of bioethics; to identify research trends in the field of implementation of international bioethical norms in national legislation and optimization of government policies. Results and brief conclusions. This study makes it possible to differentiate multidirectional bioethical research into formalized and non-formalizable issues of biomedicine in the context of the effective implementation of innovations from science and technology and the potential for their compliance with legal paradigms. Fundamental research in the field of bioethics concentrates around the study of gaps and conflicts in the regulatory framework, precise definition of basic concepts, establishment of legal responsibility for violation of human rights and freedoms, distribution of powers and responsibilities of state bodies to ensure human rights to safety of life and health. Insufficient detailing of legislation in the field of bioethics and medical law does not meet modern requirements in the relationship between the state, patients and the biomedical community, and minimizes the human rights to a quality level of health guaranteed by the constitution and laws.

Keywords: bioethics, scientific and technological progress, research, ethics, law, legislation.

Постановка задачи. Современное мировое сообщество подвержено актуальным общецивилизационным преобразованиям. В прямой зависимости от них находятся тенденции развития исследований в области биоэтики.

Конфликт биомедицинских технологий и науки с обращенными к ним общественными ожиданиями состоит в доминировании запросов на новую эффективную технику. Объявляя курс на высокие технологии и следуя ему, государства отдают меньшие приоритеты их правовому обеспечению. Этот конфликтогенный интерес генерирует моральную проблему, с которой сталкиваются не только ученые в процессе разработки биотехнологий, но и все общество. Отвечая «необходимости и своевременности провозглашения международным сообществом всеобщих принципов, призванных заложить основу для принятия человечеством мер в связи с нарастающими проблемами и противоречиями, с которыми сталкивается человечество и окружающая среда в результате научно-технического прогресса»¹, исследователи и все мировое научное сообщество разрабатывают многочисленные направления прак-

тической биоэтики, основанные на «свободе науки и научных исследований»², концентрируя их вокруг соотношения морали и права.

Сегодня становится все более очевидной безграничность сфер применения новейших технологий во всем пространстве жизнедеятельности человека. Современная биомедицинская деятельность и клиническая практика регламентируется двумя формами социального и общественного регулирования – моралью, олицетворяемой биоэтикой, и правом, обеспечивающим законность. Мораль в отличие от права сложно поддается типизации, формализации, институционализации и не несет характерной определенности.

Мораль и этика толкуются как одни из основных регуляторов биоэтических процессов современного общества. Вместе с тем они не исчерпывают всех норм, действующих в обществе. В совокупность общественных отношений, кроме них, входят также правовые нормы.

В общественном сознании все еще значительно устойчив правовой нигилизм, и это составляет одну из фундаментальных проблем правовых исследований в сфере биоэтики. Эксплицированное (развернутое) сближение морали и

¹ Всеобщая декларация о биоэтике и правах человека (2005) // В сб. «Bioetika: sənədlər, terminlər» / red. A. Mustafayeva. – Bakı : Elm, 2009. – С. 296.

² Там же. – С. 297.

права – акт, результаты которого позволят удовлетворять запросы общества и потребности человека.

Стимулируя процесс гуманизации современной науки и сферы здравоохранения, обеспечивая фундаментальные исследования в области правотворчества и последующего правоприменения, биоэтика, в необходимой степени, способствует преодолению разрыва между научным и нравственным развитием в обществе, нивелированию негативных последствий ценностных ротаций внутри медицины, формированию позитивного отношения к научному прогрессу, конструированию аналитических парадигм для оценки реальных, порождаемых новыми технологиями в биомедицине, расширение социальной сферы обсуждения морально-правовых проблем биомедицинских наук и здравоохранения.

Таким образом, очевидно на наш взгляд, что фундаментальные проблемы правовых исследований в биоэтике заключаются в: максимизации теоретического и практического сопряжения (сближения) понятий морали и права; правового регулирования ценностных ориентаций, порождаемых научно-техническим прогрессом в сфере биомедицины.

Источники. В процессе работы над настоящим исследованием были проанализированы международно-правовые документы в области практического здравоохранения и биологических инициатив, законодательные нормы ряда государств, материалы международных неправительственных организаций, декларативные, основополагающие и рекомендательные документы ООН, ЮНЕСКО, ВОЗ, конвенции, резолюции, протоколы и т. п. Также были использованы монографические работы и научные сообщения многих зарубежных и отечественных специалистов в рассматриваемой области. Ссылки и анализ изученных материалов будут указаны в основной части настоящего исследования.

Исследовательская часть.

Правовая база вопросов, заявленных в настоящем исследовании, со всей очевидностью требует фундаментальных многоотраслевых исследований. В отсутствие действенной законодательной базы риски деформации генофонда человека, его исчезновения как биологического вида, равно как и разрушения биосферы, кратно возрастают.

Все больше становится очевидным, что любой сегмент жизни человека, связанный с его

здоровьем, безопасностью, достоинством, имеет отношение к этической неоднозначности той или иной ситуации, будь то выбор продуктов питания или лекарственных средств, защита среды обитания или экспериментирование с человеческой телесностью, определение приоритетности интересов человека/общества/науки и т. п. С развитием технологических возможностей биомедицины меняются морально-нравственные ориентиры, духовность и мировоззрение обществ, имеющих значительные цивилизационные различия в ментальности, традициональности, образе жизни. В условиях многоотраслевой глобализации, массовой информатизации, открытости любых границ, в том числе в научно-технологической сфере становится доступным и востребованным не только позитивный, но и негативный контекст научно-технического прогресса, оказывающих воздействие на устойчиво-естественное развитие обществ. Стали возможными существенные злоупотребления инновационными знаниями, которых человечество до сих пор не знало. В этом контексте исследования в области биоэтики и биомедицины важны тогда и постольку, когда и поскольку на них имеется жизненно принципиальный интерес и спрос.

Вместе с тем было бы неправильно воспринимать биоэтические проблемы столь линейно, полагая, что именно и только биомедицинские технологии вызывают беспрецедентный общественный интерес к революционному характеру изменений, происходящих в этическом и правовом пространстве, вызовам и угрозам «устойчивому развитию (термин, провозглашенный Декларацией в Йоханнесбурге, 2002 г.)». Наряду с проблемами здравоохранительного права в фокусе внимания фундаментальных правовых исследований стоят также этические вопросы биоцентрической этики («все живые организмы имеют свою внутреннюю ценность»), экоцентрической этики («экосистемы имеют свою внутреннюю ценность»), антропоцентрической этики («этика, сконцентрированная на человеке»)¹.

Взаимодействие морали и права является одним из важных и востребованных направлений исследований в области биоэтики. Каждая эпоха имеет свои особенности общественного традиционализма и мировоззрения. Современное об-

¹ Базовая учебная Программа ЮНЕСКО по биоэтике. – 2008. – С. 66.

щество – это развивающаяся система, подверженная усиленному влиянию достижений научно-технического прогресса во всех сферах жизнедеятельности человека и состояния биосферы.

Начиная со второй половины прошлого века, общества динамично развиваются в направлении потребления природных ресурсов, максимальной мобилизации человеческих телесных и генетических резервов. Происходит масштабная общественно-культурная и морально-этическая трансформация, приводящая к замене одних ценностей и норм другими. Процесс технологических преобразований всех сфер жизни общества требует изучения путей достижения общественно полезного правового порядка и сохранения естественной целостности биосферы и самого человека.

Обладающая более догматичными устоями по сравнению с правом, мораль зачастую не поддается формализации связанных с ней проблем. Согласно исследованиям Н. Калясиной, от эффективного взаимодействия этих общественных регуляторов в значительной мере зависит состояние законности и правопорядка, уровень правосознания и моральности общества, тем более при разрешении неоднозначных проблем биоэтического характера. В условиях значительного влияния достижений научно-технического прогресса на качество жизни человека исследование проблем взаимодействия морали и права в формате этической науки является приоритетным, так как только адекватное осознание изменений, происходящих в жизни современного общества, позволит обеспечить межпоколенческую сохранность генофонда и биосферы в целом¹.

Мораль и этика толкуются исследователями как одни из основных регуляторов биоэтических процессов современного общества. Вместе с тем совершенно очевидно, что они не исчерпывают всех норм, действующих в обществе. В совокупность общественных отношений, кроме них, входят также правовые нормы.

Систематизируя основные парадигмы теоретико-правового анализа биоэтики и анализируя научные подходы к исследованию ее проблематики и дискуссионных направлений, можно констатировать, что мораль, право, обычаи, прави-

ла, организационные нормативные системы могут и должны быть подвергнуты институционализации в контексте нормативной регуляции общественных отношений. Данный вывод позволяет определить важное место права в обосновании его концептуального основания в этических доктринах.

Исследователь Е. Золотарева утверждает, что биоэтика как научная дисциплина представляет собой антропологическое учение о мере возможного вмешательства человека в его биологическую природу, но не полномасштабных изменениях человеческого организма и его ресурсов: «В обосновании правовой идеологии первостепенную роль играют вопросы интерпретации сущности и природы человека, его духовности. Сегодня эти вопросы и их разрешение конструируют разные теоретико-правовые парадигмы биоэтики, классифицируемые согласно доктринальной концепции природы человека с доминированием духовного либо природного начал»².

Приоритетность природного начала позволяет легитимизировать биоэтику в качестве нормативно обоснованных возможных медико-биологической трансформаций человеческого организма, обусловленных необходимостью его совершенствования, то есть широко распространяющийся в мире правовой гуманизм обосновывает как базовую ценность универсальность и автономию личности, коренящиеся в абсолютизации биологической природы человека³.

Нормативное регулирование биоэтики анализируется в исследованиях В. Димова, который подробно останавливается на том обстоятельстве, что субъектом этической нормативной системы является все общество, и утверждает, что этическая доктрина может выступить даже в качестве источника формирования права. Он также констатирует, что эти доктрины влияют на законодотворчество многих стран. В частности, исследователь обращается к анализу законодательного опыта европейских стран в отношении вмешательства в геном человека, биомедицинских исследований на эмбрионах, аборт, сроков бе-

¹ См.: Калясина Н. Мораль и право: сходства или различия // Наука и образование глазами молодых ученых : сборник научных работ. – Выпуск 7. – Шуя : Весть, 2006. – С. 56–58.

² Золотарева Е. Правовое регулирование биомедицины в зарубежных странах // Вестник Таганрогского государственного педагогического института. Гуманитарные науки. – 2009. – № 1. – С. 53–56.

³ См.: Там же.

ременности, когда аборт рассматривается/не рассматривается как преступление¹.

Совокупность проблем и противоречий, возникающих в связи с правовым регулированием применения современных биомедицинских технологий, является посылком для представления биоэтики в качестве системы нормативной регуляции в современном мире. Как мы указывали выше, возможности современного права как нормативной системы ограничены в решении проблем регулирования отношений, связанных с защитой права на жизнь и здоровье, свободу и личную неприкосновенность. В таких условиях биоэтические концепции могут стать доктринальными источниками этих прав, тем самым решая задачу совершенствования национальных правовых систем с целью нивелирования в них правовых коллизий, пробелов и противоречий.

Многочисленные исследовательские источники, вобравшие медицинский, философский, духовно-нравственный, правовой опыт, свидетельствуют о том, что на протяжении многих лет в общечеловеческой культуре формировались и совершенствовались различные морально-этические принципы и парадигмы, сопровождавшие врачевание на протяжении всей его истории. Основные направления теоретико-правового анализа биоэтических проблем складываются не только согласно историческим, но и, в большей степени, действующим сегодня современным моделям медицинской этики.

Действовавшие длительное время патерналистские принципы от медицины и сегодня присутствуют в исследованиях ряда ученых. И. Силуянова, к примеру, утверждает, что они несут в себе определенный позитив в эффективном и результативном обеспечении медицинских процессов диагностики, лечения, реабилитации, научных разработках, однако в контексте связки «мораль-право», как правило, имеет место прикладной подход к проблеме взаимодействия морали и права, исключающий все же господствующий статус врача. В современном демократическом обществе характерен интерес к нравственным началам права, проблемам сближения права и морали².

С появлением новых биоэтических парадигм, с усилением внимания к правам человека, с открывшимися возможностями управления биомедицинскими процессами с достаточно проблематичными как физиологическими, так и нравственными последствиями для человеческой популяции в целом актуализируется потребность в формировании новых научно-исследовательских моделей.

Какими бы идеальными ни были принципы морали и этики, они не должны и не могут быть приоритетнее закона. Императивная (законная) доминанта, поддерживаемая государственными ресурсами, не размывая исторически мотивированных культурных/религиозных идеологем, не разрушая и не модифицируя «архитектуру» традиционных ценностей, становится скрепой, обеспечивающей единство политики, культуры, духовности общества, своеобразным катализатором/маркером «капитализации» общественных потребностей в повышении качества жизни и здоровья в совокупности с требованиями закона. Наука и научные исследования посредством разработки и реализации концепций, стратегий, здравоохранительных доктрин, законодательств с полномасштабным и всесторонним охватом нормативными актами биоэтических проблем призваны конструировать стабильно гарантируемые позитивные модели типа «человек-гармоничная среда».

Парадигмы теоретико-правового анализа биоэтических проблем толкуются, как правило, в контексте совокупности ценностей и требований, инкорпорированных в правовой культуре общества, и связаны с необходимостью направления сознательной деятельности общественного организма на решение биоэтических проблем.

Несколько десятков лет назад ученый-исследователь Г. Йонас прозорливо говорил о необходимости каким-то образом ограничить «непомерные аппетиты индустрии научных исследований»³, которая сегодня стала «полнокровной реальностью» (там же). В сборнике «Этическая экспертиза биомедицинских исследований в государствах-участниках СНГ» утверждается, что общепринятой нормой стало этическое сопро-

¹ См.: Димов В. Здоровье как глобальная проблема выживания биосоциального вида // Социально-гуманитарные знания. – 2000. – № 2. – С. 174–182.

² См.: Силуянова И. Руководство по этико-правовым основам медицинской деятельности. – М.: МЕД пресс-информ. – 2008. – С. 224.

³ Jonas H. Philosophical reflections on experiments with human subjects. In *Experimentation with human subjects*. Ed. By P. Freund, George Braziller Inc. – 1970. – P. 529 // В сб. «Этическая экспертиза биомедицинских исследований в государствах-участниках СНГ». – СПб.: Феникс, 2007. – С. 65.

вождение исследований в области биомедицины, в современной научной практике действуют достаточно разработанные механизмы этического контроля исследований¹.

Наиболее цивилизованным ответом на создавшуюся ситуацию стал переход на уровень глобального международного сотрудничества в сфере научных биомедицинских исследований с соответствием международным правовым стандартам и плюралистической этике.

Как отмечается в указанном издании, в настоящее время основу правового регулирования научных исследований в области биоэтики образует ряд международных актов правового и рекомендательного плана².

Растущая практическая эффективность науки в повседневной жизни человека и окружающей его биосфере позволяет каждому на собственном житейском опыте осознать происходящие перемены в улучшении качества жизни. Реальный уровень здоровья и продолжительность жизни отодвигают на второй план морально-этические проблемы, в социуме уже заговорили о праве на смерть, которое издревле считалось «*non possumus*»³.

Общество ожидает решения амбициозных задач продления жизни за счет технологий «выращивания запасных человеческих органов», использования эмбриональных стволовых клеток, выявления патологий на генетическом уровне и многого др., и это является мощным стимулом для сопутствующих интенсивно развивающемуся научно-техническому прогрессу научных исследований. Происходит наращивание и переориентация материальных ресурсов на такие отрасли знания, как фармацевтика, регулирование рождаемости, «победа» над неизлечимыми заболеваниями. Новые технологии, соответствующие интересам самих потребителей, стали «товаром», ориентированным на массовый спрос.

Современные технологии все ближе подходят к человеку, кардинально меняя образ его жизни и отношение к миру. Сегодня фундаментальные исследования в области биоэтики, постепенно обретая элементы «агрессивной инновационно-

сти», пока остаются на уровне не всеохватывающего концепта, а лишь паллиативной подпитки.

Достижения науки и техники, способные приносить значительные блага человечеству, должны быть направлены на повышение благосостояния граждан, улучшение качества жизни и увеличение ее продолжительности без ущерба морально-этическим традициям народов. Прогресс науки необходим человечеству, но он не может использоваться вопреки культурному плюрализму, представляющему общее наследие.

Известно, что биоэтика как наука основоположена онкологом Поттером, который обратил внимание науки на необходимость обеспечения человеку достойных условий жизни. Он считал, что «наука выживания должна быть не просто наукой, а новой мудростью, которая объединила бы два наиболее важных и крайне необходимых элемента – биологическое знание и общечеловеческие ценности. Биологические науки постоянно расширяли сферу своих знаний и технических возможностей, тогда как размышления о ценностях, затрагиваемых этим прогрессом, продвигались вперед не столь интенсивно»⁴.

В целом резюме научных исследований в области биоэтики состоит из: обеспечения «наивысшего уровня здоровья граждан»⁵, автономии и достоинства человека, охраны экологии, окружающей среды, защиты генетического потенциала наций. Необходимо, чтобы развитие научно-технического прогресса и фундаментальных научных исследований соответствовало морально-этическим ценностям общества, и это стало национальным приоритетом государств⁶.

Одной из важнейших биоэтических проблем является создаваемая современными «гаджетами» квазиреальность, дегуманизация человеческой личности. Человек, сам по себе представляющий, по сути, генератор идей, взаимообогащаясь с другими членами общества, не может быть заменен никаким искусственным интеллектом. Жесткое навязывание псевдоценностей, приносящих определенный комфорт, гедонистические удобства, информационное изобилие

¹ См.: Этическая экспертиза биомедицинских исследований в государствах-участниках СНГ». – СПб.: Феникс, 2007. – С. 66.

² См.: Этическая экспертиза биомедицинских исследований в государствах-участниках СНГ». – СПб.: Феникс, 2007. – С. 74–75.

³ *Non possumus* – букв. «невозможно», формула категорического отказа.

⁴ Базовая учебная Программа ЮНЕСКО по биоэтике. – 2008. – С. 16.

⁵ Из определения понятия здоровья ВОЗ.

⁶ См.: Каландарли Н. Проблемы биоэтики в свете Азербайджанского законодательства // Сборник материалов XVI Республиканской научной конференции докторантов и молодых ученых. – Баку. – 2012.

приводит к универсализации духовного мира и мировоззрения личности, опустошению и нивелированию человеческой сущности.

Результаты исследования. Использование биоэтических принципов в сфере жизнедеятельности человека в современных условиях имеет исключительное значение. Международные модельные законы и нормативная база развитых демократических стран широко используют их в сфере защиты прав человека на безопасность жизни и здоровье. Для разрешения существующих противоречий в данной области этические подходы недостаточны, требуется правовое обеспечение биоэтических норм в национальных законодательствах.

Совершенствование национальных законодательств путем интеграции передового международного опыта с учетом национальных особенностей может значительно улучшить эффективность государственных политик в обеспечении конституционных прав человека на безопасность жизни и здоровье.

Общество знает о морально-этических проблемах и осознает последствия, которые порождают научно-технический прогресс и научные исследования в медицине, биологии и других науках о жизни. Общество понимает, что значительное влияние на качество жизни и здоровья людей оказывает нарастающая, пока не регламентированная правом, коммерциализация медицины и услуг смежных отраслей, что делает остро необходимым гарантированное обеспечение должного уважения и соблюдения прав человеческой личности. Вместе с тем, наблюдается явно выраженная общественная правовая инфантильность, когда люди не знают, как можно защитить свои права, осознавая свое правовое бессилие в условиях корпоративности профессиональных сообществ медиков, фармацевтов, производителей продукции, обеспечивающих жизнедеятельность человека.

Настоящее исследование раскрывает важность не формальной, а реальной защиты прав человека на безопасность жизни и охрану здоровья. Оно поможет правильно понять суть прав пациентов в современных условиях жизни, когда пациентом может стать и, как правило, становится каждый член общества. Исследование вырабатывает юридическое отношение к процессам, происходящим не только в здравоохранении, но и во всех других сферах, имеющих отношение к жизнедеятельности человека, может значительно повысить эффективность государственных поли-

тик в системе обеспечения конституционных прав на безопасность жизни и здоровье.

Научные исследования в области биоэтики позволят «канализировать» в правовое русло многочисленные аргументы, последствия, причины, факты, события, происходящие в жизненном пространстве человека, и придать узаконенную и универсальную однозначность сложным прагматическим ситуациям в соответствии с этическими ценностями.

Таким образом, анализ фундаментальных правовых исследований в области биоэтики приводит к следующим выводам:

(i) стремительно развивающийся научно-технический прогресс и инновационные биомедицинские технологии ставят перед человечеством важные морально-правовые проблемы. Перспективы развития наук о жизни самым непосредственным образом связаны с социальными, нравственными, правовыми аспектами, которые сегодня становятся предметом озабоченности и широкого научно-общественного обсуждения. Международное право вырабатывает критериальную основу, которую необходимо имплементировать в национальные законодательства и государственные политики;

(ii) современные научные исследования обретают качественно новые формы, между наукой и научно ориентированными технологиями возникают новые виды сотрудничества. Особенно это явно выражено в области биоэтики, которая определенным образом порождает риски и опасности для человека и биосферы. Формируется многонаправленная палитра общественных ожиданий от научных исследований в контексте максимального удовлетворения запросов человека как полноправного члена «общества потребления». Технологическая роль науки становится доминирующей, и многие научные исследования встали на путь генерирования новых технологий и их технического обеспечения. В контексте получившей стремительное развитие коммерциализации биомедицинских исследований научное знание постепенно обретает вид товара, пользующегося значительным спросом на рынке.

Список литературы

1. Биоэтика: документы, термины / под ред. А. Мустафаевой. – Баку, 2009.
2. Базовая учебная Программа ЮНЕСКО по биоэтике. – 2008.
3. Димов В. Здоровье как глобальная проблема выживания биосоциального вида // Социально-гуманитарные знания. – 2000. – № 2.
4. Золотарева Е. Правовое регулирование биомедицины в зарубежных странах // Вестник Таганрогского государственного педагогического института. Гуманитарные науки. – 2009. – № 1.
5. Каландарли Н. Проблемы биоэтики в свете Азербайджанского законодательства // Сборник материалов XVI Республиканской научной конференции докторантов и молодых ученых. – Баку, 2012.
6. Калясина Н. Мораль и право: сходства или различия // Наука и образование глазами молодых ученых : сборник научных работ. – Выпуск 7. – Шуя : Весть, 2006.
7. Силуянова И. Руководство по этико-правовым основам медицинской деятельности. – М. : МЕД пресс-информ, 2008.
8. Этическая экспертиза биомедицинских исследований в государствах-участниках СНГ. – СПб. : Феникс, 2007.

Защита прав потребителей финансовых услуг: актуальные вопросы противодействия мисселингу

И. С. Денисов

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
РЭУ им. Г. В. Плеханова.

Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: is.denisov@mail.ru

Protection of the rights of consumers of financial services: topical issues of countering misseling

I. S. Denisov

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Legal Disciplines of the PRUE.

Address: Plekhanov Russian University of Economics,
36 Stremyanny Lane, Moscow, 117997, Russian Federation.
E-mail: is.denisov@mail.ru

Аннотация

В данной статье автор проанализировал проблемы защиты прав потребителей финансовых услуг. Автор рассматривает актуальные вопросы защиты прав потребителей финансовых услуг, а также способы противодействия такому явлению как «мисселинг». В статье подробно исследовано данное понятие как один из видов недобросовестных продаж финансовых услуг. Описаны подробные конкретные примеры практик недобросовестных продаж, в том числе рассмотрено влияние пандемии коронавирусной инфекции (COVID-19) на появление новых практик недобросовестных продаж. Проанализирована роль Банка России в качестве регулятора рынка финансовых услуг. Кроме этого, в статье приведены примеры законодательных инициатив, направленных на защиту потребителей финансовых услуг от мисселинга и сформулированы выводы относительно направлений развития деятельности по противодействию мисселингу и защите прав потребителей финансовых услуг, а также определены ключевые рекомендации в адрес потребителей относительно вопроса противодействия мисселингу и защиты своих прав. В заключении статьи автором были сформулированы выводы относительно влияния мисселинга на уровень доверия населения к банковской сфере.

Ключевые слова: защита прав, финансовые услуги, мисселинг, банки, договор, потребители, потребительский кредит, услуги страхования, плавающие ставки, Банк России, финансовый рынок, навязывание услуг, недобросовестные продажи.

Abstract

In this article, the author analyzes the problems of protecting the rights of consumers of financial services. The author examines the current issues of consumer protection of financial services, as well as ways to counteract such a phenomenon as "misseling". The article examines this concept in detail as one of the types of unfair sales of financial services. Detailed concrete examples of unfair sales practices are described, including the impact of the coronavirus pandemic (COVID-19) on the emergence of new unfair sales practices. The role of the Bank of Russia as a regulator of the financial services market is analyzed. In addition, the article provides examples of legislative initiatives aimed at protecting consumers of financial services from misseling and draws conclusions about the directions of development of activities to counteract misseling and protect the rights of consumers of financial services, as well as identifies key recommendations to consumers regarding the issue of countering misseling and protecting their rights. At the end of the article, the author formulated conclusions about the impact of misseling on the level of public confidence in the banking sector.

Keywords: protection of rights, financial services, misseling, banks, contract, consumers, consumer credit, insurance services, floating rates, Bank of Russia, financial market, imposition of services, unfair sales.

Защита прав потребителей представляет собой комплекс мер, направленных на противодействие недобросовестным продавцам и исполнителям услуг в возможности нарушения ими прав граждан как потребителей производимых товаров или оказываемых услуг. Формы нарушений потребительских прав являются весьма разнообразными в зависимости от конкретного вида потребляемого товара или услуги. В данной статье речь пойдет о защите прав потребителей финансовых услуг.

Как подчеркивает М. А. Шокотько: «Отнесение правоотношений к сфере регулирования Закона о защите прав потребителей ведет к тому, что потребители финансовых услуг вправе рассчитывать на меры защиты своих прав, предусмотренные соответствующим законодательством» [5. – С. 122].

Одним из распространенных явлений как в банковском секторе, так и в сфере страхования является мисселинг. Как отмечают О. Ю. Свиридов и И. В. Некрасова: «Мисселинг (mis-selling, букв. – неправильная продажа), – это недобросовестная практика продаж потребителям финансовых продуктов (услуг) в части предоставления полной, прозрачной и ясной информации о характере финансовой услуги и условиях финансового продукта, а также о сопутствующих им рисках, их стоимости и иных существенных условиях» [3. – С. 134]. Одной из предпосылок широкого распространения мисселинга в нашей стране многие эксперты называют низкий уровень финансовой грамотности населения [4. – С. 99].

В качестве наиболее ярких примеров мисселинга можно назвать: открытие брокерского счета с покупкой ценных бумаг вместо открытия банковского вклада или навязывание дополнительных услуг, например страхования к потребительскому кредиту.

Довольно распространенной является следующая ситуация: в договоре о потребительском кредите сотрудник банка просит клиента поставить галочки о его желании приобрести страховые услуги, например, страхование жизни или потери работы. Клиент, не желающий приобретать данные услуги, не ставит галочки в указанные поля, не читая, что конкретно указано в договоре. Однако при внимательном прочтении договора заемщик понял бы, что предложение о страховке сформулировано таким образом, что в том случае, если поля остаются пустыми, то потребитель тем самым не отказывается от услуг страхования, а наоборот соглашается и следова-

тельно заемщик, сам не зная этого, вместе с кредитом приобретает страховку, что безусловно влияет на полную стоимость кредита.

Считается, что самой уязвимой категорией для недобросовестных продаж являются люди старшей возрастной группы (пенсионеры), в первую очередь по причине своей излишней доверчивости. Возможным случаем на практике является то, когда вместо открытия вклада пенсионерам навязывают сложные инвестиционные продукты, которые с одной стороны могут превышать доходность вкладов, а с другой являться высокорискованными финансовыми продуктами. Лицам, не желающим рисковать своими накоплениями, рекомендуется в обязательном порядке уточнять об отношении приобретаемого финансового продукта к системе страхования вкладов.

Еще один удобный способ ввести потребителя в заблуждение – плавающие ставки. Зачастую квалификация самих сотрудников банка не позволяет им в должной степени разобраться в сложных условиях вкладов и кредитов. А объяснить механизм изменения ставки простым потребителям – еще сложнее. Особенно с учетом того, что продавец заинтересован в первую очередь в том, чтобы увеличивать продажи своих продуктов – и неважно, каким способом.

Безусловно, главной темой последних двух лет является пандемия коронавирусной инфекции (COVID-19), которая внесла существенные изменения в жизнь граждан, общества и государства. В связи с введением ограничительных мер, а также медицинских рекомендаций относительно самоизоляции и снижения количества контактов между людьми все большее распространение получило дистанционное взаимодействие финансовых организаций с потребителями. Законодательные и технические возможности позволяют банкам легко подключить клиентам дополнительные услуги (например, страхование) посредством подтверждения кода, отправленного клиенту в SMS-сообщении. Но при более подробном ознакомлении с навязанной услугой потребитель может прийти к выводу о необходимости отключения данной услуги в связи с ее бесполезностью или неактуальностью¹. Однако после очередного

¹ См.: Клиенты банков начали жаловаться на подключение платных услуг без их согласия. – URL: <https://www.forbes.ru/finansy-i-investicii/379333-klienty-bankov-nachali-zhalovatsya-na-podklyuchenie-platnyh-uslug-bez-ih> (дата обращения: 13.05.2021).

дистанционного обращения в финансовую организацию с целью отключения данной услуги нередким случаем является то, что потребителя ставят в известность о необходимости лично явиться в офис кредитной организации. Данную ситуацию можно привести в качестве примера еще одной недобросовестной практики продаж финансовых услуг.

В 2020 г. Банк России опубликовал информационно-аналитический материал «Обзор неприемлемых практик и рекомендаций», в котором выявил ряд недобросовестных практик, с которыми потребители чаще всего сталкиваются в банковских офисах. Среди них: навязывание продуктов и услуг в офисах банков с использованием электронных кодов подтверждения; навязывание комбинированных финансовых продуктов и услуг; предложение и продажа гражданам пенсионного возраста сложных или не подходящих им инвестиционных продуктов; невозможность дистанционного расторжения договора; введение клиентов в заблуждение при предложении услуг, связанных с открытием индивидуального инвестиционного счета; введение граждан в заблуждение путем предложения производных финансовых инструментов под видом ценных бумаг; навязывание услуг негосударственных пенсионных фондов; введение в заблуждение при продажах услуг страхования; и др.¹

Стоит заметить, что по оценке Центрального банка России объем инвестиционных продуктов с «мутной структурой», приобретенных гражданами, составляет сумму до 600 млрд руб.²

В связи с данной ситуацией возникает все больше законодательных инициатив, направленных на защиту потребителей финансовых услуг от мисселинга. К примеру, 2 июня 2021 г. Государственной думой был принят и направлен в Совет Федерации Федеральный закон «О внесении изменения в статью 7 Федерального закона «О потребитель-

ском кредите (займе)»³. Проект данного закона был подготовлен в целях недопущения нарушений прав потребителей финансовых услуг, выраженных в заключении кредитных договоров на неясных, навязанных банками условий. В частности, закон запрещает проставления кредитором в заранее напечатанной форме за заемщика согласия с условиями кредитования без его собственноручной подписи.

Законодательные нормы, которые обяжут банки указывать всю информацию о полной стоимости кредита, будут вполне рациональными. Безусловно, полностью исключить мисселинг – задача на сегодняшний день сложно выполняемая. Но подобные инициативы помогут в некоторой степени сократить случаи данного явления⁴. В то же время, по мнению В. В. Богдан и А. А. Алымова: «Разрешение данного вопроса представляет собой значительную трудность в силу специфики диспозитивного метода правового регулирования, характерного для гражданского права – внедрение жестких, императивных ограничений банков противоречит базовым принципам цивилистики. Таким образом, основным регулятором в данной ситуации выступает судебная практика несмотря на отсутствие у нее статуса источника права, но и она является далеко не однозначной» [1. – С. 95].

Однако стоит отметить, что успешное решение проблемы широкого распространения мисселинга зависит не только от законодателя, но и от самих потребителей финансовых услуг.

Как известно, банки могут продавать не только свои продукты, но и выступать в качестве агента иных финансовых организаций и за определенное вознаграждение (комиссию) осуществлять продажу продуктов как страховых, так и инвестиционных компаний. В связи с этим потребителям финансовых услуг рекомендуется в первую оче-

¹ См.: Обзор неприемлемых практик и рекомендаций. – URL: https://cbr.ru/content/document/file/112216/obzneprractic_20200821.pdf (дата обращения: 13.05.2021).

² См.: ЦБ оценил объем проданных населению «мутных» инвестпродуктов в ₽600 млрд. Как регулятор планирует бороться с их продажей неопытным клиентам. – URL: <https://www.rbc.ru/finances/21/01/2021/600927189a7947e491f9b269> (дата обращения: 13.05.2021).

³ Законопроект № 843962-7 «О внесении изменений в части 2, 6 статьи 7 Федерального закона «О потребительском кредите (займе)» (в части уточнения порядка заключения договора потребительского кредита (займа))» // Сайт Системы обеспечения законодательной деятельности. – URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/843962-7> (дата обращения: 13.05.2021).

⁴ См.: План на лето: банки заставят выкупать назад обманом проданные продукты. В регуляторе считают, что это позволит сократить мисселинг и навязывание услуг клиентам. – URL: <https://iz.ru/1131527/mariia-kolobova/plan-na-leto-banki-zastaviat-vykupat-nazad-obmanom-prodannye-produkty> (дата обращения: 13.05.2021).

редь обращать внимание на то, с какой конкретно организацией заключается договор на оказание той или иной финансовой услуги.

Также необходимо обратить внимание на вопрос относительно доказывания факта недобросовестной продажи.

Если потребитель подписал договор, то считается, что он ознакомлен с его содержанием. Но объем договора со всеми приложениями может содержать не один десяток страниц. На практике потребители редко читают его полностью, доверяя сотруднику банка или агенту, который подсказывает, где ставить подпись. Чтобы расторгнуть такой договор, можно ссылаться на ст. 10 Закона «О защите прав потребителей»¹, в соответствии с которой потребитель должен получить полную информацию о товаре или предоставляемой услуге. Но доказать факт недобросовестной продажи без подтверждающих материалов (аудио или видеозапись) будет довольно сложно. Сами банки не обязаны вести запись общения менеджеров с клиентами, поэтому потребителям следует заранее позаботиться о решении данного вопроса.

В заключение необходимо отметить, что мисселинг в качестве явления, заключающегося в практиках недобросовестных продаж, безусловно является предметом, нарушающим законные права потребителей финансовых услуг. Мисселинг в банковской и иных сферах финансовой деятельности является одним из первостепенных факторов, по причине которого порождается и все больше усугубляется недоверие населения к данной отрасли.

Как указывают ученые: «Совершенствование механизма защиты прав потребителей на финансовом рынке – актуальная проблема государства» [2. – С. 213]. Автор статьи поддерживает данное мнение. Вопрос о регулировании оказания банковских услуг безусловно должен быть максимально тщательно проработан, в том числе в части доказывания фактов недобросовестных продаж. Принятие и реализация законодательных инициатив, рассматриваемых на сегодняшний день в Государственной Думе, вполне может оказать определенное позитивное влияние на

решение рассматриваемой проблемы в качестве еще одного шага в борьбе с мисселингом, однако отнюдь не последнего. Необходимо учитывать также и то, что далеко не всегда потребители обращаются с жалобами или заявлениями в уполномоченные органы с целью защиты своих прав и интересов, что является безусловным побуждающим мотивом для финансовых организаций в разработке новых «нечистоплотных» схем продаж. Поэтому, по мнению автора, одним из ключевых элементов в борьбе с мисселингом является повышение уровня финансовой и юридической грамотности населения, что приведет к более высокому уровню знаний как о самих потребительских правах, так и о процедуре их защиты.

¹ Закон РФ от 07 февраля 1992 г. № 2300-1 (ред. от 22.12.2020) «О защите прав потребителей» // Сайт Официального интернет-портала правовой информации. – URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102014512> (дата обращения: 13.05.2021).

Список литературы

1. *Богдан В. В., Алымов А. А.* Проблемы реализации прав потребителей на добросовестные условия кредитного договора: условие о страховании // Юридические исследования. – 2017. – № 5. – С. 93–99.
2. *Быстрова Е. Ф.* Актуальные вопросы защиты прав потребителей финансовых услуг на современном этапе // Вестник Саратовской юридической академии. – 2020. – № 1 (132). – С. 213–218.
3. *Свиридов О. Ю., Некрасова И. В.* Мисселинг как основная форма недобросовестных продаж финансовых продуктов в России: причины и способы противодействия // Государственное и муниципальное управление. Ученые записки. – 2018. – № 4. – С. 134–138.
4. *Тропина Ж. Н.* Предотвращение мисселинга как мера обеспечения безопасности инвестиционной деятельности физических лиц // Национальная безопасность / nota bene. – 2019. – № 4. – С. 98–105.
9. *Шокотько М. А.* Проблемы защиты прав потребителей финансовых услуг // Образование и право. – 2020. – № 11. – С. 122 – 127.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-32-39>

Договор заказа на создание произведения: понятие и признаки

А. Е. Пономарченкоассистент кафедры финансового и предпринимательского права
Волгоградского института управления – РАНХиГС.Адрес: Волгоградский институт управления – филиал ФГБОУ ВО «Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации»,
400066, г. Волгоград, ул. Гагарина, 8.
E-mail: ponomarchenko.anasatsiya@mail.ru

Contract for the Creation of a Work: Concept and Characteristics

A. E. PonomarchenkoAssistant of the Department of Financial and Business Law of the Volgograd Institute of Management –
Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Ranepa).Address: Volgograd Institute of Management, Branch of the Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration, Gagarin Street Campus, building 8, Volgograd, Russia 400066.
E-mail: ponomarchenko.anasatsiya@mail.ru

Аннотация

Предметом исследования в научной статье являются нормативно-правовые акты Российской Федерации, регулирующие положения договора заказа на создание произведений. Большое внимание уделено Гражданскому кодексу Российской Федерации, а также судебной практике Суда по интеллектуальным правам. Методами исследования являются научные методы познания общественных явлений и процессов. В частности, в качестве основных методов использованы обще- и частнонаучные методы познания. Большая часть научной статьи написана с использованием сравнительно-правового метода познания. В рамках общенаучного метода познания использованы методы системного и комплексного анализа. В научной статье исследованы положения, касающиеся договора заказа, рассмотрены основные признаки, существенные условия, предмет и субъектный состав. Все признаки и существенные условия выделены благодаря сравнительно-правовому анализу договора заказа и договора авторского заказа. Рассмотрены проблемы выплаты вознаграждения за создание произведения по договору заказа. На основании проведенного исследования сформулировано понятие договора заказа, поскольку действующее законодательство на данный момент не содержит определение рассматриваемого института. Полученные результаты могут быть в дальнейшем использованы для устранения пробелов в действующем законодательстве касаемого института договора заказа на создание произведений.

Ключевые слова: произведения, созданные по заказу; договор заказа; заказчик; автор; договор авторского заказа; интеллектуальная собственность; вознаграждение; программы для ЭВМ; базы данных; произведение; исполнитель; вознаграждение; предмет договора; подрядчик; исключительное право.

Abstract

The subject of research in the scientific article is the regulatory legal acts of the Russian Federation, regulating the provisions of the contract for the creation of works, much attention was paid to the Civil Code of the Russian Federation, as well as the judicial practice of the Intellectual Property Rights Court. Research methods are scientific methods of cognition of social phenomena and processes. In particular, general and specific scientific methods of cognition were used as the main methods. Most of the scientific article was written using the comparative legal method of cognition. Within the framework of the general scientific method of cognition, the methods of systemic and complex analysis were used. The scientific article explores the provisions concerning the order agreement, considers the main features, essential conditions, subject and subject composition. All signs and essential conditions are highlighted thanks to the comparative legal analysis of the order agreement and the author's order agreement. The problems of payment of remuneration for the creation of a work under an order agreement are considered. On the basis of the study, the concept of an order agreement was formulated, since the current legislation does not currently contain a definition of the institution in question. The results obtained can

be further used to eliminate gaps in the current legislation concerning the institution of an order for the creation of works.

Keywords: Works created by order; order agreement; customer; author; author's order agreement; intellectual property; reward; computer programs; Database; composition; executor; reward; subject of the contract; contractor; exclusive right.

На сегодняшний день понятие произведений, созданных по заказу, либо понятие договора заказа на создание произведений законодательно не закреплено, в связи с этим на практике возникают вопросы относительно того, что же стоит понимать под договором заказа и какими признаками, существенными условиями он обладает. Также в теории много вопросов, касающихся отличий договора заказа от договора авторского заказа, которые по своей сути являются разными договорами. Данному вопросу посвящено большое количество научных статей, монографий и диссертаций.

В данном научном исследовании мы рассмотрим институт договора заказа на создание произведений, регулирование которого осуществляется в рамках одной статьи Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 30.12.2020) (далее – ГК РФ). Так, согласно п. 1 ст. 1296 ГК РФ, исключительное право на программу для ЭВМ, базу данных или иное произведение, созданное по договору, предметом которого было создание такого произведения (по заказу), принадлежит заказчику, если договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком не предусмотрено иное¹. Указанная статья является единственной, которая содержит хоть какое-то упоминание о договоре заказа (произведений, созданных по заказу), в связи с этим для того, чтобы разобраться в сущности данного договора, необходимо обращаться к доктринальным источникам и к разъяснениям судов.

В частности, по мнению Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации, данный договор «может по своей природе являться смешанным договором и содержать элементы, характерные для различных договорных конструкций. При этом по своему основному содержанию такой договор относится

к договорам подрядного типа, договорам о выполнении работ» [3. – С. 9].

Однако при заключении договоров подрядного типа стороны преследуют одну цель – это достижение материального результата, договор заказа на создание произведений не связан с реализацией данной цели, стороны такого договора преследуют интерес по созданию произведений, т. е. объектов нематериального характера, которые имеют особый правовой режим.

Рассматриваемый договор является особым видом договоров заказа на создание результатов интеллектуальной деятельности, одной из разновидностей которого также является договор авторского заказа. Как уже было сказано ранее, договор заказа и договор авторского заказа – это совершенно два разных по своей сущности договора. Основное отличие этих двух договоров заключается в их субъектном составе и предмете.

Начнем с первого отличия: субъектный состав, то есть определение того, кто является сторонами договора. Внимательно проанализировав ст. 1288 ГК РФ, мы приходим к выводу, что сторонами договора заказа являются:

- автор – физическое лицо;
- заказчик (лицо, по заданию которого создается произведение).

Анализируя положения, касаемые договора заказа на создание произведений, видим, что в нем также фигурируют две стороны:

- заказчик;
- подрядчик (исполнитель) – как правило, юридическое лицо.

Как видно, сам автор – физическое лицо, которое непосредственно создает произведение в рамках своего служебного задания и является работником подрядчика (исполнителя), не может выступать в качестве стороны по договору заказа. Данное положение закреплено законодателем в п. 5 ст. 1296 ГК РФ. В случае создания произведения автором, который одновременно выступает в качестве подрядчика (исполнителя) в договоре, положения, закрепленные в ст. 1296 ГК РФ, не будут распространяться на такие отношения, их регулирование будет осуществляться ст. 1288 ГК РФ, то есть сложившиеся отношения бу-

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 23 мая 2018 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации от 25 декабря 2006 г. – № 52. – Ч. 1. – Ст. 5496.

дуг квалифицироваться как создание произведения по договору авторского заказа.

Следовательно, из вышеизложенного относительно субъектного состава рассматриваемых договоров можно сформулировать следующий вывод: в том случае если в качестве одной из сторон договора на создание результата интеллектуальной деятельности фигурирует непосредственно сам автор, то речь идет о договоре авторского заказа, если стороной является подрядчик (исполнитель) – юридическое лицо, а не сам автор, то отношения возникли из договора заказа на создание произведений.

Второе отличие можно провести по предмету сравниваемых договоров.

Обращаясь к ст. 1288 ГК РФ, мы видим, что в качестве предмета договора авторского заказа выступает создание произведений науки, литературы или искусства. Данный перечень исчерпывающий и расширению не подлежит.

При этом если более детально рассмотреть понятие произведения, то на основании анализа научной литературы многие авторы под произведением понимают систему идей, мыслей и образов, выраженных в доступной для восприятия человеческими чувствами форме [3. – С. 10]. На практике и в теории выделяют два основных критерия, которыми должно обладать произведение и благодаря которым оно, собственно, и признается произведением. К таким критериям относятся:

1) произведение должно представлять собой результат творческой деятельности;

2) произведение должно быть выражено в объективной форме [3. – С. 10].

В том случае, если один из критериев будет отсутствовать, то можно смело говорить о том, что перед нами отсутствует произведение как объект авторского права.

Предметом договора заказа является создание нематериальных объектов – программы для ЭВМ, базы данных и другие произведения. С принятием Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ положения, касающиеся предмета

договора, претерпели изменения, поскольку ранее правила ст. 1296 ГК РФ распространялись исключительно на программы для ЭВМ и базы данных, на сегодняшний день действующее законодательство включает в себя формулировку «и иные произведения». Однако то, что понимается под «иными произведениями», законодатель не раскрывает.

Таким образом, выше мы рассмотрели два основных отличия договора заказа на создание произведений от договора авторского заказа. Но нередко в теории выделяют и дополнительные отличия для более детальной квалификации рассматриваемых договоров. Так, к ним относятся:

1) первое дополнительное отличие связано с исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, а именно с порядком его отчуждения. Здесь стоит отметить, что законодатель закрепляет возможность отчуждения исключительного права заказчику, а также закрепляет способы такого отчуждения. В частности, к таким способам относятся:

– заключение договора об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности;

– заключение лицензионного договора.

Если говорить о договоре заказа на создание произведений, то законодатель устанавливает правило о том, что исключительное право изначально принадлежит заказчику, однако договором стороны могут предусмотреть иное. При этом в случае, если исключительное право закрепляется за заказчиком, то автору произведения причитается вознаграждение, порядок, сроки и формы которого определяются ст. 1295 ГК РФ. Такого рода вознаграждение выплачивается не заказчиком, а непосредственно подрядчиком (исполнителем), но об этом более подробно будет рассмотрено ниже.

2) в отличие от договора заказа, договором авторского заказа может быть предусмотрена возможность, в случае, когда срок исполнения договора авторского заказа наступил, автору при необходимости и при наличии уважительных причин для завершения создания произведения предоставляется дополнительный льготный срок

¹ См.: Федеральный закон «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Рос-

сийской Федерации» от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2014. – № 11. – ст. 1100.

продолжительностью в одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора.

Таким образом, исходя из вышеперечисленного, можно сформулировать следующие основные признаки договора заказа на создание произведений:

1. Предмет договора заказа по общему правилу – создание программ для ЭВМ, баз данных и иных произведений и передача исключительных прав на них.

Однако стоит отметить, что все договоры заказа на создание произведений могут делиться на две группы в зависимости от специфики самого предмета договора. К первой группе относятся договоры, в которых предмет – это создание авторского произведения. Вторая группа – договоры, не связанные с созданием результатов интеллектуальной деятельности, но в силу определенных событий такой результат создается и является составной частью предмета договора [1. – С. 32].

Естественно, между этими двумя группами договоров имеются существенные различия. В частности, если говорить о договорах первой группы, то в случае, если исполнитель (подрядчик) не создает авторское произведение, являющееся предметом договора заказа, то следовательно такой договор считается неисполненным и подрядчик (исполнитель) будет нести ответственность за его неисполнение. Однако данное правило не применимо к договорам второй группы, поскольку договор может быть исполнен надлежащим образом при выполнении всех его условий, но без создания результата интеллектуальной деятельности, т. к. это не входит в его предмет.

Также отличие заключается и в правовом регулировании, если рассматривать договоры, относящиеся к первой группе, то они регулируются положениями ст. 1296 ГК РФ. На договоры второй группы распространяются правила ст. 1297 ГК РФ «Произведения, созданные при выполнении работ по договору». Указанная норма регулирует порядок создания произведений в ходе выполнения договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ.

2. Исключительное право. Согласно ст. 1296 ГК РФ, исключительное право на произведение, созданное по договору заказа, принадлежит заказчику, если иное не предусмотрено законом. Подрядчик (исполнитель) может использовать

такое произведение для собственных нужд на условиях простой (неисключительной) лицензии на протяжении всего действия исключительного права. Закон предусматривает возможность перехода исключительного права непосредственно к подрядчику (исполнителю), тогда данное положение должно быть указано в самом договоре. В том случае, если по соглашению между сторонами исключительное право переходит к подрядчику (исполнителю), то заказчик не лишается права использования такого произведения. Наоборот, закон предоставляет возможность заказчику использовать результат интеллектуальной деятельности на тех же условиях, которые предусмотрены в п. 2 ст. 1296 ГК РФ для подрядчика (исполнителя).

Большое количество разногласий между сторонами договора возникает по поводу данного вопроса, а именно порядка использования подрядчиком (исполнителем) созданного произведения. На практике стороны договора заказа не всегда правильно трактуют формулировку закона «для собственных нужд», что порождает большое множество судебных споров.

В качестве яркого примера использования произведения подрядчиком (исполнителем) рассмотрим Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22.07.2019 г. № С01-620/2019 по делу № А17-2656/2018¹. Суть дела заключается в том, что между Обществом с ограниченной ответственностью «АРКАДИЯ-ПЛЮС» и Обществом с ограниченной ответственностью «Арно Архитектура» был заключен договор на разработку дизайн-проекта интерьера. Работы были выполнены подрядчиком (исполнителем) – ООО «Арно Архитектура» и приняты заказчиком – ООО «АРКАДИЯ-ПЛЮС». Данный момент не оспаривается и подтверждается обеими сторонами. Однако вскоре после исполнения договора заказчику стало известно о факте опубликования и размещения подрядчиком (исполнителем) без согласия заказчика на интернет-сайте готового дизайн-проекта. В связи с этим ООО «АРКАДИЯ-ПЛЮС» обратилось в суд за защитой своего нарушенного права. Дело было рассмотрено в судах первой и апелляционной инстанций и по-

¹ См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22 июля 2019 г. № С01-620/2019 по делу № А17-2656/2018.

пало на рассмотрение в Суд по интеллектуальным правам.

Суд по интеллектуальным правам, проанализировав материалы дела и ст. 1296 ГК РФ, пришел к следующим выводам. Ст. 1296 ГК РФ закрепляет за подрядчиком (исполнителем) право на использование созданного им результата интеллектуальной деятельности, но лишь для собственных нужд и без заключения какого-либо дополнительного договора. Данное право возникает у подрядчика (исполнителя) в силу закона на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии.

Так как законодатель нигде не раскрывает понятие «собственные нужды», то Суд по интеллектуальным правам дал свою интерпретацию данному термину. «Собственные нужды» подрядчика (исполнителя) – это не что иное как его потребность в использовании своего результата интеллектуальной деятельности в своей работе, при этом суд допускает возможность использования произведения и в коммерческой деятельности подрядчика (исполнителя). Однако данное право ограничено, т. е. подрядчик (исполнитель) не вправе распространять созданный им результат интеллектуальной деятельности, заключать в отношении него лицензионные договоры или совершать иные действия подобного рода. Таким образом, можно отметить, что право подрядчика (исполнителя) на использование произведения носит ограниченный характер¹.

Исходя из вышесказанного, также учитываем, что ООО «Арно Архитектура» является юридическим лицом, коммерческой организацией, следовательно, основной целью ее деятельности является извлечение прибыли. Руководствуясь этими положениями, суд приходит к выводу, что размещение на своем сайте спорного дизайн-проекта в целях рекламы и продвижения оказываемых им услуг не является нарушением исключительных прав ООО «АРКАДИЯ ПЛЮС», так как спорный объект использовался подрядчиком (исполнителем) для своих собственных нужд.

Данное дело служит наглядным примером, как подрядчики (исполнители) могут правомерно ис-

пользовать созданное произведение в своих целях, не нарушая при этом прав заказчиков.

3. Сторонами договора заказа на создание произведений являются подрядчик (исполнитель) и заказчик. Как отмечалось ранее, автор – физическое лицо, которое непосредственно создает результат интеллектуальной деятельности, не выступает стороной договора заказа, в противном случае такого рода договор квалифицируется как договор авторского заказа. Если говорить о подрядчике (исполнителе), то данное лицо является стороной договора заказа, как правило, это – юридическое лицо, которое в свою очередь не является автором произведения. При этом важно отметить, что исключительное право на такое произведение принадлежит заказчику, если договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком не предусмотрено иное.

4. В связи с тем, что права и обязанности по договору заказа возникают в момент достижения соглашения, т. е. заключения самого договора, мы делаем вывод, что договор заказа – консенсуальный договор. Однако существует особенность, касаемая исключительного права на произведение. Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный подрядчиком (исполнителем), не может принадлежать заказчику с момента заключения договора заказа.

В первую очередь это связано с тем, что само произведение, которое является предметом договора заказа, еще не создано, следовательно, исключительное право на момент заключения договора не возникло. Таким образом, исключительное право на произведение возникает у заказчика только в момент создания результата интеллектуальной деятельности, а не в момент заключения договора заказа.

5. Еще одной важной характеристикой договора заказа на создание произведений является его возмездность. Цена является чисто договорным условием и включает в себя следующие составляющие:

- во-первых, сама плата за создание авторского произведения по заданию заказчика;
- во-вторых, это вознаграждение, которое причитается автору произведения, в случае если обладатель исключительного права начнет использовать результат интеллектуальной деятельности.

6. Особенности выплаты вознаграждения за создание произведения по договору заказа. Дан-

¹ См.: Трахтенгерц Л. А. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части четвертой (постатейный) / отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. – М. : Инфра-М : Контракт, 2009. – С. 615.

ная сфера регулируется п. 4 ст. 1296 ГК РФ, согласно указанной статье, автор, который не является стороной договора заказа и которому не принадлежит исключительное право на такое произведение, имеет право на вознаграждение. При этом порядок, размер и условия выплаты вознаграждения определяются в соответствии с правилами, которые предусмотрены для выплаты вознаграждения при создании служебного произведения. То есть если обладатель исключительного права в течение трех лет со дня, когда произведение было предоставлено в его распоряжение, начнет его использовать, то у автора возникает право на вознаграждение. Важно отметить, что вознаграждение должно быть справедливым, а также обязанность по выплате вознаграждения автору, создателю результата интеллектуальной деятельности, ложится не на обладателя исключительного права – заказчика, а на подрядчика (исполнителя), т. е. на лицо, которое привлекло автора к созданию произведения. Однако понятие справедливого вознаграждения гражданское законодательство не закрепляет, в связи с чем на практике возникает множество споров, связанных с размером и порядком выплаты вознаграждения. Из-за несуществующих правовых положений в Российской Федерации, отсутствия прецедентного права и отсутствия конкретных формулировок о выплате вознаграждения в договорах заказа судам трудно принять решение о правильности выплаты вознаграждения авторам за создание произведений, в связи с этим мы предлагаем следующие пути решения данной проблемы.

На наш взгляд, термин «справедливое вознаграждение» должен включать в себя вклад автора в создание результата интеллектуальной деятельности, а также другие обстоятельства, такие как рыночная практика и фактическое использование произведения. Предусматривается, что вознаграждение должно быть таким, чтобы обеспечить автору справедливую долю (с учетом всех обстоятельств) выгоды, которую заказчик или подрядчик (исполнитель) извлекли или могут разумно ожидать из созданного произведения. Суды должны иметь право вносить поправки в договор заказа в случае, если вознаграждение, согласованное между сторонами, не является справедливым.

Также для того, чтобы четко определить, когда у автора возникает право на вознаграждение, сторонам договора заказа необходимо отражать

в тексте договора все возможные «способы использования» произведений. Например, право делать оригинальные копии произведений, право рекламировать произведение в фильмах или право рекламировать произведение по телевидению и т. д. Иными словами, необходимо определить индивидуальные режимы эксплуатации и порядок выплаты соответствующего вознаграждения путем введения определенных обязательных юридических требований, так как при заключении договора заказа стороны обязаны указать, какие права передаются, какие способы использования результата интеллектуальной деятельности допустимы, а также какой тип вознаграждения будет предусмотрен за каждый способ использования. Также в договоре обязательно должно быть предусмотрено обязательство автора и подрядчика (исполнителя) сообщать заказчику о создании результата интеллектуальной деятельности.

Данные меры направлены на повышение прозрачности в отношении объема передачи прав, способов использования, размера и условий выплаты вознаграждения, что, в свою очередь, должно помочь уменьшить информационную проблему, с которой сталкиваются авторы, и тем самым улучшить их позицию на переговорах.

Важно отметить, что если исключительное право все-таки принадлежит автору, то в таком случае вознаграждение не выплачивается. Как отмечает Е. А. Салицкая, это является «своего рода компенсацией за лишение работника исключительного права на созданный им результат интеллектуальной деятельности» [2. – С. 117]. Данное положение применимо к авторам по договору заказа на создание произведения постольку, поскольку гражданское законодательство распространяет нормы, касаемые вознаграждения за служебное произведение, на произведения, созданные по заказу.

Также если между сторонами отсутствует соглашение, касаемое вознаграждения автора за произведение, то вопрос решается в судебном порядке.

Что касается существенных условий, т. е. тех положений, которые обязательно должны быть отражены в договоре заказа для признания его действительным, то на законодательном уровне они не закреплены. Поэтому проанализировав научные труды, а также судебную практику, мы пришли к следующему выводу, что к существен-

ным условиям договора на создание произведений относятся:

1) предмет договора. Стоит отметить, что предмет договора – это создание произведения, описание которого должно быть подробно изложено в договоре заказа. В судебной практике имеется много случаев, когда договор заказа признавался недействительным, поскольку в нем отсутствовало условие о предмете либо предмет договора был определен неоднозначно;

2) срок создания произведения. Что касается срока выполнения договора, то он определяется по усмотрению сторон. Закон не регулирует минимальные и предельные сроки выполнения договора заказа, но регулирует нарушение этих сроков. Как нами было отмечено ранее, при нарушении условий договора заказа стороны несут гражданско-правовую ответственность;

3) условие об отчуждении исключительного права на произведение. Как было сказано ранее, по умолчанию исключительное право принадлежит заказчику и в договоре такого рода условие может отсутствовать. Однако если стороны меняют условие, предусмотрев, что исключительное право на авторское произведение переходит к подрядчику (исполнителю), то оно обязательно должно быть включено в текст договора и является существенным условием;

4) размер вознаграждения автора (при условии, что исключительное право ему не принадлежит).

Еще один момент, на который хотелось бы обратить внимание, касается формы договора заказа на создание произведения. На законодательном уровне он не урегулирован, но в теории и практике сформировался единый подход. Так, негласно закреплено, что договор заказа должен быть заключен в письменной форме, несоблюдение простой письменной формы влечет недействительность такого договора. Письменная форма должна быть соблюдена независимо от предмета договора, его субъектного состава или других условий. Такого рода договор не требует государственной регистрации.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, подведем основные итоги проведенного научного исследования.

Во-первых, в качестве предмета договора заказа на создание произведений выступают программы для ЭВМ, базы данных и иные произведения, а в качестве сторон договора выступают подрядчик (исполнитель) и заказчик.

Во-вторых, договор заказа является консенсуальным и возмездным договором, т. е. как только правообладатель исключительного права начнет использование результата интеллектуальной деятельности, у автора возникнет право на вознаграждение, которое выплачивается исключительно подрядчиком (исполнителем). Порядок, размер и условия выплаты такого вознаграждения устанавливаются в соответствии с правилами, которые предусмотрены для служебных произведений.

В-третьих, исключительное право на авторское произведение по общему правилу принадлежит заказчику. Однако стороны могут договориться об обратном, что исключительное право будет принадлежать подрядчику (исполнителю), при этом, как говорилось ранее, не зависимо от того, кому будет принадлежать исключительное право, обязанность по выплате вознаграждения автору произведения лежит на подрядчике (исполнителе).

В случае отсутствия между сторонами соглашения о порядке выплаты вознаграждения автору произведения данный вопрос разрешается в судебном порядке.

И в-четвертых, исходя из анализа основных признаков договора и его существенных условий нами было сформулировано следующее определение договора заказа на создание произведений. По договору заказа на создание произведения подрядчик (исполнитель) обязуется по заказу заказчика создать в установленный срок обусловленную договором программу для ЭВМ, базу данных или иное произведение и передать заказчику исключительное право на созданное произведение в установленных договором пределах.

Список литературы

1. *Гаврилов Э., Гаврилов К.* Договоры заказа на создание авторских произведений // Хозяйство и право. – 2013. – № 3 (434). – С. 28–45.
2. *Салицкая Е. А.* Выплата вознаграждения авторам служебных результатов интеллектуальной деятельности: правовые аспекты // Наука. Инновации. Образование. – 2014. – № 15. – С. 110–117.
10. *Сова В. В.* Классификация и содержание договоров в сфере интеллектуальной собственности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2012. – С. 9 – 10.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-40-46>

Правовое регулирование закупок для государственных нужд в Российской Федерации и США: сравнительный анализ

В. А. Щербаков

кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых и уголовно-правовых дисциплин РЭУ им. Г. В. Плеханова.

Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова», 117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.

E-mail: v_scherbakov-rea@mail.ru

Legal Regulation of Procurement for State Needs in the Russian Federation and the USA: a Comparative Analysis

V. A. Scherbakov

PhD in Law Sciences, Associate Professor

of the Department of State and Criminal Legal Disciplines of the PRUE.

Address: Plekhanov Russian University of Economics, 36 Stremyanny Lane, Moscow, 117997, Russian Federation.

E-mail: v_scherbakov-rea@mail.ru

Аннотация

В статье проводится сравнение некоторых аспектов размещения, заключения и управления государственными договорами в Российской Федерации и в Соединенных Штатах Америки. Автор статьи обосновывает, что государственное регулирование и развитие отдельных отраслей промышленности с помощью государственных заказов является широко распространенным явлением и имеет место не только в Российской Федерации, но и в зарубежных государствах, в частности в США. В работе рассмотрены нормативные акты, регулирующие процесс проведения закупок для государственных нужд в Российской Федерации и Соединенных Штатах Америки (в основном рассмотрен федеральный уровень нормативного регулирования). В статье проанализирован опыт, а также положительные и отрицательные стороны заключения рамочных договоров в США. Автор рассматривает типы государственных договоров, принятых для привлечения исполнителей государственных заказов. Особый интерес вызывают функции контрактного офицера в США как участника государственных закупок в сравнении с функциями контрактного управляющего, закрепленными в российском законодательстве. В статье в основном применяется сравнительно-правовой метод. Автором статьи выявлены как недостатки некоторых способов регулирования процессов размещения государственных заказов, так и направления возможного совершенствования правового регулирования этих отношений в Российской Федерации.

Ключевые слова: государственные закупки, государственный контракт, зарубежный опыт, государственные закупщики, размещение государственных заказов, процедуры государственных закупок, рамочный договор, контрактный управляющий, государственно-частное партнерство.

Abstract

The article examines a comparison of some aspects of the placement, conclusion and management of state contracts in Russian Federation and United States of America. The author argues that public regulation and the development of specific industries through public procurement is a widespread phenomenon, and takes place not only in Russia but also abroad, particularly in the United States of America. The paper considers some regulations governing the entire process of procurement for government needs (basically, the federal level of regulatory regulation). Also, the article analyzes the experience to enter into framework contracts in the United States, the positive and negative sides to enter this type of contract. The author briefly examines the types of government contracts adopted to attract executors of government orders. Of particular interest is the role and functions of a contract officer in the United States as a participant of public procurement procedure in comparison with the role of a contract manager in Russian law. The article mainly uses the comparative legal method. The author of the article reveals both the shortcomings of some methods of regulating the processes of placing state

orders, and the directions of possible improvement of the legal regulation of these relations in the Russian Federation.

Keywords: public procurement, government contract, experience of foreign countries, foreign experience, government purchasers, placement of government orders, public procurement procedures, framework agreement, contract manager, public-private partnership.

Рынок закупок для государственных нужд уже давно представляет для хозяйствующих субъектов большой интерес. В первую очередь это связано с тем, что в большинстве государств на удовлетворение государственных нужд направляются значительные финансовые средства, получение которых привлекает возможных исполнителей государственных заказов.

Вместе с тем в США для привлечения потенциальных исполнителей государственных контрактов к заключению договоров законодательство предусматривает и дополнительные меры стимулирования: налоговые скидки, предоставление имущества и оборудования на льготных условиях, проведение переподготовки кадров организаций-исполнителей за государственный счет [5].

Государства расходуют на рынке госзакупок заметную часть ВВП. Эксперты отмечают данную особенность и указывают, что в ряде развитых и развивающихся стран «объем государственных закупок составляет от 10 до 30% ВВП» [6].

По оценке специалистов, в США на федеральные государственные закупки федеральный бюджет ежегодно тратит 25% ВВП страны. Кроме того, экспертами отмечается, что федеральными государственными контрактами в США охвачено до 15% всей рабочей силы в стране [4. – С. 10].

Как подчеркивают аналитики, за рубежом сектор государственных закупок формирует для коммерческих структур «устойчивый и весьма выгодный рынок сбыта» [1. – С. 54–55]. Государственные закупки для некоторых отраслей, частных подрядчиков весьма важны. Так, например, многие корпорации в США, в частности военно-промышленные, существуют только по причине того, что правительство США закупает их продукцию.

Представленные данные говорят о весьма крупной доле рынка государственных закупок в объеме экономики развитых стран. Ранее мы уже приводили аналогичный тезис с опорой на соответствующие источники, кроме того, отмечалось, что практически везде государство – самый крупный покупатель, а в странах с переходной эконо-

микой доля государственных закупок в национальном бюджете достигала 50% [7. – С. 189].

Как в России, так и за рубежом, в ряде секторов экономики главным средством поддержания их функционирования является именно государственное регулирование. В первую очередь это касается отраслей и секторов, деятельность которых направлена на решение крупномасштабных стратегических задач (образование, фундаментальная наука, авиастроение, космическая и атомная промышленность, оборона и безопасность государства и общества и др.). Здесь частные инвестиции, как правило, сопряжены с высоким предпринимательским риском, возможной невысокой окупаемостью, либо возможностью получить прибыль только лишь в отдаленной перспективе [7]. В связи с таким положением дел для развития этих отраслей и секторов экономики правительствам и в России, и в зарубежных странах потребуются и/или прямые государственные финансовые вложения, и/или привлечение средств через механизмы государственно-частного партнерства. Чаще всего это касается именно контрактной системы закупок для государственных нужд.

Так, можно согласиться с тезисом Ф. А. Тасалова о сомнительности позиции, распространенной среди некоторых отечественных экономистов о якобы имеющем место значительном ограничении государства в экономике стран Западной Европы и США. Автор подчеркивает, что теория и практика федеральной контрактной системы США если не демонстрируют обратное, то ставят обозначенную позицию таких экономистов под сомнение [4].

В Российской Федерации правовое регулирование в области государственных закупок можно условно разделить на два этапа. На первом действовал Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». На втором этапе на смену названному закону пришел Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных

ных и муниципальных нужд» (далее – ФЗ № 44), который действует и в настоящее время. Примечательно, что Всемирным банком среди членов Организации экономического сотрудничества и развития было проведено исследование «Сравнительный анализ государственных закупок 2017», по итогам которого Российская Федерация заняла 11-е место в рейтинге [6]. Данный факт говорит о том, что, с одной стороны, действующий в период составления рейтинга ФЗ № 44 был высоко оценен на международном уровне, однако, с другой стороны, о том, что в зарубежных правовых порядках отмечены более эффективные решения в области государственных закупок. В связи с этим представляют интерес особенности правового регулирования иностранных систем государственных закупок, в частности в США.

Одним из центральных актов в сфере федеральных государственных закупок в США специалисты называют Правила планирования, размещения и исполнения государственного заказа. Данный акт действует на федеральном уровне, а на уровне штатов есть свое нормативное регулирование в области государственных закупок. На наш взгляд, это несколько усложняет общую систему закупок в стране.

Отметим, что в США не так много актов общегосударственного действия. Так, кроме названных Правил, в США в сфере заключения договоров в качестве общего документа действуют Единый торговый кодекс (ЕТК) и Единообразный закон «Об электронной форме сделок», который, в отличие от ЕТК, запрещает отдельным штатам вносить изменения в положения этого закона, когда он становится законом штата. Примечательно, что «предпринимательские договоры, в которых участвуют публично-правовые образования, регулируются законами штатов ...о ведении определенных видов деятельности... обеспечивающих государственные (федеральные) и муниципальные (города, района, графства) нужды» [2].

Еще раз отметим, что в вопросах обеспечения государственных нужд передача большей части нормативного регулирования регионам (штатам, графствам), как это принято в США, только запутывает подрядчиков. Централизованное регулирование отношений в сфере государственных закупок, как это имеет место в Российской Федерации, представляется более привлекательным, упорядоченным и способствует обеспечению единого экономического пространства страны.

Для заключения государственных контрактов нормативная база США предусматривает модель стандартных государственных договоров [6]. Так, в США разработаны многочисленные формы федеральных контрактов на поставку стандартных товаров и сырья, проведение фундаментальных исследований, оказание жилищно-коммунальных услуг (по мнению специалистов, один лишь Пентагон использует до 50 видов государственных контрактов [1. – С. 55]). Для учета и отслеживания всех государственных контрактов в США в 1978 г. был учрежден Федеральный банк данных о государственных контрактах.

В Российской Федерации для осуществления государственных закупок разработано более 10 типовых контрактов.

Говоря о стандартных контрактах, отметим, что специалисты выделяют обычно всего 4 типа таких договоров:

1) контракт с *фиксированной ценой* – цена не может изменяться;

2) контракт с *оплатой затрат* и выплатой *установленного вознаграждения* (применяется, когда предварительно невозможно установить точную стоимость работ, услуг);

3) контракт с *оплатой затрат*, но без *выплаты вознаграждения* (применяется, когда исполнитель договора получит новые технологии и будет вправе их использовать в своей коммерческой деятельности, извлекая прибыль);

4) контракт с *оплатой затрат* и с *выплатой поощрительного вознаграждения* (применяется, если исполнитель сможет уменьшить затраты и сэкономить средства бюджета, тогда из сэкономленных средств ему будет выплачено поощрительное вознаграждение) [6];

В Российской Федерации применяется только первый тип контрактов, а в США – и первый, и второй.

Вместе с тем в США распространена практика рамочных договоров, которые применяются для обеспечения повторяющихся потребностей государственного заказчика в товарах, услугах, работах.

По мнению специалистов, одной из главных целей применения системы рамочных договоров является централизация государственных закупок. Такая централизация позволяет установить более жесткий контроль над издержками государственного заказчика и упорядочить его договорную деятельность. Однако, по утверждению

специалистов, система рамочных договоров несет в себе и определенные недостатки:

- риск монополизации предложения данного товара для государственных закупок либо формирования олигополий поставщиков (государственные заказчики, применяющие систему централизации госзакупок, отдают предпочтение только крупным исполнителям);

- стандартизация положений рамочных договоров – предельно возможное обобщение в таких договорах характеристик закупаемых товаров, работ и услуг не дает возможности государственным заказчикам в полной мере обеспечить свои нужды [3].

Практика рамочных договоров в США неоднозначна с точки зрения поддержания конкуренции (в некоторых отраслях промышленные гиганты существуют во многом в силу заключенных государственных договоров с федеральным правительством).

В США разрешенная продолжительность действия рамочных договоров может быть растянутой во времени. Защита же конкуренции, как указывают специалисты, осуществляется посредством разрешения присоединения к рамочному соглашению новых поставщиков с их обязательством поставлять товары государственным заказчикам по ценам не выше рыночных [3]. Как представляется, такое присоединение во многом лишает новых поставщиков самостоятельности, если при первоначальном заключении рамочных договоров у них была возможность оговорить другие условия договора, кроме цены.

Отметим, что в США контрагенты для заключения рамочного соглашения могут отбираться как по результатам конкурентной, так и неконкурентной процедуры. Для привлечения потенциальных контрагентов в соответствующем извещении указывается, что отборочная процедура реализовывается с целью заключения рамочного соглашения, а на базе этого соглашения возможно заключение государственного контракта. По усмотрению заказчика детализация условий государственной закупки может быть проведена либо при заключении рамочного соглашения, либо при заключении государственного контракта. Таким образом, по условиям заключения рамочных соглашений в США заказчику не потребуется заключать государственный контракт. При этом отклик потенциального исполнителя на извещение о заключении рамочного договора может и не

привести к заключению самого государственного договора.

Некоторые коллеги отмечают схожесть процедур заключения государственных договоров через рамочные соглашения в США и российской процедуры заключения государственных договоров при осуществлении закупок путем проведения запроса котировок в целях оказания гуманитарной помощи либо ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера, предусмотренной Федеральным законом № 44 [6]. Отечественный способ отбора контрагентов по ценовому критерию предусматривает предварительный запрос котировок.

Особую роль в жизненном цикле государственного контракта в США играет так называемый *контрактный офицер*. Отметим, что его аналогом в правовом пространстве регулирования государственных закупок в Российской Федерации, может быть признан институт контрактного управляющего (напомним, что в соответствии с ч. 2 ст. 38 ФЗ № 44, если: 1) совокупный годовой объем закупок заказчика не превышает 100 млн руб. и 2) у заказчика отсутствует контрактная служба, то такой государственный заказчик может назначить должностное лицо, ответственное за осуществление закупки или нескольких закупок, включая исполнение каждого контракта, – контрактного управляющего).

Таким образом, следует признать, что институт контрактных управляющих – это частный случай контрактной службы. Кроме того, согласимся с коллегами, что: 1) в России еще не сформировано профессиональное сообщество контрактных управляющих и 2) в США контрактный офицер выступает гарантом соблюдения интересов государства в контрактных расходах и доходах, а в Российской Федерации контрактный управляющий всего лишь несет персональную ответственность за соблюдением требований законодательства о государственных закупках [6].

В связи с вышеизложенным полагаем, что нельзя признать российский институт контрактных управляющих полноценным аналогом института контрактных офицеров в США, поэтому данный субъект правоотношений представляет для нас особый интерес.

Специалисты определяют контрактного офицера как «управляющего федеральными конт-

рактами от момента их заключения до момента прекращения их существования»¹.

Контрактный офицер в США – это служащий федеральных органов исполнительной власти, обладающий высокой квалификацией, которому предоставлена особая лицензия (сертификат), дающая право занимать эту должность. Общая численность контрактных офицеров в США достигает 20 тыс. человек.

Данному чиновнику, как правило, предоставляется аппарат помощников для реализации его функций. По оценке специалистов, общая численность сотрудников в таких аппаратах на федеральном уровне достигает 80 тыс. человек². Таким образом, в распоряжении одного контрактного офицера находится в среднем 4 помощника.

Исходя из нормативного регулирования США контрактный офицер имеет много функций, которые зависят от особенностей каждого конкретного федерального заказчика или подрядчика, а также федерального контракта. Выделим основные функции контрактных офицеров. Сюда входит определение:

- наличия конкуренции в государственных торгах;
- формы, в которой будут проведены торги;
- границ ценового диапазона федерального контракта;
- степени исполнения федерального контракта;
- необходимости досрочно завершить федеральный контракт.

Жизненный цикл федерального государственного контракта делится на три этапа, которым соответствуют следующие типы контрактных офицеров:

1) размещение федерального контракта – ответственным является контрактный офицер по размещению контрактов;

2) исполнение федерального контракта – ответственным выступает контрактный офицер по выполнению контрактов;

3) досрочное прекращение федерального контракта – ответственным является контрактный офицер по прекращению контрактов.

Рассмотрим статус и функции соответствующих контрактных офицеров более подробно.

Контрактный офицер по размещению контрактов состоит в аппарате управления соответствующего федерального ведомства, которое размещается или в столице США, или в одном из 12 территориальных (региональных) центров федерального правительства. В круг задач, контролируемых данным офицером, входят следующие:

- опубликование условий федерального контракта;
- определение цены контракта;
- проведение переговоров по размещению контракта;
- изменение контракта при необходимости;
- организация государственных торгов для размещения госконтракта.

Контрактному офицеру данного типа предоставлено право утверждать цену федерального государственного контракта, но предельная цена варьируется в зависимости от того, интересы какого ведомства представляет офицер. Он может утвердить стоимость контракта в диапазоне от 2 000 долларов до 10 млн долларов, если контракт заключается для военных ведомств США, и в диапазоне от 2 000 долларов до 5 млн долларов, если контракт заключается для гражданских ведомств. Если же цена договора выше установленного диапазона (до 100 млн долл.), то такой договор утверждается уже не контрактным офицером, а заместителем главы соответствующего ведомства.

Контрактный офицер по выполнению контрактов действует как представитель федерального правительства на стадии осуществления уже заключенного федерального контракта (обычно он подключается к работе после контрактного офицера по размещению контрактов). Такой офицер в основном осуществляет контроль за всеми действиями федерального исполнителя. В случае, если офицер приходит к выводу, что исполнитель не нарушает государственный договор и не отклоняется от государственного задания, то офицер дает указание государственному заказчику профинансировать расходы исполнителя.

¹ Галанов В. А., Гришина О. А., Шибеев С. Р. Зарубежный опыт закупочной деятельности государства : учебно-методическое пособие. – М. : Инфра-М, 2010. – С. 128.

² См.: Там же. – С. 126.

Среди основных функций контрактного офицера по выполнению контрактов можно выделить:

- контроль за финансированием государственного контракта;
- контроль обладания исполнителем необходимыми лицензиями;
- утверждение субподрядчиков исполнителя и контроль за их работой;
- охрана государственной тайны и обеспечение при необходимости общего режима секретности.

В отличие от первого типа офицеров, контрактный офицер по выполнению контрактов и его аппарат, как правило, должны располагаться непосредственно у исполнителя государственного договора (на заводах, в лабораториях, на полигонах и т. д.).

Контрактный офицер по прекращению контрактов вступает в дело как представитель правительства США в случае, если наступила необходимость в досрочном порядке прекратить исполнение федерального контракта. В связи с тем, что данный чиновник, фактически, является ликвидатором ранее заключенного договора, данному офицеру присущи соответствующие специфические функции:

- инвентаризация всех ценностей;
- контроль за ликвидационными действиями сотрудников исполнителя контракта;
- разрешение споров сторон прекращаемого государственного контракта;
- списание расходов по прекращаемому государственному контракту;
- проведение проверок действительности претензий исполнителя прекращаемого государственного контракта;
- ликвидация и/или передача соответствующим организациям баз данных секретного характера.

Таким образом, проведенный анализ некоторых аспектов регулирования организации государственных закупок в Российской Федерации и США позволяет выбрать те, которые могут быть востребованы на российском правовом поле. Необходимость тщательного и удобного для всех участников правового регулирования государственных закупок диктуют и масштабные объемы финансирования для удовлетворения государственных нужд, и их важность в процессе управления общественными запросами, особенно в долгосрочной перспективе.

Возможность централизации государственных закупок в ряде направлений принесет экономию и упорядоченность, но потребует соблюдения баланса во избежание потери конкуренции на данных рынках. Возможно также повышение привлекательности рынка государственных закупок со взвешенным внедрением управляющих государственными закупками (определенного уровня), обладающих рядом свобод и полномочий по примеру контрактных офицеров США.

Список литературы

1. *Андреева Л. В.* Закупки товаров и энергосервисных работ для федеральных государственных нужд: правовое регулирование : монография. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Волетрс Клувер, 2011.
2. *Договоры в гражданском праве зарубежных стран* : монография / отв. ред. С. В. Соловьева. – М. : ИЗиСП : НОРМА : ИНФРА-М, 2018.
3. *Свининых Е. А.* Рамочный контракт как средство централизации государственных закупок // Публичные закупки: проблемы правоприменения : материалы Всероссийской научно-практической конференции (6 июня 2014 г.). – М. : Юстицинформ, 2014.
4. *Тасалов Ф. А.* Контрактная система в сфере государственных закупок России и США: сравнительно-правовое исследование : монография. – М. : Проспект, 2016.
5. *Федорович В. А., Патрон А. П., Заварухин В. П.* США: Федеральная контрактная система: механизм регулирования государственного хозяйствования. – М. : Наука, 2002.
6. *Шевченко Л. И., Григорян Т. Р.* Правовое регулирование государственных закупок в России и США: сравнительный анализ // Российская юстиция. – 2020. – № 8. – С. 28–30.
11. *Щербаков В. А.* Государственный заказ, как фактор развития экономики // Россия: тенденции и перспективы развития : сборник научных статей РАГС, ИНИОН, СЗАГС. – Вып. 5. – Ч. 1 / под общ. ред. В. К. Егорова, А. С. Горшкова, В. М. Герасимова, М. А. Кашиной. – М. : Изд-во РАГС, 2006. – С. 187–190.

Международно-правовое регулирование энергетического сотрудничества Российской Федерации и Южно-Африканской Республики

А. Е. Винокурова

преподаватель кафедры иностранных языков МГИМО МИД России,
соискатель ученой степени кандидата юридических наук кафедры международного права
МГИМО МИД России.

Адрес: ФГАОУ ВО «Московский государственный институт международных отношений (университет)
Министерства иностранных дел Российской Федерации»,
119454, г. Москва, проспект Вернадского, 76.
E-mail: endanastasia@mail.ru

International Legal Framework for Energy Cooperation Between the Russian Federation and the Republic of South Africa

A. E. Vinokurova

lecturer of the Department of foreign languages MGIMO University,
Candidate for a PhD in Law, International Law Department, MGIMO University.
Address: MGIMO University, 76, Prospect Vernadskogo Moscow, Russia, 119454.
E-mail: jkrokhina@mail.ru

Аннотация

В статье проведен комплексный анализ международно-правовых актов, регулирующих сотрудничество России с ЮАР в области энергетики. Теоретико-методологическую основу исследования составили такие методы формальной логики, как методы теоретического и правового анализа, синтеза, обобщения и аналогии, а также сравнительно-правовой метод. Научная новизна статьи обусловлена тем, что настоящая работа является первым исследованием, в котором обобщены, систематизированы и проанализированы международно-правовые акты, регулирующие сотрудничество России с ЮАР в области энергетики. Автором выявлены тенденции международно-правового регулирования энергетического сотрудничества России с ЮАР и отрасли энергетики, в которых его развитие возможно. Установлено, что между Россией и ЮАР заключено небольшое число международных договоров в области энергетики. Особое значение представляет межправительственное соглашение о сотрудничестве в сфере энергетики, в котором закрепляются общие рамки международного сотрудничества государств в сфере энергетики. В области мирного использования атомной энергии межправительственным договором в области мирного использования атомной энергии устанавливается перечень отдельных направлений сотрудничества в данной области, при этом конкретных проектов для реализации не предусмотрено. Учитывая проблемы дефицита энергии и потребности в иностранных инвестициях ЮАР, делается вывод о необходимости заключения с ЮАР взаимовыгодных международных договоров о строительстве энергетических объектов, сопровождаемых предоставлением Россией государственного кредита для целей проектов. Такой механизм позволил бы российским компаниям увеличить объемы присутствия в энергетической отрасли ЮАР.

Ключевые слова: правовое регулирование, международные договоры, ЮАР, Россия, БРИКС, энергетика, сотрудничество, атомная энергетика, энергетическое сотрудничество, международное право, международно-правовое регулирование, энергетическое право.

Abstract

The article provides a comprehensive analysis of the international legal acts concerning cooperation between Russia and South Africa in the field of energy. The theoretical and methodological basis of the study is formed by such methods of formal logic as methods of theoretical and legal analysis, synthesis, generalization and analogy, as well as the comparative method of legal study. The scientific novelty of the research is a reflection of the fact that it is the first study in which international legal acts concerning cooperation between Russia and South Africa in the field of energy are summarized, systematized and analyzed. The author has identified trends in the international legal

framework for energy cooperation between Russia and South Africa and the energy sectors in which its development is possible. It is found that few international agreements in the field of energy have been concluded between Russia and South Africa. The intergovernmental agreement on cooperation in the field of energy, which establishes the general framework for international cooperation between the states in the field of energy, is of special importance. In the field of the peaceful use of atomic energy there is an intergovernmental treaty on the peaceful use of atomic energy that establishes a list of certain specific areas of cooperation in this field, while there are no certain projects for implementation. Taking into account the problems of energy shortage and the need for foreign investment in South Africa, it is concluded that mutually beneficial international agreements with South Africa on the construction of energy facilities should be celebrated, being accompanied by the provision of a state loan by Russia for the purposes of projects. Such a mechanism would allow Russian companies to expand their presence in the energy sector of South Africa.

Keywords: legal framework, international treaties, South Africa, Russia, BRICS, energy, cooperation, nuclear energy, energy cooperation, international law, international legal regulation, energy law.

1. *Общие рамки международно-правового регулирования сотрудничества России и ЮАР в области энергетики.*

В последние годы Россия предпринимает усилия по возобновлению сотрудничества с Африкой и расширению своей роли в сырьевой промышленности континента, используя сложившиеся в советское время двусторонние отношения и влияние, чтобы получить еще больший доступ к природным ресурсам Африки¹ и установить энергетическое сотрудничество. На данный момент наряду с *Соглашением между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о торгово-экономическом сотрудничестве от 22 октября 1993 г.*², *Соглашением между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доход от 27 ноября 1995 г.*³, *Соглашением между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о поощрении и взаимной защите капита-*

*ловложений от 23 ноября 1998 г.*⁴ основными двусторонними международными договорами, которые регулируют общие рамки международно-правового регулирования сотрудничества Российской Федерации и Южно-Африканской Республики, являются нижеследующие международные договоры, заключенные после восстановления прерванных в 1956 г. консульских отношений⁵ и после установления дипломатических отношений в 1992 г.⁶:

*Декларация о принципах дружественных отношений и партнерства, подписанная Президентом Российской Федерации и Южно-Африканской Республики от 29 апреля 1999 г.*⁷ (далее – Декларация 1999 г.) считается первым документом международно-правового характера, в котором Россия и ЮАР заявили о своем намерении развивать «отношения всестороннего

¹ См.: Insight from Moscow: Russia strengthens African ties in energy and raw materials // S&P Global Platts. – URL: <https://www.spglobal.com/platts/en/market-insights/blogs/oil/071720-insight-from-moscow-russia-strengthens-african-ties-in-energy-and-raw-materials>

² См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о торгово-экономическом сотрудничестве от 22 октября 1993 г. // Бюллетень международных договоров. – 1994. – № 7. – С. 66–68.

³ См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доход от 27 ноября 1995 г. // Бюллетень международных договоров. – 2001. – № 9. – С. 44–58.

⁴ См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 23 ноября 1998 г. // Бюллетень международных договоров. – 2001. – № 9. – С. 31–37.

⁵ См.: Протокол между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Южно-Африканской Республики о восстановлении консульских отношений от 9 ноября 1991 г. // Официальный сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации. – URL: <https://www.mid.ru/>

⁶ См.: Совместное заявление об установлении дипломатических отношений между Российской Федерацией и Южно-Африканской Республикой от 28 февраля 1992 г. // Официальный сайт Историко-Документального Департамента Министерства иностранных дел Российской Федерации. – URL: <https://idd.mid.ru/-/rossia-uar?inheritRedirect=false>

⁷ См.: Декларация о принципах дружественных отношений и партнерства, подписанной Президентом Российской Федерации и Южно-Африканской Республики от 29 апреля 1999 г. // Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации «Кодекс». – URL: <https://docs.cntd.ru/document/901742095>

практического партнерства» (п. 1). В Декларации предусмотрена обязанность сторон предпринять усилия «по сохранению <...> природных богатств и оптимальному использованию невозобновляемых ресурсов» (п. 9), а также «по созданию благоприятных условий для долговременного развития торгово-экономического сотрудничества» (п. 13). В том числе указывается намерение сторон развивать сотрудничество в сфере производства электроэнергии. Торгово-экономическое сотрудничество должно расширяться с помощью определенных Декларацией мер. Так, необходимой мерой является развитие нормативно-правовой базы, направленной на развитие торговли и привлечение инвестиций. Помимо этого, стороны должны обмениваться «информацией и опытом в области минералов и минерального сырья» и т. д.

В ходе первого визита Президента России В. В. Путина в ЮАР в 2006 г. [3. – С. 30] был подписан *Договор о дружбе и партнерстве между Российской Федерацией и Южно-Африканской Республикой от 5 сентября 2006 г.*¹ (далее – Договор 2006 г.), который поспособствовал созданию международно-правовой базы в области развития всестороннего сотрудничества между Россией и ЮАР, а также стал основой двусторонних отношений, как это заявляется в выше-рассмотренной Декларации 1999 г. Среди обязанностей сторон, которые определяются Договором 2006 г., можно выделить: обеспечение «условий для устойчивого развития стран континента» (п. 11 ст. 2), координацию усилий «в целях охраны глобальной окружающей среды, природных богатств и оптимального использования невозобновляемых ресурсов» (п. 2 ст. 3), создание «благоприятных условий для долговременного развития торгово-экономического сотрудничества между двумя государствами» (п. 5 ст. 3), развитие сотрудничества в сфере производства электроэнергии (п. 7 ст. 3). Необходимо отметить, что формулировки некоторых положений из Декларации 1999 г. повторяются в тексте Договора 2006 г.

В ходе второго визита Президента России В. В. Путина в ЮАР в 2013 г. была подписана *Совместная декларация об установлении всеобъемлющего стратегического партнерства*

*между Российской Федерацией и Южно-Африканской Республикой от 26 марта 2013 г.*² (далее – Декларация 2013 г.), придавшая двусторонним отношениям «качественно новый характер» (преамбула). Декларацией 2013 г. предусматривается масштабное сотрудничество в определенных областях. В области политического взаимодействия стратегическое партнерство государств, согласно положениям Декларации 2013 г., заключается в углублении сотрудничества в рамках объединения БРИКС; в области торговли и экономики – в углублении и диверсификации «взаимодействия в таких приоритетных областях, как <...> минеральные ресурсы, энергетика, в том числе ядерная». Отметим, что в Декларации 2013 г. отдельно выделяется ядерная энергетика как основной вид энергетического сотрудничества России и ЮАР.

*Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о сотрудничестве в области разведки, добычи, переработки и обогащения полезных ископаемых от 28 апреля 1999 г.*³ (далее – Соглашение 1999 г.) было подписано в целях установления сотрудничества «в области разведки, добычи, переработки и обогащения полезных ископаемых» между государствами (преамбула). Соглашением 1999 г. устанавливается, что по вопросам использования минеральных ресурсов стороны должны установить и развивать именно «прямые связи между предприятиями, учреждениями, компаниями и организациями обо-их государств» (ст. 1). В Соглашении 1999 г. определен неисчерпывающий перечень основных направлений, по которым стороны обязаны осуществлять сотрудничество в данной области: «обмен информацией по технологиям и научным разработкам; мониторинг минеральных ресурсов; <...>; внедрение новых технологий в области разведки, добычи, переработки и обогащения полезных ископаемых; марке-

¹ См.: Договор о дружбе и партнерстве между Российской Федерацией и Южно-Африканской Республикой от 5 сентября 2006 г. // Бюллетень международных договоров. – 2009. – № 8. – С. 28–31.

² См.: Совместная декларация об установлении всеобъемлющего стратегического партнерства между Российской Федерацией и Южно-Африканской Республикой от 26 марта 2013 г. // Официальный сайт Администрации Президента Российской Федерации. – URL: <http://www.kremlin.ru/supplement/1428/print>

³ См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о сотрудничестве в области разведки, добычи, переработки и обогащения полезных ископаемых от 28 апреля 1999 г. // Бюллетень международных договоров. – 1999. – № 9. – С. 73–75.

тинг полезных ископаемых» и др. Сотрудничество осуществляется в определенных Соглашением формах, а именно: путем обмена специалистами и информацией, «содействия реализации заинтересованными организациями Сторон совместных проектов изучения и освоения месторождений полезных ископаемых на территориях Российской Федерации, Южно-Африканской Республики и третьих стран» и т. д. (ст. 2). Подчеркнем, что для любой из форм сотрудничества должны быть определены «конкретные этапы реализации, порядок и сроки оформления документации о совместной деятельности» для непосредственно заинтересованных организаций сторон, которые будут осуществлять данное сотрудничество (ст. 3).

Подписывая *Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о сотрудничестве в сфере энергетики от 26 марта 2013 г.*¹ (далее – Соглашение 2013 г.), стороны стремились углубить взаимовыгодное сотрудничество в сфере энергоэффективности и возобновляемых источников энергии. Взаимная заинтересованность состояла в установлении неразрывной связи экономического развития и энергетической безопасности обоих государств с «наличием, доступностью и эффективным использованием топливно-энергетических ресурсов с учетом требований безопасности и защиты окружающей среды» (преамбула). В целях содействия энергетическому сотрудничеству и развития совместной деятельности в этой сфере было определено десять принципов, на основе которых должно осуществляться сотрудничество, среди которых: «обеспечение недискриминационного доступа к международным энергетическим рынкам, их открытие и повышение их конкурентоспособности, <...>, содействие обеспечению непрерывности поставок продукции энергетики на международные рынки в том числе через транзитные системы, признание неделимости вопросов, связанных с устойчивой глобальной энергетической безопасностью, и взаимозависимости всех участников мирового энергетического рынка, <...>, поощрение и защита инвестиций, включая осу-

ществление новых инвестиций в сфере энергетики, <...>, продвижение инфраструктурных проектов, имеющих важное значение для обеспечения глобальной и региональной энергетической безопасности» и др. (ст. 2). В настоящее время такие принципы, как недискриминационный доступ и транспарентность, поощрение инвестиций в сфере энергетики и продвижение инфраструктурных проектов, устойчивая энергетическая безопасность учитывают весь спектр элементов, необходимых для регулирования двустороннего и многостороннего энергетического сотрудничества между субъектами международного права, отвечая современным вызовам в области энергоресурсов. Развитие сотрудничества, основанного на вышерассмотренных принципах, происходит в таких областях, как «нефтегазовый комплекс, электроэнергетика, угольная промышленность, энергоэффективность, возобновляемые источники энергии». Список форм сотрудничества не ограничен, однако при любых других формах сотрудничества сторонам необходимо согласовать их в письменной форме. В число форм сотрудничества стороны включили в частности реализацию «совместных проектов в области добычи, транспортировки, переработки, очистки, хранения, продажи и использования нефти, природного газа, угля и других энергетических ресурсов, электрогенерации, экспорта и импорта электроэнергии»; «создание, финансирование и оснащение совместных предприятий в сфере электрогенерации с использованием технологий, оборудования и материалов производства Российской Федерации, Южно-Африканской Республики или третьих стран с учетом коммерческой целесообразности указанных выше проектов», развитие партнерских отношений и др. (ст. 3). Рабочая группа, созданная для реализации энергетического сотрудничества в соответствии с положениями Соглашения 2013 г., выполняет задачи по разработке программ сотрудничества, оценке и мониторингу их реализации, а также по рассмотрению других вопросов, возникающих в этой области (ст. 5). Кроме того, в Соглашении предусматривается сохранение режима конфиденциальности относительно тех итогов или результатов о программах сотрудничества, которые не опубликованы. Опубликование отчетов о программах сотрудничества происходит «только с предварительного письменного согласия компетентных органов» – Министерства энергетики Российской Федерации и Министерства энергетики Южно-Африканской Республики.

¹ См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о сотрудничестве в сфере энергетики от 26 марта 2013 г. // Бюллетень международных договоров. – 2018. – № 8. – С. 29–33.

*Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о научно-техническом сотрудничестве от 14 октября 2014 г.*¹ (далее – Соглашение 2014 г.) сменило *Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о научно-техническом сотрудничестве от 13 сентября 1993 г.* В качестве основного критерия осуществления научно-технической деятельности (преамбула) Соглашением 2014 г. признается взаимный интерес. Создание благоприятных условий для развития сотрудничества между неограниченным количеством лиц, которые, согласно ст. 2, осуществляют сотрудничество в научно-технической сфере (далее – НТС), является целью Соглашения 2014 г. Одними из самых приоритетных направлений в НТС, которые выделили стороны, являются энергетика и энергосбережение, а также ядерные технологии (ст. 6). Следует отметить, что список приоритетных направлений – неисчерпывающий. Так, предусматривается сотрудничество в любых других сферах, представляющих взаимный интерес. Стороны обязались содействовать реализации проектов в области НТС, обмену научными работниками, оборудованием и информацией и т. д. (ст. 5). Для координации деятельности была создана совместная комиссия по научно-техническому сотрудничеству (ст. 11). Задачи вышеуказанной комиссии состоят в определении «приоритетных областей сотрудничества», урегулировании разногласий, анализе результатов сотрудничества и др. В Приложении к Соглашению 2014 г. рассматриваются вопросы, связанные с интеллектуальной собственностью и конфиденциальной информацией, в том числе предусматриваются определенные меры по обеспечению охраны интеллектуальной собственности и т. п. Как отмечает член Национального комитета по исследованию БРИКС Александра Архангельская, сотрудничество Российской Федерации и Южно-Африканской Республики в НТС «носит пока ограниченный характер и осуществляется прежде всего в области ядерных исследований, осво-

ении космоса, добычи и переработки полезных ископаемых» [3. – С. 34].

2. *Международно-правовое регулирование сотрудничества России и ЮАР в области мирного использования атомной энергии.*

Именно в области ядерной энергетики и технологий Россия постепенно наращивает партнерские отношения с ЮАР [2]. *Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о сотрудничестве в области мирного использования атомной энергии от 20 ноября 2004 г.*² (далее – Соглашение 2004 г.) является основным международным договором, регулирующим двусторонние отношения в области атомной энергетики. Соглашение 2004 г. было заключено в целях развития и укрепления научного, технического и экономического сотрудничества «в области мирного использования атомной энергии в соответствии с потребностями и приоритетами своих национальных ядерных программ» (ст. 1). В Соглашении 2004 г. определен неисчерпывающий список направлений сотрудничества в данной области, среди которых: «...проектирование, строительство, эксплуатация и модернизация ядерных энергетических и исследовательских реакторов; использование атомной энергии для производства электроэнергии, отопления, опреснения соленых вод и ядерных исследований; разведка и разработка урановых месторождений; производство топлива для энергетических и исследовательских ядерных реакторов, в том числе разработка топлива и проектирование, строительство, эксплуатация, технология и модернизация установок по изготовлению топлива; <...>; ядерная безопасность, радиационная защита и радиологическая защита окружающей среды» и др. (ст. 2). Предусматривается четыре формы сотрудничества, список которых может быть расширен по согласованию сторон: «обмен специалистами, научной и технической информацией <...>; создание, в случае необходимости, совместных рабочих групп для выполнения конкретных изысканий и проектов в области научных исследований и развития технологий; поставка ядерных и специальных не-

¹ См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о научно-техническом сотрудничестве от 14 октября 2014 г. // Бюллетень международных договоров. – 2016. – № 9. – С. 51–57.

² См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о сотрудничестве в области мирного использования атомной энергии от 20 ноября 2004 г. // Бюллетень международных договоров. – 2007. – № 1. – С. 47–52.

ядерных материалов, оборудования, установок и соответствующих технологий», а также консультации, совместные исследовательские проекты и др. (ст. 3). Для контроля над реализацией Соглашения был создан Совместный координационный комитет (ст. 6). Компетентные органы (от Российской Федерации – Федеральное агентство по атомной энергии и от Южно-Африканской – Министерство минеральных Республики ресурсов и энергии) (ст. 4) имеют право «создавать рабочие группы в рамках Совместного координационного комитета» (ст. 6). Такие конкретизирующие элементы, как «количество участвующих экспертов, временные графики, стоимость, источники финансирования, условия платежей» определяют заключающие соответствующий договор организации сторон. Таким образом, данное Соглашение носит общий характер в области международно-правового регулирования сотрудничества.

В рамках 58-й сессии Генеральной конференции МАГАТЭ было подписано *Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о стратегическом партнерстве и сотрудничестве в области атомной энергетики и промышленности от 21 сентября 2014 г.*¹ (далее – Соглашение 2014 г.). Соглашение 2014 г. было подготовлено и подписано для дальнейшего расширения и углубления между государствами «взаимовыгодного экономического и научно-технического сотрудничества в области атомной энергии и промышленности в мирных целях» путем договорно-правового закрепления стратегического партнерства в данной области (преамбула). Основная цель создания такого партнерства заключалась в «реализации национальной программы развития атомной энергетики Южно-Африканской Республики» (ст. 1). Соглашением предусмотрено пятнадцать направлений, по которым стороны обязались создавать условия «для развития стратегического сотрудничества», в частности можно выделить такие направления, как «проектирование, сооружение, эксплуатация и вывод из эксплуатации энергоблоков АЭС на

основе ВВЭР суммарной установленной мощностью до 9,6 ГВт, многоцелевого исследовательского реактора в Южно-Африканской Республике»; подготовка кадров ЮАР для работы на объектах атомной энергетики; «содействие в интеграции созданных промышленных производств в цепочку поставок»; «развитие и внедрение ядерной и радиологической системы аварийного реагирования в ЮАР» и др. (ст. 3). Количество направлений не ограничено – в любой момент стороны могут согласовать «в письменной форме по дипломатическим каналам» другие направления. Вышеуказанные направления необходимы, прежде всего для того, чтобы реализовывать приоритетные совместные проекты. Соглашением 2014 г. предусматривается сооружение:

- «двух новых энергоблоков АЭС с реакторами ВВЭР общей мощностью до 2,4 ГВт на выбранной Южноафриканской Стороной площадке (либо площадка АЭС «Куберг», либо площадка Тиспунт, либо площадка Бантамсклип);

- энергоблоков АЭС общей мощностью до 7,2 ГВт на других определенных площадках в ЮАР;

- многоцелевого исследовательского реактора на площадке в исследовательском центре в г. Пелиндаба, Южно-Африканская Республика» (п. 1 ст. 4).

Более подробное регулирование связанных с сооружением вопросов планировалось закрепить в соответствующих межправительственных соглашениях. Важно подчеркнуть, что стороны обязались создать условия для осуществления своевременной выдачи разрешений (лицензий) (п. 2 ст. 4). Также стороны приняли обязательства по созданию органа, контролирующего выполнение положений Соглашения, – совместный координационный комитет. К его основным обязанностям (руководство, координация и контроль) дополнительно было добавлено проведение всеобъемлющего обзора хода реализации Соглашения и предоставление рекомендаций спустя три года после даты его вступления в силу (ст. 6). Что касается компетентных органов сторон, от Российской Федерации назначались «Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом» (по всем направлениям сотрудничества) и Федеральная служба по экологическому, технологическому и атомному надзору (по вопросам содействия в развитии системы регулирования ядерной и радиационной безопасности в Южно-Африканской Республике, включая развитие соответствующей нормативно-правовой

¹ См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о стратегическом партнерстве и сотрудничестве в области атомной энергетики и промышленности от 21 сентября 2014 г. // Официальный сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации. – URL: <https://www.mid.ru/> (дата обращения: 14.04.2021).

базы, системы лицензирования и надзора)», а от Южно-Африканской Республики – Министерство энергетики Южно-Африканской Республики (ст. 5). Одним из самых экономически важных положений, предусмотренных Соглашением, было положение о способствовании ЮАР в предоставлении «специального благоприятного режима при определении размеров налоговых и неналоговых платежей, сборов и компенсаций, применимых к проектам, реализуемым в Южно-Африканской Республике» (ст. 9). Помимо этого, Соглашение содержит ряд императивных норм, касающихся вопросов ядерной безопасности (п. 2 ст. 13); контроля над экспортом ядерных материалов (товаров), оборудования и соответствующих технологий (п. 6 ст. 13); ограничений на обогащение ядерного материала, передаваемого Южно-Африканской Республике (п. 3–4 ст. 13); использования оборудования и материалов двойного назначения, технологий, полученных от России (п. 5 ст. 13); ответственности за ядерный ущерб (п. 2 ст. 15). Консультации сторон являются способом контроля за «использованием поставленных ядерных материалов, оборудования, специальных неядерных материалов и соответствующих технологий» (п. 6 ст. 13). Условием для вступления в силу данного Соглашения считается «получение по дипломатическим каналам последнего письменного уведомления о выполнении Сторонами внутригосударственных процедур, необходимых для его вступления в силу». В дату получения такого уведомления Соглашение 2014 г. вступит в силу. Однако т. н. «ядерная сделка» стоимостью 76 млрд долл. США была признана неконституционной в 2017 г., Правительство Южной Африки при Президенте Африканского национального конгресса Сириле Рамафосе указало, что ядерная энергия останется частью структуры энергетического баланса, в которую входят также уголь, солнечная энергия, гидроэнергетика, производство и применение фотоэлектрических элементов для выработки электрической энергии, ветроэнергетика, газ и хранение [2]. На сегодняшний день Соглашение 2014 г. не вступило в силу.

В настоящее время как в ЮАР, так и на всем африканском континенте первой и единственной атомной электростанцией является АЭС в Куберге мощностью 1 800 МВт. Строительство других АЭС на территории ЮАР помогло бы решить проблемы острого энергодефицита в Южно-Африканской Республике [3. – С. 32]. В 2014 г. генеральный директор Государственной корпо-

рации по атомной энергии «Росатом» Сергей Кириенко заверил Южно-Африканскую сторону в том, что Россия готова содействовать ЮАР в «создании полноценного промышленного кластера мирового уровня – от начальной стадии ядерного топливного цикла до инжиниринга и производства оборудования»¹. Еще в марте 2011 г. были обнародованы подготовленные Министерством энергетики ЮАР *Основные положения Комплексного плана развития электроэнергетики*, где говорилось, что альтернативой базовой углевой энергетике ввиду выбросов CO₂ является ядерная и газовая энергетика². В качестве основной отрасли энергетики ядерную энергетику планировалось вводить с 2023 г. Решение по технологическому процессу по выполнению обязательств, предусмотренных Программой создания ядерного флота к 2022 г., планировалось принять в 2010 г., однако подразумевалось, что будут некоторые изменения в периодах.

Комплексный план развития электроэнергетики (*англ.* Integrated Resource Plan Electricity) на 2010–2030 гг.³ (далее – КПРЭ) – это документ, который был подготовлен и обнародован ЮАР в 2011 г. КПРЭ является долгосрочным планом развития электроэнергетики, который определяет уровень потребности ЮАР в новых генерирующих мощностях. В данный документ постоянно вносятся соответствующие изменения. В его версии 2016 г. планировалось построить новые АЭС, ВЭС, солнечные ЭС, газотурбинные ЭС и др. На сегодняшний день Министерством минеральных ресурсов и энергетики ЮАР подготовлен КПРЭ 2019 г. Этот внутренний документ регламентирует, что, учитывая значительные инвестиции, необходимые для развития технологий CCS (*англ.* carbon capture and storage – улавливание и хранение углерода) и CCUS (*англ.* carbon capture, utilization and storage – улавливание, использование и хранение углерода), ЮАР могла бы извлечь выгоду из установления стратегических партнерских отношений с международными орга-

¹ ЮАР: жесткая конкуренция в сфере атомной энергетики // Официальный сайт Ситуационно-Кризисного Центра Росатома. – URL: <https://www.skf.ru/press/news/item/4226178/>

² См.: Executive Summary of the Draft Integrated Electricity Resource Plan for South Africa – 2010 to 2030. Department of Mineral Resources and Energy. – URL: http://www.energy.gov.za/files/irp_overview.html

³ См.: Integrated Resource Plan Electricity 2010 v8. Department of Mineral Resources and Energy. – URL: http://www.energy.gov.za/files/irp_overview.html

низациями и странами, которые добились прогресса в развитии CCS, CCUS и других технологий HELE (высокоэффективных технологий с низким уровнем выбросов)¹. Помимо этого, согласно положениям КПРЭ 2019 г., ЮАР необходимо продолжать сотрудничество с соседними странами и налаживать партнерские отношения, в том числе, для совместного освоения и обогащения природного газа в регионе Сообщества развития Юга Африки (САДК).

Выводы

ЮАР, позиционирующая себя как «ворота в Африку» [5. – С. 142], выступает для России перспективным рынком для развития атомного сотрудничества, в том числе в рамках взаимодействия БРИКС [4. – С. 138]. Африка в целом нуждается в технологиях, поэтому российским компаниям при государственной поддержке (заключении международно-правовых соглашений и тесном сотрудничестве с континентом) очень выгодно выступать в роли технологических поставщиков. Во время Десятого саммита БРИКС в Йоханнесбурге 25–27 июля 2018 г. президент России В. В. Путин отметил, что российская сторона планирует увеличить свою роль в энергетических проектах Африки, особенно в перспективных новых нефтегазовых и ядерных проектах².

Следует отметить, что в ЮАР активно внедряется «зеленая энергетика» и несмотря на то, что солнечные батареи и солнечные электростанции не способны обеспечить постоянную стабильную выработку новой электроэнергии [1. – С. 60], «российская компания «Ренова» участвует в проекте создания солнечных энергетических парков в ЮАР» [3. – С. 32], способствуя развитию электроэнергетики в Южно-Африканской Республике.

Таким образом, для крепкого российско-южноафриканского энергетического сотрудничества, которое представляет широкий спектр направлений, необходимо стратегическое использование опыта установления связей России с другими странами БРИКС и заключение с ЮАР взаимовыгодных договоров [2] с предусмотрен-

ным межгосударственным финансированием, которое Россия уже готова предоставить страдающему от проблемы дефицита энергии и остро нуждающемуся в иностранных инвестициях партнеру, развитие энергетического сотрудничества с которым настоящее время характеризуется, в большей степени, высокой степенью потенциала, нежели количеством «реализованных проектов» [3. – С. 36].

¹ См.: Integrated Resource Plan Electricity 2019 // Department of Mineral Resources and Energy. – URL: http://www.energy.gov.za/files/irp_overview.html

² См.: Insight from Moscow: Russia strengthens African ties in energy and raw materials // S&P Global Platts. – URL: <https://www.spglobal.com/platts/en/market-insights/blogs/oil/071720-insight-from-moscow-russia-strengthens-african-ties-in-energy-and-raw-materials>

Список литературы

1. *An J., Mikhaylov A.* Russian energy projects in South Africa // *Journal of Energy in Southern Africa.* – 2020. – Vol. 31. – № 3. – P. 58–64.
2. *Mpungose L.* Russia's Plans to Develop Africa's Energy Sector // *Italian Institute for International Political Studies.* – URL: <https://www.ispionline.it/en/pubblicazione/russias-plans-develop-africas-energy-sector-24295>
3. *Архангельская А.* Россия – Южная Африка: налаживая партнерские отношения // *Международная жизнь.* – 2015. – № 7. – С. 25–38.
4. *Пантелей Д. С.* Конкурентоспособность Госкорпорации «Росатом» на мировом рынке : дисс ... канд. экон. наук. – М, 2019.
5. *Салахетдинов Э. Р., Сидоров В. А.* Российские проекты и энергетическое сотрудничество в Южной Африке // *Проблемы прогнозирования.* – 2018. – № 3. – С. 142 – 151.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-56-66>

Сроки давности и проявление неосторожности в Европейском деликтном праве при рассмотрении дел о внедоговорной ответственности в нанобиотехнологической сфере

Т. Э. Зулфугарзаде

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры
гражданско-правовых дисциплин РЭУ им. Г. В. Плеханова.
Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет
им. Г. В. Плеханова», 117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: zulfugarzade.te@rea.ru

Statute of Limitations and Negligence in European Tort Law when Considering Cases of Non-Contractual Liability in the Nanobiotechnological Sphere

T. E. Zulfugarzade

Associate Professor, PhD in Law,
Academic Department of Civil Legal Disciplines, PRUE.
Address: Plekhanov Russian University of Economics,
36 Stremyanny Lane, Moscow, 117997, Russian Federation.
Tel.: 8(903)6887732.
E-mail: zulfugarzade.te@rea.ru

Аннотация

В статье приведены основные результаты проведенного научного исследования особенностей ограничения по времени (сроков давности) и установления случаев проявления неосторожности в процессе соблюдения гигиены труда и техники безопасности при осуществлении судебной защиты от обвинений; а также установление компенсации вреда в Европейском деликтном праве при рассмотрении дел о внедоговорной ответственности в нанобиотехнологической сфере, что имеет важное значение в современных условиях массового производства, распространения и использования нанобиоматериалов, вызывающих появление новых рисков для жизни и здоровья человека, объективно требующих выработки новых методик обеспечения безопасного существования индивида, приобретших особую важность в современных условиях неопределенности, вызванных, в том числе, угрозой неблагоприятных последствий, связанных с глобальным распространением коронавирусных и им подобных инфекций. Некоторые из них могут иметь искусственное происхождение, порождая, в свою очередь, деликтную ответственность делинквентов (правонарушителей), а также эффективные методики судебного доказывания, включая судебную защиту, определение размера компенсации вреда (ущерба), вызванного неблагоприятным воздействием нанобиоматериалов. Предметом исследования, с одной стороны, послужили отношения, возникающие между разработчиками, производителями и распространителями нанобиоматериалов и нанобиопродукции и человеком (индивидом), а также воздействие на окружающую среду, с другой стороны – юридические лица, на которые указанные виды материалов и продукции оказывают свое, в том числе неблагоприятное, воздействие, что в свою очередь приводит к судебным спорам, требующим разрешения, в том числе для определения сроков давности их рассмотрения, а также выявления проявлений неосторожности в процессе производства, непосредственно связанных с обеспечением гигиены труда и соблюдением техники безопасности. В качестве основных методов познания при проведении исследования были использованы логический, сравнительный, эмпирический, аналитический, историко-правовой, описательный и другие. Научную новизну исследования составили выводы, в соответствии с которыми в Европейском деликтном праве, во-первых, риск подверженности воздействию (предотвратимый или нет) нанобиотехнологий не должен являться причиной наступления ответственности и, во-вторых, работники в нанобиотехнологической отрасли недостаточно защищены просто потому, что риски пока еще не полностью выявлены, а профилактические меры по охране здоровья и соблюдения безопасности не обладают определенной эффективностью и, таким образом, не соответствуют условиям анализа затрат и выгод.

Ключевые слова: гражданское право, деликт, дело, суд, срок, давность, иск, неосторожность, проявление, вред, ущерб, инновационный, нанобиотехнологии, материалы, продукция, воздействие, осторожность, безопасность, ответственность, Европейский Союз, коронавирус.

Abstract

The article presents the basic results of scientific research of the features of the time limit (statute of limitations) and the establishment of cases of negligence in the process of occupational health and safety in the implementation of judicial protection against charges and compensation for harm in European tort law when considering cases of non-contractual liability in the nanobiotechnological sphere, which is important in modern conditions of mass production, distribution and use of nanobiomaterials, causing the emergence of new risks to human life and health, objectively requiring the development of new methods to ensure the safe existence of the individual, which are particularly important in modern conditions of uncertainty, caused, inter alia, by the threat of adverse consequences associated with the global spread of coronavirus and similar infections, some of which may have an artificial origin, generating, in turn, tort liability of delinquents (offenders), as well as effective methods of judicial evidence, including judicial protection, determination and compensation of harm (damage) caused by the adverse effects of nanobiomaterials. The subject of the study was the relations that arise between developers, manufacturers and distributors of nanobiomaterials and nanobioproducts on the one hand and a person (individual), as well as on the environment and legal entities, on which these types of materials and products have their own, including adverse effects, on the other, which in turn leads to legal disputes that require resolution, including the determination of the statute of limitations for their consideration, as well as the identification of manifestations of negligence in the production process., directly related to occupational health and safety. Logical, comparative, empirical, analytical, historical-legal, descriptive, and other methods of cognition were used as the main methods of cognition during the research. The scientific novelty of the study was the conclusions according to which, in European tort law, firstly, the risk of exposure (preventable or not) to nanobiotechnology should not be a reason for liability and, secondly, workers in the nanobiotechnology industry are not sufficiently protected simply because the risks are not yet fully identified, and preventive measures to protect health and safety do not have a certain effectiveness and, thus, do not meet the conditions of cost-benefit analysis.

Keywords: civil law, tort, case, court, term, statute of limitations, claim, negligence, manifestation, harm, damage, innovative, nanobiotechnology, materials, products, impact, caution, safety, liability, European Union, coronavirus.

Мировое сообщество производит весьма активное развитие нанобиотехнологической отрасли, как неоднократно отмечалось в научной литературе [3]. Помимо позитивного эффекта, это имеет множество негативных последствий, опасность которых до сих пор в полной мере не изучена, равно как до сих пор не определены возможные последствия, вызванные наступлением рисков, связанных с разработкой, производством, хранением, реализацией и применением нанобиопродукции, в том числе солидарной ответственностью производителей товаров и продавцов, применением строгой ответственности к производителям за выпуск товара в оборот, а также проблемой «отказа от основополагающего принципа индивидуализации субъекта внедоговорного (деликтного) иска с применением концепции «деиндивидуализации» причинителя вреда и др.» [1. – С. 3]. Это приобрело дополнительную важность в условиях распространения коронавирусной инфекции и применения мер по ее противодействию, что объективно приводит к

возникновению достаточно большого количества споров, связанных с вышеозначенными негативными последствиями. Так, в процессе осуществления судебной защиты от обвинений и компенсации вреда при рассмотрении дел о деликтной ответственности в нанобиотехнологической сфере особую важность имеют, прежде всего, ограничения по времени (срок давности) по таким делам, а также вопросы выявления проявлений неосторожности при соблюдении техники безопасности и надлежащего обеспечения гигиены труда, нашедшие свое воплощение прежде всего в Европейском деликтном праве, регламентированные директивами ЕС об ответственности за качество продукции 85/374/ЕЕС¹, об ответственности за причинение ущерба окружающей среде

¹ См.: Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. – URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?Uri=CELEX:31985L0374:en:HTML> (дата обращения: 26.06.2021 г.).

(ELD)¹ и др., которые, учитывая, что «в современном мире безопасность фактически приобрела все черты общественного блага» [2. – С. 49], будут рассмотрены в настоящем исследовании в их соотношении в первую очередь с положениями ст. 12, ч. 3 ст. 28 ГК РФ² и др.

Обращаясь к рассмотрению проблемных вопросов ограничения по времени (“Time Limitations”), т. е. сроков давности (“Prescription”) при подаче иска о нарушении законных прав, полагаем важным отметить, что потенциальный латентный период проявления причиненного вреда (ущерба), который может быть результатом воздействия нанобиоматериалов, а также все еще разрабатываемые методы выявления такого ущерба и объективная необходимость доказывания причинно-следственных связей приводят к тому, что ограничения по времени становятся значимой проблемой в контексте применения нанобиоматериалов.

С точки зрения начала времени действия исковой давности необходимым представляется сделать выбор между объективным моментом времени причинения ущерба и субъективной исковой давностью, начиная с момента проявления ущерба, т. е. того момента времени, начиная с которого данной жертве становится известно или ей должно было стать известно об этой травме, учитывая, что «практически все правовые системы сосредоточены на моменте проявления причиненного ущерба, а не на моменте причинения ущерба» [5]. В указанной связи полагаем целесообразным обратиться к материалам судебной практики Евросоюза.

Так, например, в решении по делу «Cartledge v E. Jopling and Sons»³ в Великобритании объективный шестилетний срок исковой давности по деликту на основании положений английского Закона об исковой давности от 1939 г. (Limitation Act) был дополнен альтернативным трехлетним периодом времени, начиная с даты распознавания

истцом причиненной ему травмы. Вместо этого во Франции и Германии был установлен так называемый период «окончания действия», который начинается с момента причинения травмы и продолжается в течение периода погашенной давности, независимо от знаний истцов. В свою очередь, ст. 199 ГК Германии (Bürgerliches Gesetzbuch) устанавливает тридцатилетний период времени прекращения действия ответственности за нарушение права на жизнь, физическую целостность, здоровье и свободу. При этом немаловажно отметить, что ст. 2232 ГК Франции (French Code Civile) предусматривает двадцатилетний период времени прекращения действия ответственности, который, однако, не распространяется на иски в отношении телесных повреждений.

Следствием введения этих периодов времени прекращения действия ответственности стала, по нашему мнению, более надежная защищенность причинителя ущерба (вреда). В проблемах, открыто признаваемых в отношении потенциального вреда от воздействия нанобиоматериалов, английский подход, как мы полагаем, может лучше учитывать состояние дел в его нынешнем виде. Тем не менее, как будет более подробно рассмотрено ниже, Директива ELD определяет такой режим давности, который не сулит ничего хорошего для потенциальных групп риска. Как показало исследование, в ELD также не уделено должное внимание современным научным данным о загрязнениях нанобиоматериалами окружающей среды и ликвидации последствий. В ст. 17 рассматриваемой Директивы вводится тридцатилетний период давности предъявления исков, который начинается с момента выброса, события или происшествия. Тем не менее, представляется возможным утверждать, что тридцать лет являются нескончаемо долгим периодом времени для науки по оценке воздействий нанобиоматериалов и восстановления последствий от таких воздействий, а это означает, что любые возможные будущие случаи загрязнения, подпадающие в сферу компетенции ELD, будут учтены надлежащим образом в соответствии с таким установленным сроком давности.

Наиболее очевидным выводом, который возник из проведенного рассмотрения некоторых из основных элементов внедоговорной ответственности, в ее общем применении к телесным травмам и материальному ущербу от воздействия нанобиоматериалов и (или) загрязнения окружа-

¹ См.: Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage [2004] OJ L 143, 56-75. Hereinafter Environmental Liability Directive or ELD. – URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32004L0035> (дата обращения: 26.06.2021 г.).

² См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 декабря 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

³ Cartledge et. v E. Jopling and Sons Ltd. [1963] AC 758.

ющей среды, является необходимость совершенствования научного определения последствий подобного рода воздействий такими способами, что даже если не все они в настоящее время известны, то, по крайней мере, будет создана более прочная основа для подачи исков о возмещении причиненного ущерба. При этом деликтному праву было бы придано больше гибкости в реализации его регулятивных возможностей.

В указанной связи также целесообразным представляется обратить внимание на полномочия судов по интерпретации, которые приводят к созданию новых линий рассуждений, укреплению и совершенствованию способности механизмов деликтного права справляться с неизвестными элементами. Несмотря на несколько фиксированные возможности внедоговорной ответственности и, следовательно, ограниченные пределы, в которых суды могут проявлять творческие подходы, такая судебная система посредством своих решений придала яркие краски и формы деликтному праву даже в тех государствах (и не только европейских, включая РФ), в которых традиционно больше полагаются на законодателя при определении границ частных инициатив. Такие полномочия, которыми обладают суды, как мы полагаем, могут стать важным элементом в арсенале инструментов регулирования при их применении к новым технологиям.

После тщательного рассмотрения некоторых основных аспектов внедоговорной ответственности обратимся к вопросам обнаружения, установления и выявления проявлений неосторожности как нарушения нормы законодательства (прежде всего, Рамочной Директивы 89/391/ЕЕС¹) путем регулирования ответственности работодателя в секторе производства и использования наночастиц и других нанобиоматериалов. Другими словами, более подробно остановимся на вопросах судебного установления нарушений гигиены труда и техники безопасно-

сти ("Occupational Health and Safety") в нанобиосфере.

Рассматриваемой директивой 89/391/ЕЕС устанавливаются минимальные требования к обеспечению здоровья и безопасности, которые должны быть приняты на рабочем месте, и она лежит в основе более конкретных регламентов в соответствующих дочерних директивах. Основной целью 89/391/ЕЕС является поддержание здоровья и соблюдение техники безопасности на рабочем месте (см., в частн., ст. 1(1)), что еще раз подтверждается нормами п. 2 ст. 6(1) и ст. 6(3)(а) в отношении общих обязанностей работодателей. Таким образом, «обязательство ввести в действие меры по предотвращению травм неявно подчеркивает важность новых форм обеспечения безопасности и сохранения здоровья как составной части общих процессов управления»².

Учитывая, что 89/391/ЕЕС направлена на защиту работника (любого нанятого лица, в том числе стажеров и учеников). Считается, что в центре внимания данной директивы находится группа рисков, исключая домашнюю прислугу, что нарушает права указанной категории лиц. Такое исключение при рассмотрении судебных дел на аналогичной основе в отношении побочных жертв может спасти самого основного работника от судебного преследования со стороны его домашней прислуги за вред, вытекающий из «переданного» им воздействия нанобиоматериалов. Приведенное в 89/391/ЕЕС определение работника фактически обязывает работодателей соблюдать осторожность в том, что они не выходят за рамки охраны самого работника и его рабочей среды и при этом действительно не защищают возможных пострадавших из числа лиц, отнесенных к категории домашней прислуги.

Дополнительно отметим, что в ст. 15 Рамочной директиве ЕС по охране труда «Occupational safety and health» (OHS) [3] так называемые «Особенно чувствительные группы риска» ("Particularly sensitive risk groups") удостоены особого упоминания с точки зрения обеспечения защиты от опасностей, которые прямо влияют на них, что необходимо учитывать при толковании обязанностей в «дочерних» евродирективах и европе-

¹ См.: Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work [1989] OJ L 183, 1–8) referred to as the OHS Framework Directive (Директива Совета Европы 89/391/ЕЕС от 12 июня 1989 г. о введении мер, содействующих улучшению безопасности и здоровья работников на рабочем месте [1989] OJ L 183, 1–8), называемая Рамочной директивой ЕС по охране труда (по технике безопасности и гигиене труда) (OHS).

² The OSH Framework Directive // European Agency for Safety and Health at Work, 2021; URL: <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/the-osh-framework-directive-introduction/> (дата обращения: 26.06.2021 г.).

гламентах, предназначенных для их реализации. То, что подразумевается под термином «особо чувствительные», остается неопределенным, поскольку это вполне может зависеть от ряда таких факторов, как возраст работников и отрасли или сектора (секторов) работы. Скорее всего, государствам-членам ЕС отведена на откуп интерпретация этого термина при реализации OHS, но есть предположение, что работники, участвующие в создании синтезированных (инженерных) нанобиоматериалов и включения их в конечную продукцию, входят в рамки таких групп.

При этом немаловажно учитывать, что OHS не была предназначена для вменения строгой ответственности работодателю. Во мнении, выраженном по делу C-127/05 «Комиссия Европейских сообществ против Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии» Генеральным адвокатом А. Г. Менгоцци, «...ответственность работодателя, хотя она и определена в общих чертах, вытекающая из ст. 5(1) и абзаца первого (4) этой директивы, на самом деле является ответственностью из-за проявления неосторожности, которая вытекает из неисполнения обязанностей по обеспечению безопасности, возложенных на работодателя»¹. Несомненно, это означает, что проблемы с доказыванием причинно-следственных связей возлагаются на поиск виновного в случаях возможного использования нанобиоматериалов при соблюдении техники безопасности и гигиены труда. Таким образом, ст. 1(3) OHS позволяет государствам-членам устанавливать более высокий уровень защиты, тем самым освобождая место для возможности возложения ответственности при отсутствии вины на работодателей в связи с принятием ими профилактических мер по охране здоровья и технике безопасности.

В соответствии со ст. 5(1) OHS, «обязанность работодателей состоит в обеспечении безопасности и охране здоровья работников во всех аспектах, связанных с работой», что в свою очередь гармонично сочетается с требованием «принятия всех необходимых мер» (ст. 6(1) OHS) для достижения этого. Следует также иметь в виду решение по делу C-49/00 «Комиссия Европейских сообществ против Итальянской респуб-

лики», которое соответствует ст. 6(3)(a) OHS, в котором подчеркнуто, что работодатель был обязан оценить все риски. Чтобы быть привлеченным к ответственности в соответствии с OHS, работодателем должно быть нарушено это общее обязательство по соблюдению осторожности.

Обязанность работодателя соблюдать осторожность детализирована в ст. 6 OHS, в которой изложен принцип профилактики (предотвращения, предупреждения). В элементы стратегии по профилактике, возлагаемой на работодателей, в ст. 6(3)(a) OHS включаются документированная оценка и регулярная переоценка профессиональных рисков и опасностей. При производстве нанобиоматериалов, как показано в литературе по методам оценки рисков в этой области [3], такие оценки еще не могут быть достаточно обоснованными, чтобы учитывать все риски, связанные с воздействием нанобиоматериалов. Превентивная стратегия также предусматривает в ст. 6(2)(c) OHS принятие соответствующих мер для защиты от профессиональных рисков и опасностей с целью предотвращения и борьбы с рисками в источниках их возникновения и включения отдельного работника в реализацию таких усилий. Для достижения последнего работодатель, согласно правилам ст. ст. 6(2)(d) и 6(3)(b) OHS, должен адаптировать данную работу к возможностям данного работника, а также, в соответствии с требованиями, установленными ст. ст. 6(3)(c), 10, 11 и 11(2) OHS, предоставлять ему информацию, вовлекать в диалоги, участие и консультации по вопросам, касающимся рисков в отношении безопасности и здоровья на рабочем месте (фактически работодатель обязан предоставлять работникам информацию о рисках работы, и этот долг не сводится только к информированию его сотрудников). Работодатель также, в соответствии со ст. 12 OHS, обязан обеспечить своих работников «адекватной подготовкой по вопросам охраны здоровья и обеспечения безопасности», особенно в той области, которая имеет отношение к их работе. Кроме того, ст. 9(1) OHS определяет содержание обязательств по предотвращению, которые возлагаются на работодателя»².

В ст. ст. 8(3)-(5) OHS содержатся также конкретные положения по обязанностям работода-

¹ Opinion of AG Mengozzi - C-127/05, Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 18.01.2007), para. 117.

² Opinion of AG Mengozzi - C-127/05, para. 106.

теля в случае серьезной и непосредственной опасности, что, по нашему мнению, имеет особое значение и для случаев, связанных с нанобиоматериалами. Таким образом, если только не будет проявлена небрежность со стороны работника в таких ситуациях, то именно работодатель будет нести на себе всю тяжесть ответственности в случае причинения травмы. В первом упомянутом случае ответственность, как правило, распределялась между работодателем и работником.

В случае, если работодатель не предпринял всех указанных профилактических мер, в частности, не проинформировал своих сотрудников о рисках в отношении здоровья и безопасности и мерах по их предотвращению, предполагается, что он будет нести ответственность за последующий ущерб: доказано несоблюдение этих предписанных законом обязательств (по неосторожности или небрежности).

Поэтому в целом представляется возможным сделать вывод о том, что в основном работодатель должен вообще избегать рисков, а не реагировать на существующие риски. В индустрии серийного производства нанобиоматериалов это имеет полное отношение к соблюдению техники безопасности и гигиены труда, регламентированных OHS. При этом возникает объективная необходимость применения работодателем при выполнении своих основных обязанностей современных методов по охране здоровья и обеспечению безопасности, при том что работодатель будет стремиться доказать, что для него достаточно соблюдать минимальные требования законодательства в рассматриваемой области.

В указанной связи полагаем целесообразным обратиться к судебной практике.

Так, при рассмотрении дела «Stokes v Guest, Keen and Nettlefold (Bolts and Nuts) Ltd.» (дело рассматривалось в Великобритании и связано с ответственностью работодателей за смерть от рака мошонки мужа истицы из-за его длительной подверженности воздействию минеральных масел на рабочем месте) суд постановил, что «при накоплении знаний работодатель должен иметь о них достаточное представление и не быть слишком медленным в их применении; а там, где он владеет на самом деле большими, чем средними, знаниями о рисках, он может быть тем самым обязан принимать большие, чем средние или

стандартные, меры предосторожности»¹. В Великобритании началом отсчета, судя по материалам исследуемого судебного решения, должно быть знание работодателем рисков и снижение их, и (или) того, что он должен был знать о них, например, в деле «Baker v Quantum Clothing Group Limited and others»² этот критерий привел суд к проведению различия между ответчиками, то есть теми, кто обладал средними знаниями, и теми, кто большими, чем в среднем, знаниями о рисках частичного нарушения слуха у некоторых сотрудников, которые подвергались ежедневно на протяжении многих лет воздействию звука с уровнем шума от 85 до 90 дБ в режиме (A) *lepd*; такое различие привело к введению более ранней даты наступления ответственности для ответчиков, обладавших большими, чем в среднем, знаниями о данном риске; этому решению противостоит мнение по указанному критерию, изложенное судом по делу «Thompson v Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd.» [1984] QB 405, в соответствии с которым «работодатель обязан идти в ногу со временем, а суд должен быть медленным, обвиняя его за невспашку одиночной борозды»³. В свою очередь, ст. 6(2)(e) OHS гласит, что для соответствия своим общим обязанностям работодатель обязан «адаптироваться к техническому прогрессу». Таким образом, закон требует, чтобы работодатель шел в ногу с развитием. Работодателю не было бы достаточно заявить, что он соблюдает минимальные требования законодательства. Они тем более выше при том, что промышленность по производству нанобиоматериалов и их применению следует по определению считать не просто рискованной (опасной), но, другими словами, высокорисковой.

Возможно, результирующий ущерб от воздействия нанобиоматериалов пока не является неоспоримой реальностью, но проблема заключается не в том, проявится ли вообще конкретный ущерб, а в том, когда это произойдет. Разрабатывается и даже применяется ряд основанных на приобретенном опыте методов, чтобы защитить работников, насколько это возможно, от вероят-

¹ Stokes v Guest, Keen and Nettlefold (Bolts and Nuts) Ltd [1968] 1 WLR 1776) at para. 1783.

² Baker v Quantum Clothing Group Limited and others [2011] UKSC 17; [2009] EWCA Civ 499; 4NG15127.

³ Thompson v Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd. [1984] QB 405). – P. 415F–416C.

ного вреда от воздействия синтезированных наночастиц. В числе таких организаций полагаем важным отметить Международный совет по нанотехнологиям (ICON), Рабочую группу 3 Технического комитета TC229 Международной организации по стандартизации (ISO), Британский институт стандартов (BSI), ASTM International и др., которые разработали и продолжают разрабатывать и (или) уже опубликовали стандарты, руководящие указания и отчеты о воздействии нанобиоматериалов на здоровье и безопасность на рабочих местах, связанных с разработкой и применением нанобиотехнологий.

При этом остаются недостаточно полно исследованы такие важные проблемные вопросы, как, прежде всего, вопрос ограничения информации об эффективности конкретных мер, которые могут быть предприняты для смягчения любых опасностей, связанных с воздействием нанобиоматериалов», а также вопрос о пригодности используемой стратегии для данной конкретной индустрии, учитывая, что из-за наличия бесчисленных и разных типов и применений нанобиоматериалов превентивные стратегии не могут быть специфическими для определенного вида синтеза или включения наночастиц. Отвечая на данные вопросы, полагаем важным отметить, что по результатам проведенного анализа судебной и иной правоприменительной практики привлечение метода защиты, связанного с отсутствием знаний о рисках причинения вреда [4] и, следовательно, не использующего превентивные меры для минимизации воздействий, не освобождает работодателя от ответственности за его неосторожность (небрежность).

Действительно, основная обязанность работодателя в соблюдении осторожности «не распространяется дальше требований к работодателю обеспечить полностью безрисковую рабочую среду»¹. Это может быть понято из анализа положений ст. ст. 6(2)(b) и 6(2)(f) OHS, которые, соответственно, обязывают работодателя оценивать те «риски, которых нельзя избежать» и заменить «опасные риски неопасными или менее опасными». В OHS, таким образом, учитываются обозримые известные риски, возлагается несение ответственности из-за проявления неосторожности, т. е. за ущерб, который причиняется

работнику, если риск материализуется в действительную опасность.

Неоднозначным является то, что в Великобритании, как представляется, существуют две разновидности прецедентного права, когда дело доходит до определения «безопасной» рабочей среды (в соответствии с §29 Закона о фабриках от 1961 г.) – «является ли безопасность места абсолютным и неизменным понятием или понятием относительным, практические последствия этого могут меняться с течением времени»². Прецедентное право, с принятием им относительного подхода, рассматривает предсказуемость риска, основанную на среднем уровне знаний и стандартов во время возникновения оспариваемого инцидента. Противоположное прецедентное право, придерживаясь абсолютного подхода, считает концепцию «безопасной» рабочей среды основанной на фактах рассматриваемой ситуации, а не на предсказуемости.

Рассмотренное выше дело «Baker v Quantum Clothing Group Limited и др.» является явным примером такого конфликта в Суде Ноттингема с относительным подходом, с Апелляционным судом, принявшим абсолютный подход, и с Верховным судом, вернувшимся к относительной концепции «безопасной» рабочей среды большинством голосов 3:2. В свою очередь, в OHS предпочтение, как мы полагаем, отдается в пользу относительной концепции «безопасной» рабочей среды.

При этом немаловажно отметить, что Генеральный адвокат Менгоцци заявил, что «появление предсказуемых и поддающихся профилактике рисков в отношении безопасности и здоровья работников также (не в сочетании с их материализацией) требует от работодателя несения ответственности, поскольку это является нарушением его общей обязанности соблюдать осторожность»³.

Это интерпретируется как то, что тот факт, что на рабочем месте существует предвидимый и предотвратимый риск, возлагает на работодателя ответственность. Сам по себе это результат категоризации рисков, поэтому, приняв эту линию аргументации в контексте нанобиоматериалов, считается, что можно говорить о предсказуемо-

¹ Opinion of AG Mengozzi - C-127/05, para. 110.

² Baker v Quantum Clothing Group Limited and others [2011] UKSC 17 § 44.

³ Opinion of AG Mengozzi - C-127/05, para. 112–113.

сти риска подверженности воздействиям нанобиоматериалов и, если данный риск можно было бы предотвратить, а работодатель не предотвратил его, он может быть привлечен к ответственности. Интересно, что суд в деле «*Margereson and Hancock v J. W. Roberts Ltd.*»¹ объяснил, что он намеренно говорил о предсказуемости риска получения травмы из-за вдыхания асбестовой пыли.

Правило об ответственности в OHS основано на необходимости принятия мер во избежание предсказуемой опасности. При подходе, аналогичном подходу с профессиональными заболеваниями, вызванными вдыханием пыли, опасности здесь возникают из-за воздействия нанобиоматериалов (поскольку это может привести к последующей потенциальной травме), и из-за принятия такой аналогии риск заболевания действительно предсказуем. Непринятие мер для того, чтобы избежать опасность (избежания опасности) воздействия приведет к возложению на работодателя ответственности за бездействие, а также ответственности из-за проявления неосторожности, если работник подвергся такому воздействию. Если были приняты меры в отношении здоровья и безопасности, и все же они были недостаточными для предотвращения воздействия, работодатель будет нести ответственность за небрежность. Суду, осуществляющему надзор за данным делом, следует принимать во внимание упомянутые выше проблемы, связанные с недостатками текущих превентивных мер.

Существуют также аргументы не в пользу рассуждений о тесте на «предсказуемость воздействия» вместо «предсказуемости фактического последующего ущерба» в широком смысле. Так, в деле «*Page v Smith*», судья Ллойд объявил незаконным «проведение в каждом случае данного теста на то, мог ли ответчик разумно предвидеть, что его поведение подвергнет истца риску получения телесной травмы»² в отличие от какой-то иной травмы.

Если последующий ущерб из-за воздействия нанобиоматериалов еще не ясен, то использование теста на «предсказуемость воздействия» может означать, что все остальные критерии соблюдены, ответчик может быть привлечен к от-

ветственности только за ставшее известным воздействие без существенного увеличения рисков или потери возможностей. Предсказуемость воздействия может привести к неопределенности и наложить слишком большое бремя на работодателя, т. е. «претензия о нарушении законных прав на основе проявления небрежности будет неполной без доказательства ущерба»³. Таким образом, представляется возможным сделать еще один вывод о том, что риск подверженности воздействию (предотвратимый или нет) не должен являться причиной несения ответственности.

Можно было бы, тем не менее, утверждать, что при обязанности работодателя соблюдать осторожность в соответствии с OHS решение проблемы риска заболевания будет означать также наблюдение за риском последующего ущерба независимо от того, каким он может стать: очень похоже на жаргонное выражение «убить двух зайцев одним выстрелом». Учитывая текущие состояния нанобиотехнологий и связанных с ними неопределенностей, принятие рассуждения Генерального адвоката о тесте на «предсказуемость подверженности воздействиям» вполне может стать полезным в призывах работодателей к осторожности, а также для защиты работников.

Кроме этого аргумента в соответствии с мнением Генерального адвоката Менгоцци по делу C-127/05, ст. ст. 5(2) и (3), OHS нацелены на «уточнение характера и степени обязанности соблюдать осторожность, изложенных в ст. 5(1) OHS»⁴. Как отмечалось ранее, в этих статьях утверждается, что ответственность с работодателя не снимается и не уменьшается, если он привлек сторонние услуги, или возложил на данного работника задачи по организации охраны здоровья и соблюдения мер безопасности.

В ст. 5(4) OHS, однако, присутствует возможность «выборочного» исключения работодателя от несения общей обязанности соблюдать осторожность, что «не должно ограничивать возможность государств-членов в предоставлении исключений или ограничений ответственности работодателей в связи с необычными или непредвиденными обстоятельствами, превышающими способность работодателей контролировать их,

¹ Evelyn Margereson and June Margerie Hancock v J. W. Roberts Ltd [1996] EWCA Civ 1316, 1996.

² Page v Smith [1996] AC 155 para. 190.

³ Rothwell v Chemical and Insulating Co Ltd and others (в том числе апелляции) [2007] UKHL 39.

⁴ Opinion of AG Mengozzi - C-127/05, para. 68.

или в связи с исключительными событиями, последствий которых не удалось бы избежать, несмотря на принятие всех должных мер предосторожности». Данное положение отвечает за возможности возникновения непредвиденных рисков и (или) неизбежных рисков. Если государства-члены ЕС воспользуются этим положением при существующем положении вещей, то, скорее всего, они обеспечат полным охватом всех тех, кто принимает участие в производстве нанобиоматериалов, что в свою очередь может явиться причиной обеспокоенности со стороны общественности.

Тем не менее немаловажно подчеркнуть, что общая обязанность по соблюдению осторожности, налагаемая OHS на работодателей, по-видимому, является довольно жесткой, учитывая приведенные выше интерпретации дела, произведенные Генеральным адвокатом Менгоцци. В Великобритании работодателям позволяется применение облегченных профилактических мер по охране здоровья и обеспечения безопасности при использовании «обоснованного и практически осуществимого» теста: в Законе о гигиене и безопасности труда на рабочем месте от 1974 г. (Великобритания) § 2(1) гласит: «Каждый работодатель обязан обеспечить, насколько это обоснованно и практически осуществимо, здоровье, безопасность и благополучие на работе всех своих сотрудников»¹. При оценке того, следует ли вводить такие меры, работодателем обычно должен применяться анализ затрат и выгод, т. е. определяться, являются ли данные меры, которые необходимо принять для предотвращения рисков, пропорциональными затратам денег, времени и труда на их введение. Так, в решении по делу «*Edwards v National Coal Board*» Апелляционный суд определил этот пункт «настолько, насколько это обоснованно и практически осуществимо» (SFAIRP) как: «разумно практическим является более узким термином, чем физически возможным и, как представляется, подразумевает, что владельцем должен быть сделан такой расчет, в котором составляющие рисков помещаются на одну чашу весов, а жертва (пострадавший), участвующая в необходимых подсчетах стоимости мер по предотвращению рисков (будь то деньги, время или проблемы), помещается на другую чашу весов; и если будет показано, что

существует большая диспропорция между ними (данные риски мало влияют на жертву), то ответчик снимает с себя бремя ответственности за них. Причем эти подсчеты должны будут сделаны владельцем в момент времени до наступления аварии»². Такой тест, в случае его применения к последующему ущербу от воздействия нанобиоматериалов, на самом деле может означать, что работники в нанобиотехнологической отрасли недостаточно защищены просто потому, что риски пока еще не полностью выявлены, а профилактические меры по охране здоровья и соблюдения безопасности не обладают определенной эффективностью и, таким образом, не соответствуют условиям анализа затрат и выгод.

Дополнительно отметим, что рассматриваемое положение SFAIRP было практически основной причиной разногласий, возникшей при рассмотрении дела C-127/05. Поскольку Европейский суд не рассматривал его совместимость с общей обязанностью соблюдать осторожность в соответствии с OHS, следовательно, это положение остается в силе, также как и решение по рассмотренному выше делу «*Opinion of AG Mengozzi*». По мнению Генерального адвоката Менгоцци, пункт SFAIRP смог ограничить обязанность работодателя в соблюдении осторожности, устанавливая «пределы на деятельность по предупреждению рисков»³. Суд добавил, что «данный пункт также косвенно выступает в качестве ограничения на степень ответственности работодателя, если он нарушит свои обязательства по соблюдению осторожности»⁴, что, в свою очередь, несомненно причиняет ущерб работникам (сотрудникам), занятым на производстве (применении) нанобиоматериалов, а также работникам (сотрудникам) других отраслей промышленности. Генеральный адвокат Менгоцци даже пришел к выводу, что положение SFAIRP несовместимо с общей обязанностью работодателя соблюдать осторожность в соответствии с OHS, потому что «оно вводит критерий оценки целесообразности профилактических мер, который является менее строгим, чем чисто техническая осуществимость»⁵. Подобный подход продолжает использоваться при рассмотрении дел о причинении

¹ Health and Safety at Work Act 1974 (UK) § 2(1).

² *Edwards v National Coal Board* [1949] 1 KB 704.

³ *Opinion of AG Mengozzi - C-127/05*, para. 54.

⁴ Там же, п.198 para. 55 (п. 198, параграф 55).

⁵ Там же, п.199 para. 138 (п. 199, параграф 138).

вреда (ущерба), вызванного нанобиотехнологическими рисками в судах ЕС и в настоящее время, что может быть использовано и в отечественной правоприменительной практике.

Завершая исследование, полагаем важным отметить, что OHS возлагается ответственность из-за проявления неосторожности на работодателя, который не соблюдает свои обязанности по соблюдению осторожности. Государства-члены Евросоюза могут объявить о более высокой степени ответственности, что может найти со временем свое закрепление и в российском законодательстве. Отрицательным моментом этого будет то, что государствам-членам ЕС разрешается отступление по исключению или ограничению ответственности работодателя в случае непредвиденных (вне его контроля) исключительных событий, которых нельзя было бы избежать даже при соблюдении осторожности, что является мерой, которая, при ее использовании, может затруднить определение регулятивной ответственности при применении новых технологий на рабочем месте, что также немаловажно учитывать при разработке соответствующих нормативных правовых актов Российской Федерации.

В настоящее время еврорегламенты, по нашему мнению, на достаточно высоком уровне и в достаточной степени полно регламентируют вопросы ответственности из-за проявления неосторожности некоторой степенью предвидения с помощью применения принципа профилактики. При этом в обязанности работодателя входит оценка всех рисков и принятие во внимание известных предвиденных рисков; в противном случае на него будет возложена ответственность в случае причинения вреда (ущерба) и доказана его причинность. В свою очередь, как было неоднократно отмечено выше, Европейский суд в лице Генерального адвоката Менгоцци, в данном случае, включил в раздел деликтного права OHS простое наличие известных предвиденных рисков, играющих роль отдельного основного фактора в причинении вреда (ущерба). По аналогии с рисками столкновений при ДТП автомобиля со стационарным объектом представляется возможным считать, что наличие предсказуемых рисков подверженности воздействию нанобиоматериалов на рабочем месте, против которых не будут приняты, или приняты ненадлежащие превентивные меры, приведет к потенциальной ответственности работодателя при проявлении результата ущерба (вина была доказана).

Если приведенное положение не будет принято судами и (или) в праве, жертва ущерба должна в очередной раз преодолеть требование демонстрации причиненного вреда (ущерба) и проблеме доказательства причинно-следственной связи между причиненной травмой и воздействием нанобиоматериалов. При этом работодатели, вовлеченные в производство (использование) нанобиоматериалов, могут достаточно легко «прокатиться на спинах» (т. е. бесплатно) своих работников. При наличии знаний о сути последствий судам, при рассмотрении дел по несению ответственности, рекомендуется не ограничиваться исключительно общепринятыми формальными методами установления ответственности до момента получения более надежных научных данных. Выработанный в ЕС нормативный инструментарий позволяет справиться с такого рода проблемой, которой является принятие риска в качестве одной из основных составляющих причинения вреда (ущерба), что на самом деле укрепит его потенциал в регулировании новых, в том числе инновационных технологий.

Обращаясь к проблеме потенциальных побочных жертв (пострадавших) и обязанностей работодателей соблюдать осторожность, отметим, что при рассмотрении основной обязанности работодателя по соблюдению осторожности в соответствии с OHS представляется важным подчеркнуть, что она касается не только прямых, но и косвенных воздействий нанобиоматериалов на рабочем месте. При этом первые связаны с непосредственной работой данного сотрудника (работника) с нанобиоматериалами, а вторые – с другими сотрудниками (работниками), работающими в той же компании (организации), в том же здании нанобиотехнологического комплекса. В обе категории воздействий включаются работники внешних предприятий и (или) учреждений, занятых в работах с той же самой компанией. Таковых следует относить к категории первичных потенциальных жертв от воздействия нанобиоматериалов. Вышеозначенное оставляет открытым вопрос о том, в чем состоят обязанности работодателя по отношению к первичной потенциальной жертве, его семье и (или) его домочадцам, т. е. тем, кого следует называть вторичными потенциальными жертвами. Указанная проблема, по нашему мнению, не урегулирована OHS и требует своего обязательного разрешения в самое ближайшее время.

Список литературы

1. Егорова М. А., Крылов В. Г., Романов А. К. Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве : учебное пособие / отв. ред. М. А. Егорова. – М. : Юстицинформ, 2017.
2. Федулов Г. В. Безопасность как нематериальное благо субъектов гражданского права // Экономика. Право. Общество. – 2019. – № 1. – С. 48–55.
3. Construction Safety and Health. Workplace Safety & Health Topics // National Institute of Occupational Safety and Health. – URL: <https://www.cdc.gov/niosh/topics/construction/> (дата обращения: 26.06.2021 г.).
4. Fogelman V. First Environmental Liability Directive cases from European Court of Justice // Commerical Risk Europe. – URL: <http://www.commercialriskeurope.com/cre/190/57/First-Environmental-Liability-Directive-cases-from-European-Court-of-Justice/> (дата обращения: 26.06.2021 г.).
5. Martin-Casals M. The Development of Liability in relation to Technological Change // Comparative Studies in the Development of the Law of Torts in Europe. – Volume 4. – Cambridge University Press.

Правовое регулирование деятельности иностранного юридического лица в Княжестве Лихтенштейн

Г. А. Пакерман

кандидат юридических наук,
доцент кафедры международного частного права
Всероссийской Академии Внешней Торговли при Министерстве экономического развития
Российской Федерации.

Адрес: ФГБОУ ВО «Всероссийская Академия Внешней Торговли
при Министерстве экономического развития
Российской Федерации», 119285, Москва, Воробьевское шоссе, 6А.
E-mail: galina.pakerman@gmail.com

Legal Regulation of the Activities of a Foreign Legal Entity in the Principality of Liechtenstein

G. A. Pakerman

PhD in Law Sciences, Associate Professor of Private International Law Department
the Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of the Russian Federation.

Address: Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development
of the Russian Federation, 119285, Moscow, Vorobyovskoe shosse, 6A.
E-mail: galina.pakerman@gmail.com

Аннотация

История Княжества Лихтенштейн всегда была тесно связана с историей Австрии и Швейцарии, поэтому неудивительно, что правовая система Лихтенштейна в значительной степени зависела от австрийского и швейцарского законодательства. Сложившийся в Княжестве частный правовой порядок дает возможность свободно выстраивать правовые отношения со своим окружением в соответствии с волей в рамках доброй морали. Законодательство Княжества Лихтенштейн предусматривает гибкие условия допуска иностранных лиц к деятельности на своей территории посредством, в частности, предоставления широкого выбора организационно-правовых форм ведения бизнеса, льготного налогообложения. Обеспечению благоприятного инвестиционного климата в Княжестве способствует эффективная банковская система, которая известна своей строго охраняемой банковской тайной. Несмотря на свои маленькие размеры, Лихтенштейн является развитой индустриальной страной и одним из крупнейших финансовых центров. Это способствует грамотное и последовательное реформирование корпоративного законодательства государства, его политическая и экономическая стабильность, проведение политики конфиденциальности с одновременным установлением прозрачности регулирования, позволяющее пресечь использование недобросовестными субъектами хозяйственной деятельности рассматриваемую юрисдикцию для отмывания денежных средств. Так, законодательство Княжества позволяет иностранному инвестору, в частности, иностранному юридическому лицу, защитить свои активы посредством «преобразования» его обособленного подразделения в национальное (лихтенштейнское) юридическое лицо.

Ключевые слова: иностранное юридическое лицо, иностранные инвестиции, Княжество Лихтенштейн.

Abstract

The history of the Principality of Liechtenstein has always been closely linked to the history of Austria and Switzerland, so not surprisingly Liechtenstein's legal system was heavily dependent on Austrian and Swiss law. The private legal order developed in the Principality makes it possible to build freely the legal relations with their surroundings according to the person's own will, within the framework of good morality. The law of the Principality of Liechtenstein provides flexible conditions for admitting foreign persons to activities on its territory through, in particular, providing a wide choice of organizational and legal forms of doing business, preferential taxation. Ensuring a favorable investment climate in the Principality is facilitated by an efficient banking system,

which is known for its tightly guarded banking secrecy. Despite its small size, Liechtenstein is a developed industrial country and one of the largest financial centers. This is facilitated by the competent and consistent reform of the corporate legislation of the state, its political and economic stability, the implementation of a confidentiality policy with the simultaneous establishment of regulation's transparency, which makes it possible to suppress the use of the jurisdiction in question for money laundering by unscrupulous business entities. Thus, the legislation of the Principality allows a foreign investor, in particular a foreign legal entity, to protect their assets by "transforming" its separate division into a national (Liechtenstein) legal entity.

Keywords: foreign legal entity, foreign investment, the Principality of Liechtenstein.

Общие сведения. Княжество Лихтенштейн представляет собой страну с более чем скромными территориальными размерами, которые ей не мешают иметь статус богатого государства со стабильной и открытой для иностранных капиталов экономикой.

Независимым это маленькое государство стало 23 января 1719 г. в результате объединения двух имперских баронств Вадуца и Шелленберга и названо Лихтенштейн в честь его управляющего дома. Полную независимость Княжество получило 13 июля 1806 г., когда было присоединено к Рейнской конфедерации, основанной Наполеоном I Бонапартом.

Действующая Конституция от 5 октября 1921 г. описывает Лихтенштейн как конституционно-наследственную монархию с демократической и парламентской основой. В соответствии со ст. 2 Конституции Лихтенштейна «власть государства принадлежит князю и народу».¹

Поскольку Княжество граничит с Австрией и Швейцарией, то неудивительно, что такое соседство оказывало влияние на формирование правовой системы данного карликового государства. С 1852 г. по 1918 г. Лихтенштейн образовывал таможенный союз с Австрией, но после окончания Первой мировой войны Княжество решило извлечь выгоду из союза со Швейцарией – использовать ее валюту и устойчивый рост экономики. Лихтенштейн подписал 29 марта 1923 г. Таможенный договор со Швейцарией, присоединившись к Швейцарской таможенной зоне, и швейцарский франк стал официальной валютой Лихтенштейна.

Единственным официально признанным языком в Княестве является немецкий язык, но английский и другие языки также используются в деловых кругах. Немецкий язык является официальным языком корпоративных документов.

Это маленькое суверенное государство процветает за счет прагматичного подхода к торговле и экономической интеграции.

Интеграция Княжества Лихтенштейн в мировое сообщество. Участие Княжества Лихтенштейн в Таможенном союзе со Швейцарией предоставило ему большие возможности и выгоды. Во-первых, Княжество по вопросам, регулируемым указанным Таможенным союзом, уполномочило Швейцарию на двусторонней основе представлять его в торговых отношениях с третьими странами. Во-вторых, Швейцария несет ответственность за соблюдение Княжеством правил импорта и экспорта товаров. В-третьих, Швейцария для Княжества выступала и выступает в роли посредника², благодаря которому оно получило доступ к Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ)³ (еще до получения им официального статуса полноправного члена в этой организации в 1991 г.), а также к Европейскому экономическому пространству (ЕЭП)⁴, участником которого Лихтенштейн стал только в 1995 г., и через него – выход на единый рынок товаров, работ и услуг Европейского союза (ЕС). При этом Лихтенштейн до сих пор не является членом ЕС. Кроме того, участие в Таможенном союзе со Швейцарией предоставило Княеству полный доступ к Гене-

² Дополнительное соглашение о действительности для Княжества Лихтенштейн соглашения между Европейским экономическим сообществом и Швейцарской Конфедерацией от 22 июля 1972 г. (Additional agreement on validity for the Principality of Liechtenstein of the agreement between the European Economic Community and the Swiss Confederation of 22 July 1972) // OJ L 300, 31.12.1972. – P. 188.

³ Межправительственная торговая организация и зона свободной торговли, которая действует параллельно с Европейским союзом и в которую в настоящее время входят также Исландия, Норвегия и Швейцария.

⁴ Европейское экономическое пространство вступило в действие в 1994 г. и расширило единый рынок ЕС (за исключением таких секторов экономики, как сельское хозяйство и рыболовство) на Исландию, Лихтенштейн и Норвегию.

¹ URL: https://www.regierung.li/media/medienarchiv/101_05_02_2021_en.pdf

ральному соглашению по торговле и тарифам (ГАТТ) и возможность договориться о режиме наибольшего благоприятствования со стороны партнеров по ГАТТ до того, как Лихтенштейн присоединился к Всемирной Торговой организации (ВТО) в 1995 г.

Таким образом, благодаря тесным связям Княжества Лихтенштейн со Швейцарской Конфедерацией и посредничеству последней его юрисдикция является привлекательной для инвесторов, ищущих регион с эффективной промышленностью, торговлей, финансовыми услугами и др. Сложившийся в Княжестве благоприятный климат для инвестирования не может испортить отсутствие у него двусторонних соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций (далее – ДИД). Княжество не участвует в каких-либо многосторонних конвенциях о защите инвестиций как таковых, однако в контексте ЕАСТ есть два соглашения о свободной торговле (в частности, с Кореей и Сингапуром)¹, которые включают некоторые положения о защите инвестиций.

По состоянию на 25 октября 2016 г. Лихтенштейн заключил 18 соглашений об избежании двойного налогообложения². До этого в 2011 г. Лихтенштейн при посредничестве Швейцарии присоединился к Соглашению о шенгенской зоне 1985 г.³

Княжество является участником Договора к Энергетической Хартии 1994 г.⁴ и при этом не участвует в таких универсальных международных соглашениях, как Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 1965 г.) и Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (Сеул, 1985 г.). Напротив, Швейцария является участником указанных многосторонних конвенций⁵, а также ею подписано

127 ДИД⁶, утверждена Модель ДИД Швейцарии 1995 г.⁷

Таким образом, ключевым фактором процветания Лихтенштейна, на наш взгляд, является политика интеграции Княжества в европейский рынок, которая позволяет инвесторам (физическим и юридическим лицам), подчиненным юрисдикции Лихтенштейна, пользоваться преимуществами, гарантиями и льготами, предусмотренными для лиц из стран ЕС и Швейцарии.

Правовые источники регулирования создания и деятельности иностранного юридического лица в Княжестве Лихтенштейн. Данная страна относится к странам романо-германской системы права. Небольшие территориальные размеры Княжества и его экономическая зависимость от своих соседей оказали влияние на применимое законодательство в Лихтенштейне, которое было заимствовано из Австрии и Швейцарии. Так, гражданский процесс, гражданское право, касающееся, в частности, отдельных частей договорного права, имеют австрийское происхождение. Законы Лихтенштейна о лицах, опеке, собственности и некоторые части договорного права взяты из швейцарского права. Некоторые из его коммерческих законов заимствованы из Германии. Торговый кодекс Лихтенштейна состоит в основном из швейцарского и австрийского законодательства с местными изменениями.

Основными корпоративными законодательными актами Княжества являются:

– Закон от 20 января 1926 г. о лицах и компаниях (далее – Закон о компаниях) (LGBI. 1926/4)⁸ с изменениями от 20 января 1996 г. и от 26 июня 2008 г.⁹ (это один из ключевых законодательных документов, регулирующих коммерческие отношения между физическими и юридическими лицами, основан на либеральных принципах);

– Закон от 10 апреля 1928 г. о трастовом учреждении (LGBI. 1928/6) (в настоящее время

¹ См.: URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/203/switzerland?type=tips>

² См.: URL: <https://www.llv.li/files/stv/int-uebersicht-dba-tiea-engl.pdf>

³ См.: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22011A0618%2801%29>

⁴ См.: URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/123/liechtenstein>

⁵ См.: URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/203/switzerland?type=bits>

⁶ См.: URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/203/switzerland?type=bits>

⁷ См.: URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2853/download>

⁸ См.: Liechtenstein company law: translation from the PGR update 1999 // Bryan Jeeves. – 2. Aufl. – Vaduz : Liechtenstein-Verlag, 1999. – URL: <https://www.gesetze.li/konso/1926.004>

⁹ См.: URL: <http://www.uniset.ca/microstates/pdf-llv-rfl-ressort-justiz-stiftungsrecht-uebersetzung-englisch-3.pdf>

положения данного закона включены в Закон о компаниях – это статьи 932а, §§ 1 – 170)¹;

– Закон от 22 июня 2006 г. о торговле (далее – Коммерческий закон) (запрещает нерезидентам Лихтенштейна создавать предприятия на территории Княжества, но разрешает нерезидентам создавать оффшорные компании в Лихтенштейне с иностранным представительством, наняв директора-резидента для регистрации данной компании)².

Кроме того, порядку создания и деятельности юридических лиц посвящены следующие специальные законодательные акты Княжества:

– Закон от 21 октября 1992 г. о банках и финансовых компаниях;³

– Закон от 6 декабря 1995 г. о надзоре за страховой деятельностью;⁴

– Закон от 3 мая 1996 г. об инвестиционных предприятиях;⁵

– Закон от 22 мая 1996 г. о профессиональной проверке при приеме активов;⁶

– Закон от 6 декабря 2018 г. о реестре бенефициарных собственников отечественных юридических лиц⁷.

Закон о компаниях представляет собой свод законов, который определяет типы юридических лиц и регулирует соответствующие вопросы, касающиеся процесса их создания и управления ими, бухгалтерского учета и ведения хозяйственной деятельности. Закон о компаниях также устанавливает меры по банкротству и способ, которым инвесторы могут закрыть юридическое лицо в Лихтенштейне, которое больше не является прибыльным.

Следует обратить внимание, что Закон о компаниях и Коммерческий закон применяются

ко всем типам юридических лиц в Лихтенштейне.

Допуск иностранных инвестиций на территорию Княжества Лихтенштейн. Стабильный и предсказуемый инвестиционный режим очень привлекателен для иностранных инвесторов, готовых вкладываться в сектора, большинство из которых Княжеством открыты. Вместе с тем имеется ряд ограничений, в частности:

– есть требования к резидентству, установленные Коммерческим законом;

– имеются ограничения по приобретению недвижимости иностранцами;

– производство, торговля и транспортировка электричества, газа и воды подлежат государственной монополии;

– финансовые услуги (в том числе управление активами, инвестиционный консалтинг и принятие опеки) предоставляются на профессиональной основе попечителями или трастовыми компаниями Лихтенштейна.

Если инвестор, зарегистрированный в Лихтенштейне, желает стать коммерчески активным, то он должен обратиться в Управление по экономическим вопросам для получения коммерческой лицензии, если нет особых лицензионных требований, например для компаний финансового сектора (банков или страховых организаций) или определенных профессиональных услуг, таких как юридические или аудиторские услуги. Для «квалифицированных» профессий требуются отраслевые, признанные государством профессиональные квалификации⁸.

Условия для получения коммерческой лицензии следующие: инвестор должен быть гражданином ЕЭП или Швейцарии или соответствовать данным требованиям в течение предшествующих 12 лет по предыдущему месту жительства, а также соответствовать по профессионально-квалификационным требованиям. Если инвестор условиям не соответствует, то он может назначить управляющего директора, который будет подходить по предъявляемым требованиям.

Процедура создания юридического лица в Княестве регулируется Законом о компаниях. В соответствии со ст. 106 Закона о компаниях юридическое лицо считается созданным (инкорпорированным) по праву Лихтенштейна с мо-

¹ См.: Liechtenstein company law: translation from the PGR update 1999 // Bryan Jeeves. – 2. Aufl. – Vaduz : Liechtenstein-Verlag, 1999. – P. 194–306.

² См.: Trade Act of 22 June 2006. – URL: <https://www.gesetze.li/konso/2006.184>

³ См.: Law of 21 October 1992 on Banks and Finance Companies (Banking Act). – P. 321–346.

⁴ См.: Law of 6 December 1995 on the Supervision of Insurance Undertakings. – P. 347–385.

⁵ См.: Law of 3 May 1996 on Investment Undertakings. – P. 387–415.

⁶ См.: Law of 22 May 1996 on professional due diligence in the acceptance of assets. – P. 417–428.

⁷ См.: Law of 6 December 2018 on the register of beneficial owners of domestic legal entities. – URL: <https://www.gesetze.li/chrono/2019008000>

⁸ См.: URL: <https://www.gesetze.li/konso/suche>

мента его регистрации в Государственном реестре.

Согласно Закону о компаниях, все организации должны назначить представителя в стране, который должен предоставить в Государственный реестр следующую информацию:

- документ, представляющий устав и правила процедуры, должным образом подписанный заявителем или агентом;
- наименование создаваемого юридического лица;
- размер уставного капитала, распределение и тип акций (если применимо);
- декларация о внесении минимального капитала в банк в Лихтенштейне или Швейцарии;
- личные данные директоров (имя, адрес, национальность) и документ, подтверждающий их согласие занять должность директора;
- персональные данные акционеров (имя, адрес, национальность);
- заявление о назначении местного представителя с резидентством Лихтенштейна.

Каждое юридическое лицо обязано иметь офис и/или коммерческие помещения в Лихтенштейне, которые подходят для ведения бизнеса, в том числе для оформления служебных документов и официальных уведомлений. При этом основной адрес юридического лица может находиться в любой точке мира.

Наименование юридического лица, создаваемого в Княжестве, не должно быть похоже на наименования других юридических лиц. Оно может быть на любом языке, если применяется латинский алфавит. Для некоторых слов, таких как «национальный» или «международный», «государство или место» необходимо получить разрешение от правительства до начала его использования.

Правосубъектность и «национальность» юридических лиц. Ст. 232 Закона о компаниях разграничивает отечественных и иностранных юридических лиц посредством использования генеральной привязки (критерия инкорпорации) и субсидиарной привязки (критерия оседлости)¹. Иными словами, личным законом юридического лица считается право страны, где оно зарегистрировано (критерий инкорпорации). Если юри-

дическое лицо создано по закону иностранного государства и в его учредительных документах определено применимое право, отличное от лихтенштейнского права, то на территории Лихтенштейна данное юридическое лицо рассматривается как иностранное юридическое лицо. Если юридическое лицо не выполняет условие о регистрации, то оно подчиняется праву того государства, где находится его управляющий центр (критерий оседлости).

В соответствии со ст. 677 Закона о компаниях правоспособность и дееспособность иностранного юридического лица определяются в соответствии с правом того государства, по законам которого оно было учреждено. При этом иностранные юридические лица могут, однако, приобретать внутри страны (Лихтенштейна) права не в большем объеме, чем это возможно для местных (лихтенштейнских) юридических лиц, и они являются, по меньшей мере, деликтоспособными в одинаковом с ними объеме. Иными словами, речь идет о национальном режиме для иностранных юридических лиц. Также следует отметить, что согласно положениям ст. 237 Закона о компаниях иностранное юридическое лицо может воспользоваться «защитой правосубъектности внутри страны (Лихтенштейна) только согласно применимому к нему праву, но не более чем в объеме лихтенштейнского права»².

В ст. 233 и 678 Закона о компаниях закреплена возможность подчинения иностранного юридического лица юрисдикции Лихтенштейна.

В частности, в ст. 678 говорится, что «иностранное общество может подчиниться местному (лихтенштейнскому) праву без нового учреждения или перенесения деловой деятельности, если оно было приведено в соответствие с местным (лихтенштейнским) правом». При этом «при внесении какого-либо такого общества в государственный реестр необходимо указать, какая местная (лихтенштейнская) (организационно-правовая) форма общества соответствует вносимому обществу»³.

Таким образом, в указанной статье Закона о компаниях прописан гибкий механизм, который

¹ См.: Liechtenstein company law: translation from the PGR update 1999 // Bryan Jeeves. — 2. Aufl. — Vaduz : Liechtenstein-Verlag, 1999. — P. 94.

² Liechtenstein company law: translation from the PGR update 1999 // Bryan Jeeves. — 2. Aufl. — Vaduz : Liechtenstein-Verlag, 1999. — P. 97.

³ URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/042802>

позволяет иностранному юридическому лицу осуществлять свою деятельность в соответствии с правом Лихтенштейна без открытия филиалов или представительств, или без создания дочерних обществ на территории Лихтенштейна.

Правила ст. 234 Закона о компаниях допускают подчинение местного (лихтенштейнского) юридического лица иностранному праву, а, следовательно, и перенесения местонахождения за границу. Следует отметить, что подчинение лихтенштейнского юридического лица юрисдикции другого государства, и, напротив, подчинение иностранного юридического лица юрисдикции Княжества осуществляется без прекращения существования данного юридического лица, но с согласия специально уполномоченного органа.

Статьей 237с Закона о компаниях предусмотрено, что если все обстоятельства свидетельствуют о том, что юридическое лицо осуществляет свою деятельность на территории Княжества или в соответствии с его правом, то тогда к такому юридическому лицу будет применен критерий центра эксплуатации, и, следовательно, данное юридическое лицо будет подпадать под правовой режим, действующий для национальных (лихтенштейнских) юридических лиц: «Если из-за объединения, которое было основано согласно иностранному праву, создается впечатление, что оно подчиняется местному (лихтенштейнскому) праву и его сделки осуществляются внутри страны (Лихтенштейна) или из страны (Лихтенштейна) вовне, то ответственность за эти сделки лиц, действующих для него, подчиняется местному (лихтенштейнскому) праву»¹.

Если иностранное юридическое лицо осуществляет деятельность на территории Лихтенштейна через свое обособленное подразделение, то к такому юридическому лицу в соответствии со ст. 114 Закона о компаниях могут предъявляться иски по месту нахождения обособленного подразделения иностранного юридического лица и может быть проведено отдельное конкурсное производство («конкурсное производство в отношении филиала»). Таким образом, деятельность иностранных юридиче-

ских лиц подпадает под юрисдикцию местных судов.

Согласно ст. 236 Закона о компаниях иностранные юридические лица не будут считаться прекратившими свое существование, если даже они будут ликвидированы в стране учреждения из-за «нарушающей публичный порядок и основы нравственности деятельности». Законодатель Княжества устанавливает, что при ликвидации юридического лица за рубежом обособленное подразделение должно в течение определенного срока зарегистрироваться как самостоятельное юридическое лицо по праву Лихтенштейна. На наш взгляд, рассматриваемая норма представляет интерес, поскольку позволяет сохранить на территории Лихтенштейна подразделение иностранного юридического лица даже при ликвидации (в том числе путем банкротства) головного офиса за рубежом, сохранить деловые связи и продолжить осуществление своих обязательств по действующим контрактам без существенного ущерба для сторон и бизнеса в целом.

Организационно-правовые формы юридических лиц в Лихтенштейне. Законодатель Княжества установил, что юридические лица могут создаваться в следующих организационно-правовых формах:

- компания с ответственностью, ограниченной акциями;
- траст;
- учреждение;
- фонд.

Последний является наиболее распространенной организационно-правовой формой юридического лица и относится к некоммерческим организациям.

Фонд, как форма юридического лица, стал более активно использоваться после финансового кризиса 2008 г. и внесения изменений в Закон о компаниях. Ранее к регулированию фондов применялись положения Закона о трастах. Конфиденциальность владельцев фонда всегда была привлекательна для иностранных инвесторов, а возможность минимизировать налоговые расходы прибавила популярности данной организационно-правовой форме. Дело в том, что в рассматриваемой юрисдикции фонд освобожден от подоходного налога, налога на прирост капитала, налога на передачу собственности и налога на наследство. А ставка корпоратив-

¹ Liechtenstein company law: translation from the PGR update 1999 // Bryan Jeeves. – 2. Aufl. – Vaduz : Liechtenstein-Verlag, 1999. – P. 97.

ного налога (налога на прибыль юридических лиц) в Лихтенштейне является одной из самых низких в Европе и составляет всего 12,5 процента. Налоги на прирост капитала, наследство и дарение были отменены Законом о национальных и муниципальных налогах 2011 г.¹, который содержит важные правила, определяющие правовой статус иностранного юридического лица. Так, согласно его положениям с целью налогообложения резидентами Княжества считаются юридические лица, которые зарегистрированы в Лихтенштейне (критерий инкорпорации), или чье непосредственное руководство осуществляется с территории Лихтенштейна (критерий оседлости).

Фондом, согласно ст. 552 Закона о компаниях, является юридическое лицо, обладающее юридически и экономически обособленными денежными средствами, выделенными для определенной цели, которое было создано путем одностороннего волеизъявления его учредителей. Физические и юридические лица предоставляют активы с целью образования собственности фонда, который в свою очередь создается для определенной цели.

Учредители свободны в способах и принципах управления денежными средствами, переданными в собственность фонда. Вместе с тем учредители и фонд – это абсолютно разные («раздельные») субъекты права, и фонд осуществляет самостоятельную деятельность. Коммерческая деятельность может осуществляться фондом только при условии, что такая деятельность служит некоммерческим целям или тип и объем участия требуют наличия средств от коммерческой деятельности.

Цель деятельности фонда прописывается в его Уставе. Как правило, это семейные и некоммерческие цели. Фонд управляется Советом фонда, который назначается учредителями, при этом следует учитывать, что последние вправе закрепить в Уставе правило, согласно которому они полномочны менять цели деятельности фонда в процессе его существования.

В соответствии с положениями ст. 557 Закона о компаниях фонд, как юридическое лицо, возникает только с момента внесения информации о нем в Государственный реестр.

Следующая разновидность юридического лица – это **компания с ответственностью, ограниченной акциями**, которая известна многим юрисдикциям, где она представлена в той и иной форме (например, непубличное акционерное общество в Российской Федерации или открытая компания с ограниченной ответственностью в Великом Герцогстве Люксембург).

В соответствии со ст. 261 Закона о компаниях компания с ответственностью, ограниченной акциями, – это компания, обладающая торговым наименованием, заранее определенным капиталом, разделенным на акции (доли) и отвечающая своим имуществом по всем своим обязательствам.

Ст. 288 и 281 Закона о компаниях устанавливают две возможные формы создания компании с ответственностью, ограниченной акциями, – единовременное образование и последовательное образование.

При единовременном образовании учредители путем заключения договора подтверждают, что все акции оплачены только учредителями данной компании и, следовательно, учредителями и собственниками акций являются одни и те же лица.

При последовательном образовании учредители предлагают купить акции широкой публике, что делает процесс более сложным. Учредители компании выполняют все необходимые формальности для ее создания, в том числе определяют размер уставного капитала и количество акций. Вместе с тем сами учредители могут не приобретать акции учреждаемой ими компании, они предлагают акции третьим лицам и своими действиями создают ситуацию, при которой учредителями и акционерами компании могут быть совершенно разные лица. Херберт Батлинер в своих Комментариях к корпоративному праву Лихтенштейна еще в 1982 г. отмечал, что важной особенностью является то, что при создании данного типа юридического лица необходимо наличие хотя бы двух учредителей, тем не менее, после регистрации компании вся акции (доли) могут быть переданы единственному владельцу (собственнику)².

¹ См.: URL: https://www.regierung.li/media/medienarchiv/640_0_01_07_2017_en_636362226823949640.pdf?T=2

² См.: Batliner Herbert. Commentary on Liechtenstein Company Law // Case Western Reserve Journal of International Law. – 1982. – V. 14. – Issue 3. – Article 10. – P. 617. – URL: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1849&context=jil>

А главной особенностью такой организационно-правовой формы, предусмотренной законодателем Княжества, как **учреждение**, является то, что оно является самой гибкой разновидностью юридического лица из-за того, что может быть учреждено как с определенным количеством участников, так и без участников вообще, а также осуществлять коммерческую либо некоммерческую деятельность. Так, ст. 534 Закона о компаниях гласит, что учреждение является автономным, организованным, постоянно действующим предприятием, созданным в экономических или иных целях, и вносится в Государственный реестр. При этом учреждение не является каким-либо образованием публичного права и не может создаваться в иной форме юридического лица.

Учредителями учреждения могут быть физические или юридические лица, чьим личным законом является как право Лихтенштейна, так и право любого иностранного государства.

Самой распространенной разновидностью учреждения является учреждение, структурированное как компания с единственным участником. Такая популярность данной формы учреждения объясняется тем, что учреждение находится в собственности и управляется одним и тем же лицом, которое, в свою очередь, представляет собой управляющий орган учреждения, т. е. такое лицо концентрирует у себя все права собственника. В учреждении должен быть образован Совет директоров, который формируется единоличным собственником.

Другой разновидностью является учреждение, структурированное как корпорация. В этом случае учреждение имеет несколько собственников. Высшим руководящим органом в такой разновидности учреждения является Собрание собственников учреждения, которое решает все основные вопросы его деятельности. Созданное по такой системе учреждение обладает признаками, характерными для компании с ответственностью, ограниченной акциями. Следует отметить, что такая форма учреждения используется крайне редко, поскольку на сегодняшний день механизм управления имуществом или ведения деловой деятельности путем учреждения компании с ответственностью, ограниченной акциями, является более доступным и понятным для инвесторов из других юрисдикций.

Таким образом, учреждение представляет собой гибрид между компанией с ограниченной

ответственностью и фондом. На наш взгляд, основной причиной его популярности является то, что практически все виды бизнес-операций проводятся им бесплатно, включая пассивные неторговые операции (например, удержание инвестиций).

Лихтенштейн – это единственная страна, которая в Законе о компаниях подробно регулирует такую организационно-правовую форму, как **траст**. Данный тип юридического лица привлекателен для иностранных инвесторов не столько для минимизации налогов, сколько для защиты активов и обеспечения их перехода наследникам. Трасты создаются без срока, поскольку Законом о компаниях не предусмотрены сроки его ликвидации. Траст может быть ликвидирован в любое время (ст. 898 и ст. 899).

Согласно ст. 897 Закона о компаниях создание траста происходит путем заключения письменного трастового договора между учредителем, с одной стороны, и одним или несколькими трастовыми управляющими, с другой стороны. Кроме того, траст можно официально учредить посредством составления односторонней трастовой декларации и согласия с ней.

Указанный договор может быть оформлен на любом языке с четко сформулированными пунктами, касающимися условий данного траста относительно бенефициаров, характера трастового имущества, условий распределения доходов между бенефициарами и итогового раздела имущества траста. При необходимости в договоре можно указать условия назначения и функции «трастового протектора», который может выступать как консультант управляющего или как лицо, имеющее право совместного решения.

Все трасты, создаваемые на срок более одного года, подлежат обязательной регистрации в Государственном реестре не позже, чем через 12 месяцев со дня их учреждения. Для этого в Реестр предоставляется пакет документов, содержащий информацию о названии траста, дате его учреждения, периоде, на который он создан, а также полный перечень трастовых управляющих с указанием их адресов. Указанная информация является строго конфиденциальной и не подлежит разглашению сторонним лицам.

Следует отметить, что размер минимального капитала для создания траста нигде не оговаривается, устанавливается учредителями самостоятельно.

Лицо, которое основывает траст и вносит учредительный капитал, называется учредителем траста. Им может быть физическое и/или юридическое лицо. При этом учредители трастов Лихтенштейна не могут управлять и контролировать траст, а имеют лишь те права, которые оговорены в договоре траста при его учреждении.

Доверительный управляющий (или трасти) занимается управлением траста. По Закону о компаниях собственность трасти должна храниться отдельно от имущества траста, поскольку в случае утери вверенного доверительному управляющему имущества бенефициары могут претендовать на его собственность.

Траст может назначить аудитора для контроля за соблюдением трастового договора.

Заключение. Как мы видим, Лихтенштейн предлагает различные гибкие организационно-правовые формы для ведения бизнеса – классические (известные юрисдикции иностранного лица) организационно-правовые формы и формы, присущие только Лихтенштейну. Корпоративные законы и нормативные требования для юридических лиц в Лихтенштейне разрабаты-

ваются с целью обеспечения гибкости и привлекательности инвестиционного рынка.

Режим, благоприятствующий ведению бизнеса, выгодное положение страны между Австрией и Швейцарией, простой налоговый режим с низкими ставками, политическая и экономическая стабильность обеспечили ее популярность среди иностранных инвесторов. Обращаясь к юрисдикции Княжества, иностранный инвестор имеет возможность защитить свои активы посредством преобразования обособленного подразделения юридического лица, зарегистрированного в ином государстве, в национальное (лихтенштейнское) юридическое лицо. Реформирование законодательства Княжества Лихтенштейн направлено на создание благоприятного инвестиционного климата, обеспечение большей конфиденциальности иностранным инвесторам (физическим и юридическим лицам) и одновременно прозрачность регулирования, позволяющие пресечь использование недобросовестными субъектами хозяйственной деятельности данной юрисдикции для отмывания денежных средств.

Список литературы

1. *Batliner Herbert*. Commentary on Liechtenstein Company Law // Case Western Reserve Journal of International Law, 1982. – V. 14. – Issue 3. – Article 10.
2. *Batliner Herbert*. Litigation and Arbitration in Liechtenstein. – Bern : Stämpfli, 2013.
3. *Beattie David*. Liechtenstein: A Modern History. – London : New York : I. B. TAURIS, 2004.
4. Liechtenstein company law: translation from the PGR update 1999 // Bryan Jeeves. – 2. Aufl. – Vaduz : Liechtenstein-Verlag, 1999.
5. *Nigg Thomas, Sander Johannes*. The Complex Commercial Litigation Law Review: Liechtenstein // The Complex Commercial Litigation Law Review // The Law Reviews. Edition 3 / Editors: Steven M. Bierman. – 2021. – 14 January. – URL: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-complex-commercial-litigation-law-review/liechtenstein>
6. *Walser Manuel, Sartor Lisa*. Litigation and Arbitration in Liechtenstein // Walser Attorneys at Law AG. – 2020. – 24 august. – URL: <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/liechtenstein>
7. *Walser Manuel*. International Arbitration Laws and Regulations 2021 // GLI Global Legal Insights. – URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/liechtenstein>

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-76-89>

Защита и представление прокуратурой Российской Федерации прав и законных интересов участников гражданского оборота

Е. А. Иванченко

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры правовой культуры и защиты прав человека
Юридического института ФГАОУ ВО «Северо-Кавказский федеральный университет».
Адрес: ФГАОУ ВО «Северо-Кавказский федеральный университет»,
355017, г. Ставрополь, ул. Пушкина, 1.
E-mail: kvi-elena@yandex.ru

Т. В. Воротилина

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры
гражданско-правовых дисциплин РЭУ им. Г. В. Плеханова.
Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет
им. Г. В. Плеханова», 117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: vorotilina@mail.ru

Protection and Representation by the Prosecutor's Office of the Russian Federation of the Rights and Legitimate Interests of Participants in Civil-Law Transactions

E. A. Ivanchenko

PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Legal Culture Protection of Human Rights Juridical
Institute of FSAEI «North-Caucasian Federal University»
Address: North-Caucasian Federal University, 355017, Stavropol, Pushkin str., 1.
E-mail: kvi-elena@yandex.ru

T. V. Vorotilina

PhD in Law, Associate Professor,
Academic Department of Civil Legal Disciplines, PRUE.
Address: Plekhanov Russian University of Economics,
36 Stremyanny Lane, Moscow, 117997, Russian Federation.
Tel.: 8(903)6887732.
E-mail: vorotilina@mail.ru

Аннотация

Статья представляет собой межотраслевое исследование, предметом которого выступают нормы российского права, правовая доктрина и прокурорская практика в сфере защиты прав и законных интересов участников гражданского оборота. Методологическая основа исследования базируется на положениях как общей теории права, гражданского права, так и правозащитного научного направления. В качестве методов исследования применялись диалектический, формально-логический, исторический, сравнительно-правовой, технико-юридический, системно-структурный, статистический методы с приемами анализа, синтеза и описания. Анализируя использование правозащитного потенциала органов прокуратуры в гражданско-правовых и процессуально-правовых отношениях, авторы доказывают, что по своей правовой природе надзорная деятельность обладает универсальным характером и на сегодняшний день выступает самым эффективным средством защиты прав участников гражданского оборота. Надлежащее внимание в статье уделяется юридической категории «публичный интерес» как системообразующей конструкции, определяющей организацию надзорной деятельности и степень прокурорского участия в защите нарушенного права. Сообразно с данной конструкцией предлагается авторская класси-

фикация субъектов гражданского оборота, обусловленная объемом прокурорских полномочий по отношению к каждой группе участников. При этом отмечена особая роль государства как участника имущественных отношений.

Ключевые слова: субъекты гражданских правоотношений, государство как участник гражданского оборота, публичный интерес, органы прокуратуры, прокурорский надзор, средства защиты в гражданских правоотношениях.

Abstract

The article is an intersectoral study, the subject of which is the norms of Russian law, legal doctrine and prosecutor's practice in the field of protection of the rights and legitimate interests of participants in civil-law transactions. The methodological basis of the research is based on the provisions of both the general theory of law, civil law, and the human rights scientific direction. Dialectical, formal-logical, historical, comparative-legal, technical-legal, system-structural, statistical methods with methods of analysis, synthesis and description were used as research methods. The article pays due attention to the legal category "public interest" as a backbone structure that determines the organization of supervisory activities and the degree of prosecutorial participation in the protection of the violated right. In accordance with this construction, the author's classification of subjects of civil-law transactions is proposed due to the amount of prosecutorial powers in relation to each group of participants. Analyzing the use of the human rights potential of the prosecutor's office in civil and procedural legal relations, the authors argue that, by its legal nature, supervisory activity is universal in nature and today it is the most effective means of protecting the rights of participants in civil-law transactions.

Keywords: subjects of civil relations, the state as a participant in civil turnover, public interest, prosecution agencies, public prosecutor's supervision, remedies in civil legal relations.

Обеспечение конституционных положений о многообразии и равенстве всех форм собственности, свободе граждан распоряжаться своими способностями, единстве экономического пространства, свободе конкуренции, обязанности государства защищать права и свободы своих граждан и другие закрепленные в Конституции РФ гарантии, влияющие на содержание правового статуса лица – субъекта, способного владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом, возложено на органы государственной власти и местного самоуправления. Устранение препятствий, мешающих в полном объеме обладать правами, вытекающими из указанных конституционных гарантий, в большей мере возложено на органы прокуратуры РФ, которые наряду с судебными органами возглавляют по частоте обращения к ним правоохранительную и правозащитную систему государства.

Препятствия могут носить самый разнообразный характер и содержание, что непосредственно влияет на выбор одной из юрисдикционных форм для их устранения.

С учетом того, что существование реального юридического механизма защиты права собственности, обеспечение устойчивого развития частного бизнеса, законность, обоснованность и целесообразность распоряжения государствен-

ной собственностью – основа экономической безопасности РФ и ее устойчивого экономического развития, значение деятельности прокуратуры в обеспечении законности гражданского оборота сложно переоценить. Еще в период 2005–2008 гг. специалисты констатировали существенную модернизацию методов прокурорской деятельности, обусловленную новыми экономическими условиями [16. – С. 11], и такая модернизация не могла не повлиять на формирование эффективной практики защиты прав собственников мерами прокурорского реагирования и участия.

Прежде всего надлежащей защитой должны были быть обеспечены права и интересы хозяйствующих субъектов, а также провозглашенная свобода экономической деятельности. Огромную роль в данной работе сыграло наделение прокуроров полномочиями, согласно которым контролирующие органы стали обязаны согласовывать с ними проверки деятельности хозяйствующих субъектов, в том числе внеплановые выездные. Необходимо ли уточнять, что данное полномочие существенно повлияло на снижение числа злоупотреблений со стороны должностных лиц контролирующих органов? Безусловно, что эффективность защиты прокурорами интересов хозяйствующих субъектов стала возрастать в геометрической прогрессии прежде всего из-за наличия

четких оснований для отказа в согласовании проверки: отсутствия документов, доказывающих наличие оснований для ее проведения, которые должны прилагаться к соответствующему заявлению; отсутствия оснований для внеплановости проверки; несогласия прокурора с подведомственностью вопросов, составляющих предмет планируемой проверки; подпадания предмета проверки одновременно под юрисдикцию нескольких контролирующих органов и некоторых других оснований.

В это же время начинает усиленно формироваться ведомственная нормативная база органов прокуратуры, направленная на обеспечение прав и свобод человека и гражданина РФ, обеспечение его законных интересов, при этом охране права собственности как «материальной основе и экономическому выражению свободы личности» [17. – С. 8] было уделено повышенное внимание как элементу конституционного статуса личности.

Практически сразу начинают обособляться самостоятельные отрасли надзорной деятельности, обеспечивающие решение единой фундаментальной задачи по обеспечению и охране органами прокуратуры права собственности, например, прокурорский надзор за соблюдением прав на объекты интеллектуальной собственности; защита права собственности предпринимателей; надзор в сфере жилищных правоотношений и т. д. Разумеется, это повлияло на формирование соответствующих методик прокурорской деятельности, направленных на повышение эффективности работы в пределах самостоятельной отрасли.

Авторы публикации не преследуют цель охарактеризовать надзорную работу отдельных отраслей, целью выступает иллюстрация возможностей обеспечения и охраны права собственности мерами прокурорского участия, представление данного органа как серьезного защитника субъектов гражданского оборота, правозащитный потенциал которого стремительно увеличивается в связи с реализацией соответствующей государственной политики.

Большинство норм, обеспечивающих экономические права граждан, а именно к данной области относится право частной собственности и свобода экономической деятельности, принадлежит к отрасли гражданского права, и это существенно индивидуализирует характер надзорной деятельности прокуратуры в данной сфере.

Во-первых, в области гражданско-правовых отношений существенно утрачивается такое свойство прокурорской деятельности, как ее инициативность.

Инициативность деятельности – это то, что отличает прокуратуру от большинства правоохранительных органов. Правовая природа инициативности базируется на уникальном статусе прокуратуры как основного субъекта по поддержанию законности в государстве и предоставленных законом полномочиях. Указанное свойство позволяет осуществлять деятельность по проверке соблюдения законодательства, не дожидаясь непосредственного обращения в органы прокуратуры участника правового спора или правового конфликта. Инициативный характер надзорной деятельности обуславливает высокий профилактический эффект правоохранительной работы, устраняет предпосылки для нарушения прав участников общественных отношений.

Во-вторых, гражданское законодательство характеризуется высокой степенью диспозитивности, отмечает Н. Д. Бут, а диспозитивные нормы – нормы общего дозволения выпадают из поля надзорной деятельности прокуратуры, проверке подлежит лишь исполнение норм регулятивных и исполнительных [3. – С. 94]. Следовательно, даже при прямом обращении субъекта, посчитавшего, что его интересы нарушены, в органы прокуратуры, прокуроры не имеют правовых оснований и полномочий вторгаться в сферу частноправовых отношений.

Поэтому применительно к прокурорской деятельности в сфере защиты прав участников гражданского оборота необходимо отметить следующую закономерность – чем больше распространены в гражданском праве публичные начала, тем чаще прокуроры представляют и защищают публичные интересы в гражданско-правовых отношениях.

Таким образом, можно утверждать, что на ширину границ прокурорской надзорной практики и представительства самым непосредственным образом влияет юридическая категория «публичный интерес», а именно – его доля в гражданском правоотношении.

В-третьих, необходимо отметить двойственность прокурорской деятельности в гражданско-правовой и гражданско-процессуальной сферах, особенно ярко она выражается в гражданском судопроизводстве при выдвижении прокурором иска для защиты нарушенного права или интере-

са участника гражданского оборота. С одной стороны, прокурором транслируется воля государства, направленная на защиту, охрану или восстановление права, для того прокурор и наделен властными полномочиями для выполнения государственного предписания о безусловном обеспечении права. С другой стороны, защищая право конкретного субъекта гражданского правоотношения, прокурор, тем самым, поддерживает режим законности в государстве, распространяющийся на всех без исключения участников гражданского оборота.

Таким образом, посредством прокурорского участия в гражданском судопроизводстве реализуется идеальное сочетание частных и публичных начал в праве.

Рассматривая актуальные аспекты прокурорской деятельности в сфере гражданского оборота, авторы решили не придерживаться принятой в гражданском праве классификации его участников, а усложнить ее, принимая объем «публично-го интереса» за системообразующий признак, позволивший классифицировать участников на группы, каждой из которых свойственны определенные характеристики прокурорской работы, сопровождающей деятельность данной группы в области гражданско-правовых отношений:

1. Российская Федерация и система государственных органов власти, ее представляющих.
2. Муниципальные образования.
3. Физические лица – участники гражданского оборота, обладающие статусом субъекта предпринимательской деятельности.
4. Физические лица – участники гражданского оборота, не обладающие статусом субъекта предпринимательской деятельности.
5. Иные участники.

Первая группа – Российская Федерация и система государственных органов, ее представляющих, а также вторая группа – муниципальные образования – характеризуются самым активным прокурорским надзорным сопровождением в сфере гражданского оборота.

Нормы гражданского законодательства предусматривают возможность представления интересов государства в качестве самостоятельного и равного с другими участниками имущественных отношений субъекта посредством участия прокуратуры в гражданско-правовых отношениях. В данном случае неправильно говорить о надзорной деятельности прокуратуры, скорее речь идет о некой форме представительства, при

которой государство делегирует надзорному органу полномочие представлять и защищать его интересы.

Участие государства в имущественных отношениях в качестве равного иным субъектам гражданского оборота участника – тема глубоко дискуссионная на страницах юридической литературы.

Совершенно справедливо, с нашей точки зрения, мнение В. Г. Голубцова о том, что «... публично-правовая сущность государства не может не оказывать влияния на частноправовые отношения, субъектом которых выступает государство» [6. – С. 61]. Автор указывает, что одна только ссылка в ст. 124 ГК РФ на особый статус государства автоматически исключает его равенства с иными участниками гражданского оборота [6. – С. 67].

Исследуя вопросы управления публичной собственностью, А. В. Винницкий задается вопросом о возможности вообще публично-правовых образований руководствоваться общими нормами гражданского законодательства и выступать как обычный субъект, равный физическим и юридическим лицам, и приходит к выводу, что такая позиция неправильна с точки зрения правовой природы публичного института, обусловлена исключительно сложившимися в советский период взглядами в цивилистической науке и нуждается в переосмыслении [4. – С. 83–84].

Особенную сложность, с точки зрения авторов публикации, представляет вопрос рассмотрения в качестве самостоятельного субъекта имущественных отношений органов местного самоуправления. Как справедливо указывает Д. Г. Файзрахманов, они автономны – обособлены от системы органов государственной власти, наделены необходимым имуществом на праве оперативного управления и вся их гражданско-правовая активность низведена до права совершать сделки для обеспечения внутрихозяйственной деятельности, и все перечисленное затруднительно рассматривать в качестве достаточных оснований для придания им статуса юридического лица [24. – С. 209].

При этом, затрагивая аспект имущественной ответственности, практически никто из исследователей не усматривает в статусе государства как участника гражданского оборота никаких отличительных особенностей, например, в вопросе возмещения убытков, причиненных в результате незаконных действий или бездействия государ-

ственных органов как самом распространенном случае участия государства в гражданском процессе в качестве ответчика.

Таким образом, определение гражданско-правового статуса публичных институтов продолжает обсуждаться не только в отрасли гражданского права, очень много неясного остается именно в общетеоретическом плане, нуждаются в детализации, развитии и комментариях отдельные положения российского законодательства.

Все это делает уникальным участие прокурора в гражданском процессе при представлении и защите публичных интересов, так как подобным участием проявляется сложный правовой статус надзорного органа: во-первых, прокуратура выступает как основной субъект соблюдения законности, и в этом реализуется ее надзорная сущность, во-вторых, особенно ярко проявляется ее правозащитная правовая природа. В своей деятельности прокуратура охватывает не только обеспечение прав физических и юридических лиц, но и интересы публичные – государства и общества.

Необходимо отметить, что для участия прокурора в гражданском судопроизводстве для представления публичных интересов ему нет нужды приобретать какие-либо дополнительные специальные полномочия, полномочия участия целиком и полностью охватываются его основным статусом защитника от имени государства всех субъектов общественных отношений, чьи права, свободы и законные интересы нарушены и которые по различным причинам не могут защитить их путем личного участия в судебном процессе.

Как отмечает в своем диссертационном исследовании Е. В. Токарева, непосредственным участником гражданского оборота государство выступает крайне редко, самая распространенная форма – распоряжение государственной собственностью через органы государственной власти [23. – С. 96], а потому прокурорская практика по указанному направлению должна быть освещена в тематическом контексте данной публикации в первую очередь.

Наиболее часто встречаются следующие формы неправомерного распоряжения публичной собственностью, выявленные органами прокуратуры:

- использование государственного и муниципального имущества без законных оснований (например, в г. Комсомольске-на-Амуре руководители ряда детских образовательных учрежде-

ний передавали в аренду муниципальное имущество, закрепленное на праве оперативного управления за учреждениями для детей, без предварительного согласования с собственником имущества) [18];

- занижение стоимости объектов государственной собственности (так, анализируя результаты прокурорских проверок соблюдения законодательства о государственной и муниципальной собственности в 2019 г., прокуроры Республики Калмыкия выявили свыше 500 нарушений, среди которых широко распространена практика передачи коммерчески привлекательной собственности в пользование на необоснованно льготных условиях) [12];

- ненадлежащий учет публичной собственности (так, в мае-июне 2019 г. прокуратурой Приморского края установлены многочисленные факты нарушения порядка ведения органами местного самоуправления реестров муниципального имущества. С целью устранения выявленных нарушений закона главам муниципальных образований внесены представления) [19].

Все выявляемые прокуратурой нарушения в рассматриваемой области можно охарактеризовать одной формулировкой – «распоряжение имуществом с нарушением закона и вопреки публичным интересам».

Сфера распоряжения публичной собственностью неразрывно связана с коррупционными проявлениями, поэтому систематический мониторинг соблюдения законности в сфере управления государственным и муниципальным имуществом органы прокуратуры проводят параллельно с реализацией плана мероприятий по противодействию коррупции, это и объясняет тот факт, что многие выявленные нарушения просто минуют гражданское судопроизводство, сразу же попадая в сферу уголовной юстиции.

Рассматривая аспект представительства прокуратурой интересов государства как участника гражданско-правовых отношений, в которые оно вступает прямо или опосредованно, авторы предприняли попытку максимально раскрыть правовую дефиницию «публичный интерес».

В деятельности прокуратуры публичный интерес представляет самостоятельную правовую категорию и соответственно может выступать самостоятельным объектом правовой защиты, в случаях же представления прокурором в судебных органах интересов публичных образований, в том числе самой Российской Федерации, пуб-

личный интерес превращается в предмет правовой защиты, наличие которого обязательно, т. к. государство в общей теории права рассматривается прежде всего как субъект – представитель интересов общества и наделенный для того обществом властными полномочиями. Следовательно, государственный интерес представляется категорией более узкой к публичному интересу, и они соотносятся друг к другу как часть и целое.

Совершенно справедливо указывает Е. В. Токарева на оценочность категории «публичный интерес» и на подвижность границы между интересами публичными и частными, обусловленную постоянным смещением степени государственного регулирования тех или иных общественных отношений, степени их нормативного оформления [23. – С. 10].

Публичный интерес должен содержать очень четкие нравственные ориентиры из-за невозможности охватить нормативным регулированием все разнообразие общественных отношений, да в этом и отсутствует необходимость. Давая правовую оценку определенным событиям, действиям, бездействию, принятым решениям должностных лиц, прокурор не может ограничиться только формированием мнения о нарушении или не нарушении действующих нормативных предписаний, оценке должно подлежать и то, как это событие, решение, действия нарушают представления большинства представителей общества о справедливости, гуманизме, равенстве и тому подобных категориях.

Таким образом, мера свободы и самостоятельности субъекта гражданского правоотношения – категория совершенно конкретная, должна определяться применительно к каждой ситуации индивидуально, и процесс ее оценки не сводится только к констатации прокурором факта соблюдения или нарушения действующего законодательства. При этом нельзя утверждать, что публичные интересы имеют для прокурорского работника приоритетное значение, в некоторых случаях реализация частного интереса, если он базируется на провозглашенных личных правах и свободах граждан, должна главенствовать над интересами публичными.

Так, Н. Д. Бут, признанный авторитет по вопросам охраны права собственности мерами прокурорского реагирования, приводит в своей публикации пример об оспаривании в Кировской области прокурорами 79 незаконных муници-

пальных нормативных правовых актов, устанавливающих разрешительный порядок рубки зеленых насаждений на участках, находящихся в собственности физических и юридических лиц и не относящихся к системе городского озеленения [2. – С. 7].

Как уже отмечалось авторами, кроме интереса государственного, категория публичного интереса включает в себя интерес общественный, который на страницах научной печати иногда ассоциируется с государственным, что представляется авторам неправильным в связи с четкой их дифференциацией в отдельных нормах права. Так, например, п. 1 ч. 1 ст. 152.1 ГК РФ освобождает от обязанности испрашивать разрешение у родственников умершего на размещение его изображения, если это необходимо в государственных, общественных и иных публичных интересах. Попытаемся разобраться с данными категориями применительно к прокурорской деятельности.

Общественный интерес неразрывно связан с представлением об обществе как об общности отдельных социальных групп, так как, по нашему представлению, отдельный индивид, прежде всего, воспринимает себя как представителя определенной социальной группы, а только потом уже как члена общества в целом. Таким образом, говоря об общественном интересе как объекте правовой охраны и защиты прокуратуры, можно говорить об общности интересов множества индивидов, обладающих комплексом прав, гарантируемых государством каждой личности или личности именно из-за ее принадлежности к социальной группе. Следовательно, защищая права конкретного индивида, прокурор представляет интересы либо всех без исключения членов общества, либо всех представителей какой-либо социальной группы как структурного элемента общества.

Вывод представляется авторам очевидным – при реализации прокуратурой такой функции как защита прав и свобод человека и гражданина автоматически осуществляется защита и представление общественных интересов. При этом не имеет значения, идет ли речь о защите прав граждан – обманутых дольщиков, прав предпринимателей при незаконном и безосновательном отказе отдельным из них в мерах государственной финансовой поддержки и т. д. Во всех случаях меры прокурорского реагирования служат решению основной задачи – поддержанию в обществе режима законности, соблюдению прав и

свобод субъектов гражданского оборота, и так как право собственности выступает процессуальной гарантией, – поддержанию конституционного порядка.

Не разрушает данной концепции и правовая дефиниция «неопределенный круг лиц» – круг субъектов, которых прокурору невозможно вовлечь в процесс в статусе истцов из-за невозможности их индивидуализации. Защита прав неопределенного круга лиц в данном случае выступает всего лишь процессуальным выражением защиты публичного интереса как материально-правовой категории. Однако защита прав неопределенного круга субъектов – участников гражданского оборота, защита их публичного имущественного интереса представляется авторам сомнительной правовой конструкцией, в данном случае мы полностью разделяем мнение Н. Батаевой, считающей, что такая процессуальная форма иска как представление интересов неопределенного круга лиц возможна только при защите неимущественных прав [1. – С. 43].

Прокурорская практика содержит примеры попыток защиты имущественных прав неопределенного круга субъектов, но для объективности необходимо отметить, что такие попытки судебными органами были не поддержаны. Так, начальник отдела прокуратуры Забайкальского края А. Арутюнов, давая разъяснение хозяйствующим субъектам о защите имущественных прав и освещая проблемы оспаривания прокурором в арбитражном суде сделок, заключенных с нарушением закона, приводит серьезные аргументы в пользу нарушения именно публичных интересов при нарушении сделкой прав публично-правового образования [14] и возможности защиты имущественных прав именно неопределенного круга субъектов. Также не поддержал Пятигорский городской суд Ставропольского края аналогичный заявленный иск прокурора в защиту имущественных прав неопределенного круга лиц в интересах публично-правового образования – муниципального образования администрации г. Пятигорска [21].

Авторы не считают возможным поддержать правильность предпринимаемых попыток, примеры которых приведены, но сам факт их существования свидетельствует о недостаточном правовом урегулировании применения категории «публичный интерес» в гражданско-правовой сфере, о существовании свободного поля для дальнейших теоретических исследований.

Таким образом, защита мерами прокурорского реагирования распространяется на всех субъектов гражданского оборота, представляющих публичный интерес, в том числе государственный и общественный, и для этого нет необходимости в расширении полномочий прокуратуры, в полном объеме достаточно тех, которые на сегодняшний день предоставляет данному органу Федеральный закон о прокуратуре.

Третья группа – физические лица, обладающие статусом субъекта предпринимательской деятельности, пользуются активной прокурорской защитой в свете реализации государственной концепции оздоровления экономики Российской Федерации, повышения предпринимательской инициативы граждан в силу положений федеральных законов, прямых указаний Президента Российской Федерации и властно-распорядительных актов Генерального прокурора РФ.

В начале января 2021 г. в журнале «Законность» был опубликован Приказ Генпрокуратуры России от 11 января 2021 г. № 2 «Об обеспечении участия прокуроров в гражданском и административном судопроизводстве», сменивший ранее действовавший одноименный властно-распорядительный акт Генерального прокурора РФ от 10 июля 2017 г. № 475. В целом даже поверхностный анализ нормативного документа позволяет сделать вывод о том, что вопросу эффективности участия прокурора в гражданском судопроизводстве придается все большее значение. О данной тенденции свидетельствует и актуальная прокурорская практика за 2020 г., обобщенная Генеральной прокуратурой Российской Федерации по основным направлениям работы: прокуроры все чаще становятся участниками судебных процессов по гражданским делам, не ограничиваясь случаями обязательного участия, предусмотренными ч. 3 ст. 45 ГПК РФ и широко используя при этом предоставленные законом полномочия.

Данная тенденция представляется нам весьма закономерной – усложняются формы общественных отношений, все большее количество сфер общественной жизни получает надлежащее нормативное регулирование, а, следовательно, входит в предмет прокурорской надзорной деятельности. Но не только фактор активного правотворчества участил случаи защиты прокурором прав и законных интересов в гражданском судопроизводстве, существенно участились случаи прямых поручений Президента Российской Фе-

дерации к Генеральной прокуратуре РФ о проведении внеплановых проверок, результатом которых становится выявление нарушений законодательства, а также прав и свобод предпринимателей, для защиты которых прокурор соответственно выбирает одну из двух юрисдикционных форм: внесудебную или судебную.

Такая социальная ориентированность формирует фундамент престижа надзорного ведомства, повышает уровень доверия к данному правоохранительному органу.

Кроме того, в надзорном ведомстве активно распространяется практика организации выездных и онлайн встреч с гражданами либо с какой-либо определенной социальной группой граждан.

Так, применительно к практике защиты надзорным органом субъектов предпринимательской деятельности, в своем интервью Генеральный прокурор РФ И. Краснов приводит данные, что в результате таких встреч в 2020 г. было пресечено нарушение прав 197 тыс. субъектов предпринимательской деятельности, при этом по результатам проведенных проверок привлечено к административной и дисциплинарной ответственности за нарушение прав предпринимателей своими действиями и решениями 43 тыс. должностных лиц, в 214 случаях материалы проверок были переданы в органы предварительного расследования с последующим возбуждением уголовных дел [9].

Данный же высший орган надзорного ведомства 19 февраля 2021 г. отчитался о начале работы с 1 января прямого канала связи для представителей бизнес-сообщества, о создании которого объявил И. Краснов, выступая на Петербургском международном экономическом форуме. Посредством данного канала в Генеральную прокуратуру РФ уже поступило 268 обращений, среди которых 93 обращения содержало жалобу о неправомерных действиях в отношении имущества, в том числе рейдерстве, 45 – о нарушении порядка размещения заказов для публичных нужд и т. д. [20]. Все поступающие сообщения немедленно рассматриваются Генеральным прокурором РФ и, в зависимости от их содержания, либо направляются в прокуратуры субъектов РФ с указанием произвести проверку, либо передаются в Управление по надзору за соблюдением прав предпринимателей для дальнейшего разрешения. Безусловно, данные нововведения не могут не укреплять доверия к работникам

надзорного ведомства как ключевого элемента механизма этого правоохранительного института.

Прокуратура РФ в данном случае выступает сугубо как надзорный орган, реализуя свое основное направление правоохранительной деятельности, названное в числе прочих в ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» от 17 января 1992 № 2202-1.

В данной связи особого внимания заслуживает Приказ Генеральной прокуратуры РФ от 31 марта 2008 г. № 53 «Об организации прокурорского надзора за соблюдением прав субъектов предпринимательской деятельности», ценность которого, как руководящего источника, заключается в двойном аспекте регламентации надзорных полномочий прокуроров. С одной стороны, в приказе подробно закреплены основы надзора за соблюдением прав и законных интересов предпринимателя, с другой стороны, данный приказ содержит руководящие положения о надзоре за законностью деятельности самого предпринимателя, закреплена обязанность прокуроров контролировать, чтобы в результате осуществляемой им предпринимательской деятельности не причинялся вред правам граждан, а также не ограничивались права иных предпринимателей путем, например, совершения действий, направленных на устранение законной конкуренции.

Рассматривая деятельность прокуратуры по отношению к четвертой группе – физическим лицам, не обладающим статусом субъекта предпринимательской деятельности, необходимо отметить резкое снижение объема публичного интереса в правоотношениях, и, как следствие, существенное сокращение объема прокурорского участия, который не выходит за границы так называемого общего надзора.

Это же отмечает О. В. Ермакова, указывая на то, что во многих общественных сферах публичный интерес существенно уступает границы частному: сфера распоряжения личной свободой и имуществом, сфера проявления личной инициативы и т. д. [8. – С. 125], что представляется авторам абсолютно разумным. Прокурорскому вмешательству должны подлежать исключительно случаи реализации субъективного права вне сферы частноправовых отношений, нарушившие личные права и свободы иных граждан, а также публичные интересы общества и государства, реализуемые его органами.

Однако из данного правила есть исключение: речь идет о субъектах, вступающих в частнопра-

вовые отношения, но обладающих особым правовым статусом лица, пользующегося повышенной государственной защитой в силу прямого нормативного предписания. В данном случае надзорные обязанности прокуроров определяются не наличием в гражданско-правовом отношении «публичного интереса», а наличием «публичной воли» – прямого нормативного установления о том, что субъект пользуется государственной защитой в большем объеме, чем это предусматривает общий статус гражданина РФ, и данный специальный правовой статус требует либо надлежащего прокурорского надзорного сопровождения процесса реализации права участника гражданского правоотношения, либо немедленного реагирования в случае нарушения его права.

Таким специальным правовым статусом обладают прежде всего несовершеннолетние и иные социально незащищенные лица. Защита имущественных прав указанных участников гражданского оборота находится под пристальным вниманием прокуратуры. Так, в августе 2020 г. в Пермском крае, Кемеровской области – Кузбассе, Самарской и Ростовской областях прокурорами в судебном порядке восстановлены имущественные права 24 детей на жилые помещения, приобретенные за счет средств материнского капитала [22]. В начале марта 2021 г. во исполнение 8 представлений органов прокуратуры Приморского края Приморским региональным отделением Фонда социального страхования России более чем 500 инвалидам произведена выплата компенсации за самостоятельно приобретенные технические средства реабилитации на сумму 3,5 млн рублей [13].

Необходимо подчеркнуть, что иногда защитить имущественные права таких специальных субъектов становится возможным только после вмешательства органов прокуратуры. Так, в октябре 2019 г. прокуратура Республики Калмыкия отчиталась о проделанной надзорной работе по защите прав несовершеннолетних. В результате проверочных мероприятий было установлено, что с личных счетов несовершеннолетних, пребывающих в Элистинском доме-интернате для умственно отсталых детей, систематически снимались денежные средства, которые впоследствии расходовались на обеспечение жизнедеятельности воспитанников – на приобретение одежды, обуви, средств личной гигиены, подгузников, полотенец, лекарственных средств и пр. В

общей сложности за несколько лет с личных счетов несовершеннолетних воспитанников было снято около 2 млн рублей. В результате прокурорского реагирования имущественные права детей-сирот были восстановлены в полном объеме [11].

О важности соблюдения общих гуманистических начал в правоохранительной деятельности неоднократно говорилось на страницах специальной литературы, особенно ярко соблюдение нравственной категории «гуманизм» проявляется именно в надзорной работе органов прокуратуры за соблюдением прав граждан, нуждающихся в особой государственной защите. Как справедливо отмечает Н. М. Яковлев, «...человеческий фактор был, есть и остается определяющим в прокурорской службе. Каждый прокурор – изделие штучное. На том и держалась, и будет держаться почти трехвековая история прокуратуры» [25. – С. 4]. Таким образом, реальная эффективность надзорной деятельности по данному направлению в принципе невозможна без развитого на высоком уровне правосознания прокурорских работников, раскрывающегося через диалектическую взаимосвязь гуманизма и правовой культуры, т. к. одними властно-распорядительными предписаниями невозможно обеспечить повышенную ответственность, участие, стремление к социальной справедливости и защите субъектов, не способных самостоятельно защитить свои права.

Авторы обоснованно упоминают о значимости в прокурорской деятельности гуманистических начал и высокой правовой культуры, рассматривая надзор за соблюдением прав физических лиц – участников гражданских правоотношений. Учитывая частноправовой характер таких отношений, прокуроры должны уметь безошибочно определять те случаи, в которых они могут или прямо обязаны представлять интересы физического лица – участника гражданского оборота.

Как абсолютно верно указала Н. А. Игонина во вступительном докладе к Круглому столу в Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, посвященному защите прав социально незащищенных категорий граждан, «четкого нормативного мерила степени защищенности или незащищенности гражданина не предлагает ни один нормативный акт» [7. – С. 7]. Данный вопрос в большинстве случаев относится к сфере субъективной оценки правоприменителя и, следовательно, в своей деятельности прокуроры должны

ориентироваться либо на прямое указание в нормативных источниках отдельной категории граждан как субъектов, нуждающихся в особой защите посредством представления их интересов в судебных органах или посредством принятия мер прокурорского реагирования, либо руководствоваться общим положением ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» о прокурорском надзоре за соблюдением прав и свобод человека и гражданина и детализированном в Приказе Генерального прокурора Российской Федерации от 7 декабря 2007 г. № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина», который ориентирует прокуроров на широкое использование всех предоставленных законом полномочий и правовую оценку фактов нарушения прав граждан с позиции нетерпимости любого нарушения закона.

Довольно сложно составить точное представление о реальном объеме защиты имущественных интересов физических лиц посредством прокурорского участия: статистические данные сосредоточены по многим отдельным статьям прокурорской отчетности. К сожалению, систематизированные количественные показатели по всем группам участников гражданского оборота содержатся в материалах узкотематических круглых столов по вопросам надзорной деятельности, координационных совещаний для работников органов прокуратуры, диссертационных исследованиях, проведенных с использованием статистических данных по отчетам о работе прокурора по форме «ОН» «Надзор за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина», не размещаемых в свободном доступе, что, разумеется, затрудняет объективное представление о возможностях защиты прав субъектов гражданского оборота мерами прокурорского реагирования.

Но и отдельные сведения, приводимые исследователями, при внимательном осмыслении способны наглядно раскрыть правозащитный потенциал надзорного органа по обеспечению и охране прав физических лиц в гражданско-правовой сфере. Так, например, Н. Н. Честных, занимая в 2016 г. должность заместителя начальника управления по надзору за соблюдением прав и свобод граждан Главного управления по надзору за исполнением федерального законодательства Генеральной прокуратуры РФ,

приводит данные о 40 тыс. поданных за год исков только в интересах граждан, имеющих правовой статус инвалида, и взыскании в их пользу 1 млрд руб. [7. – С. 139]; по сведениям исследовательской группы Университета прокуратуры Российской Федерации в 2019 г. в защиту прав детей-сирот прокурорами в суды направлено 26,8 тыс. исков [11] и т. д.

Размещаемые на сайте Генеральной прокуратуры РФ в режиме открытого информационного доступа статистические данные об основных показателях деятельности органов прокуратуры содержат сведения, содержательное понимание которых, к сожалению, затруднительно для исследователей, не представляющих в комплексе организационно-правового механизма функционирования прокурорской системы. Однако после характеристики надзорной работы по охране прав последней, пятой предложенной условной группы участников гражданского оборота – иных участников, авторы обязательно обратятся к краткому анализу сведений из официальной статистической отчетности за прошедший 2020 год, характеризующих деятельность прокуратуры Российской Федерации по охране, защите и представлению прав и законных интересов всех субъектов гражданско-правовых отношений.

Категорию «иные участники», представленную юридическими лицами, не являющимися публичными институтами, характеризует государственное участие в их деятельности, выстраиваемое по принципу «что не разрешено, то запрещено», и представлено оно следующими основными компонентами: установлением порядка получения правового статуса; регламентацией порядка осуществления деятельности; установлением запрета на осуществление определенных видов деятельности или совмещение одним юридическим лицом некоторых видов деятельности; категорическим требованием о соблюдении прав и законных интересов иных участников гражданского оборота; установлением перечня субъектов, правомочных осуществлять контроль деятельности и их полномочия.

Авторы умышленно не указывают на предпринимательство как на вид деятельности, осуществляемой юридическими лицами, входящими в пятую предложенную группу, то есть предполагается, что в перечень входят все разрешенные законом виды деятельности, а оценка законности деятельности, фактически осуществляемой конкретным юридическим лицом, должна осуществ-

ляться исходя из его общей или специальной правоспособности.

Как и в отношении физических лиц, имеющих статус субъекта предпринимательской деятельности, надзорная прокурорская практика является двуединой: с одной стороны осуществляется надзор за соблюдением законных интересов юридического лица, с другой стороны, осуществляется надзор за законностью деятельности самого юридического лица, правда в очень ограниченном объеме – в данном случае очень наглядно соблюдается установленный в ст. 4 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» запрет подменять в своей работе иные контролирующие органы. В полном объеме надзорный орган может присоединиться к контролирующим субъектам только когда есть достаточные основания полагать, что в результате деятельности юридического лица причиняется вред правам и интересам граждан или деятельность создает потенциальную угрозу общественному порядку, общественной безопасности, общественной нравственности и здоровью населения, основам государственного управления и конституционного строя. Необходимо отметить, что во втором случае органы прокуратуры действуют опосредованно, обращаясь для окончательной правовой оценки в судебные органы.

Если юридическое лицо осуществляет предпринимательскую деятельность, то надзор за соблюдением его законных интересов осуществляется согласно руководящим положениям уже упомянутого в публикации Приказа Генеральной прокуратуры РФ от 31 марта 2008 г. № 53 «Об организации прокурорского надзора за соблюдением прав субъектов предпринимательской деятельности» и на сегодняшний день характеризуется следующими типичными выявляемыми прокурорами нарушениями, отмечаемыми специалистами на страницах научной печати. Так, по мнению З. Б. Гадаборшевой, основными нарушениями являются: издание субъектами публичной власти незаконных правовых актов; продолжающиеся превышения полномочий контролирующими субъектами; создание искусственных административных барьеров со стороны органов государственной власти; отсутствие прозрачности проводимых контролирующими органами проверок [5. – С. 4]. И. В. Кароян в свою очередь указывает на отсутствие обоснованности при определении глубины вмешательства в осуществляемую деятельность при реализации кон-

трольных мероприятий и явную избыточность предъявляемых требований к деятельности, превышение пределов нормативных предписаний [10. – С. 19].

Авторам представляется очевидность разницы между надзором за соблюдением прав юридических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, и надзором за соблюдением прав предпринимателей – физических лиц. В первом случае прокурорская деятельность осуществляется в границах общего надзора за соблюдением действующего законодательства, во втором случае надзор приобретает более инициативный характер – к общему надзору прибавляется надзор за деятельностью публичных институтов, таких, как органы государственной власти и органы местного самоуправления, способных причинить вред интересам предпринимателей. Непосредственно сама предпринимательская деятельность граждан остается за пределами надзора.

При этом необходимо отметить универсальный характер деятельности прокуратуры в сфере предпринимательства: кроме непосредственного «прокурорского» законодательства широко применяются прокурорами нормативные источники, регламентирующие все формы экономической деятельности или отдельные ее аспекты.

В заключение необходимо привести статистические данные об основных показателях деятельности органов прокуратуры РФ за 2020 год за соблюдением прав и законных интересов участников гражданского оборота. Так, в порядке гражданского производства прокурорами направлено в судебные органы 282 809 исков против 359 367 в 2019 г., что составило снижение на 21,3% и характеризует общее улучшение состояния обеспечения прав участников гражданского оборота [14].

Однако статистика о выявленных нарушениях в отдельных сферах или допущенных в отношении отдельных категорий участников гражданского оборота продолжает демонстрировать ненадлежащее состояние законности. Так, выявленные нарушения прав всех субъектов предпринимательской деятельности наглядно подтверждает высказываемое специалистами мнение о продолжающемся системном нарушении их законных интересов, в 2020 г. прокурорами были выявлены 197 253 нарушений против 186 948 в 2019 г. (+5,5%), прокурорами в связи с этим в 2020 г. направлено в судебные органы 3 519 ис-

ков, в предыдущем отчетном периоде их количество составило 3 033 (+16%).

Продолжает сохранять противоправные проявления сфера исполнительного производства, также демонстрирующая положительную статистическую динамику – в 2020 г. прокурорами выявлено 149 088 нарушений прав участников гражданского оборота против 140 988 в предыдущем году (+5,7%).

Продолжает свидетельствовать о неудовлетворительном состоянии разрешения правовых споров участников гражданского оборота в рамках арбитражного судебного процесса – на законность и обоснованность судебных постановлений по арбитражным делам в органы прокуратуры в общем поступило 1 233 обращения по сравнению с 1 105 в 2019 г. (+11,6%).

Несмотря на приведенные сведения о сохраняющихся положительных показателях выявленных нарушений законодательства, статистические данные по отдельным направлениям правоохранительной деятельности прокуратуры демонстрируют поступательное улучшение состояния законности. Так, выявление фактов нарушения законодательства о государственной и муниципальной собственности продолжило и в 2020 г. сохранять отрицательную динамику: 6 985 нарушений по сравнению с 7 243 в 2019 г. (–3,6%), в судебные органы соответственно направлено 346 исков по сравнению с 414 в 2019 г. (–16,4%), что свидетельствует о результативности превентивной правоохранительной, в том числе прокурорской деятельности в сфере оборота государственной и муниципальной собственности.

Сохраняется отрицательная динамика выявляемых нарушений в области закупок для государственных и муниципальных нужд, что доказывает эффективность предпринимаемых мер для поддержания режима законности в сфере закупок и снижение количества коррупционных проявлений: в 2020 г. прокурорами установлено 7 137 случаев нарушения законодательства против 8 104 в предыдущем отчетном периоде (–11,9%), в судебные органы направлено 141 исков по сравнению с 105 в 2019 г. (+34,3%).

Снизилось количество обращений в органы прокуратуры по вопросам законности и обоснованности постановлений по гражданским делам (25 479 в 2019 г.; 23 947 в 2020 г.; –6,0% соответственно), а также улучшились еще отдельные показатели надзорной, административной, процессуальной работы прокуроров, что доказывает

правильность и эффективность применяемых методов организации прокурорской деятельности.

В данной статье авторы предприняли попытку продемонстрировать возможности эффективной защиты прав и законных интересов субъектов гражданских правоотношений мерами прокурорского реагирования и представительства. Прежде всего, хотелось объективно представить коллегам институциональное и функциональное преимущество данного правоохранительного органа по сравнению с иными публичными институтами защиты и охраны права.

На наш взгляд, даже конституционно-правовой потенциал судебной защиты уступает в данной сфере правозащитному потенциалу органов прокуратуры. Прежде всего, это обусловливается возможностью надзорного органа гораздо оперативнее восстанавливать правомерное состояние.

Кроме того, необходимо указать на широкие превентивные возможности органов прокуратуры по предотвращению правового конфликта или правового спора путем реализации надзорных полномочий, предоставленных данному органу законодательством, без получения каких-либо дополнительных полномочий. Судебные же органы осуществляют правозащитную деятельность на этапе существующего правового конфликта, когда право участника гражданского оборота уже нарушено и для удовлетворения интереса истца необходимы в современных условиях объективной действительности длительные восстановительные процедуры.

Сравнивая правозащитный потенциал прокуратуры с полномочиями иных административных, в том числе контролирующих органов, авторы констатируют существенную уступку последних в объеме и универсальности полномочий по защите и охране права.

Эффективность деятельности прокуратуры должна только обеспечиваться надлежащим информационным сопровождением в целях эффективной организации надзора за исполнением законов о собственности, соблюдением прав и законных интересов участников гражданского оборота. Прокуроры должны обладать широким перечнем систематически обновляемых сведений, оперативный доступ к которым на сегодняшний день поступательно обеспечивается созданием единой цифровой среды, полное формирование которой должно быть завершено к концу 2025 г.

Как показала правозащитная практика, управленческое решение начала 2000 г. о выводе значительного потенциала прокуратуры из сугубо уголовно-правовой сферы и распространение его на иные юрисдикционные области дало блестящий социальный результат – в государстве появился публичный орган раннего предупреждения различных правонарушений с универсальными полномочиями по поддержанию режима

законности, применительными к любой сфере общественных отношений, правозащитный потенциал которого только продолжает нарастать, что наглядно подтверждает количество субъектов, обратившихся в органы прокуратуры за прошедший год и получивших там правовую помощь и защиту.

Список литературы

1. Батаева Н. Необходимо ввести институт группового иска // Российская юстиция. – М. : Юрид. лит. – 1998. – № 10. – С. 43–45.
2. Бут Н. Д. Деятельность прокуратуры в сфере защиты права частной собственности // Вопросы экономики и права. – 2016. – № 1. – С. 7–11.
3. Бут Н. Д. Обеспечение прокурором баланса частного и публичного интересов в сфере защиты экономических прав // Государство и право. – 2019. – № 5. – С. 90–97.
4. Винницкий А. В. Участие публичных образований в имущественных отношениях: проблемы сбалансированности административно-правового и гражданско-правового регулирования // Административное и муниципальное право. – 2010. – № 11. – С. 83–91.
5. Гадаборшева З. Б. Прокурорский надзор за исполнением законодательства в сфере предпринимательской деятельности: дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2013.
6. Голубцов В. Г. Государство как частноправовой субъект: правовая природа и особенности // Журнал российского права. – 2010. – № 10. – С. 61–77.
7. Деятельность органов прокуратуры по защите прав социально незащищенных категорий граждан : сб. материалов круглого стола (г. Москва, 22 апреля 2016 г.) / под общ. ред. А. Ю. Винокурова. – М., 2016.
8. Ермакова О. В. Иерархия частного и публичного интереса через призму интереса как правовой категории в теории права // В сб.: 25 лет Гражданскому кодексу Российской Федерации: традиции и новации частноправового развития : материалы международной научно-практической конференции (с элементом школы молодого ученого). – 2019. – С. 120–127.
9. Интервью Генерального прокурора Российской Федерации Игоря Краснова «Российской газете» 08 декабря 2020 // Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. – URL: <https://genproc.gov.ru/special/smi/news/news-1894644> (дата обращения: 03.03.2021).
10. Кароян И. В. Общие положения о государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле за деятельностью юридических лиц в России // Уникальные исследования XXI века. – 2016. – № 9 (21). – С. 19–35.
11. О результатах исследований, проведенных в Университете прокуратуры Российской Федерации по вопросам защиты прокурорами прав детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей // Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. – URL: <https://genproc.gov.ru/smi/news/genproc/news-1832538/> (дата обращения: 01.03.2021).
12. О результатах надзорных мероприятий в сфере законодательства о государственной и муниципальной собственности // Новости Прокуратуры РФ. – URL: <https://procrf.ru/news/1515027-o-rezultatah-nadzornyyih-meropriyatiy-v-sfere-zakonodatelstva-o-gosudarstvennoy-i.html> (дата обращения: 08.03.2021).
13. Органами прокуратуры принимаются меры по защите прав инвалидов // Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. – URL: <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/mass-media/news?item=59574786> (дата обращения: 12.03.2021).
14. Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. – URL: <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/activity/statistics/office/result?item=58866781>

15. Официальный сайт Прокуратуры Забайкальского края. – URL: https://epp.genproc.gov.ru/web/proc_75/activity/legal-education/explain?item=48741467
16. Паламарчук А. В. Надзор за соблюдением прав субъектов предпринимательской деятельности // Законность. – 2008. – № 11. – С. 8–11.
17. Паламарчук А. В., Бут Н. Д. Прокурорский надзор за исполнением законов о защите права частной собственности / под общей редакцией А. В. Паламарчука. – М., Генеральная прокуратура Российской Федерации, Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2017.
18. Прокуратура края выявила более ста нарушений законодательства о государственной и муниципальной собственности при распоряжении имуществом // Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. – URL: <https://genproc.gov.ru/smi/news/regionalnews/news-222198/> (дата обращения: 08.03.2021).
19. Прокуратура Приморского края. – URL: <http://prosecutor.ru/news/2019-07-16-voprosy-ispolneniya.htm> (дата обращения: 08.03.2021).
20. Прямая линия для предпринимателей // Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. – URL: <https://epp.genproc.gov.ru/web/gprf/internet-reception/personal-receptionbusiness-line> (дата обращения: 03.03.2021).
21. Решение № М-2585/2013 2-2565/13 2-2565/2013~М-2585/2013 2-2565/2013 от 21 ноября 2013 г. // Судебные и нормативные акты. – URL: <https://sudact.ru/regular/doc/pkuWNOccqzL5/> (дата обращения: 12.03.2021).
22. Состояние законности и соблюдение прав граждан при реализации национальных проектов остается безусловным приоритетом для органов прокуратуры // Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. – URL: <http://genproc.gov.ru/smi/news/archive/news-1888114/> (дата обращения: 12.03.2021).
23. Токарева Е. В. Защита прокурором публичного интереса в гражданском процессе : дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2014.
24. Файзрахманов Д. Г. Органы власти как субъекты имущественных отношений // Актуальные проблемы права, экономики и управления. – 2015. – № 11. – С. 209–210.
25. Яковлев Н. М. Морально-нравственные качества прокурора государственного обвинителя (НАЧАЛО. ЧАСТЬ 1) // Юридический факт. – 2019. – № 45. – С. 3–9.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-90-95>

Правовые вопросы функционирования системы электронного правосудия

П. И. Чувахин

преподаватель департамента международного и публичного права
Финансового университета при Правительстве Российской Федерации;
старший преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин РЭУ им. Г. В. Плеханова.
Адрес: ФГБОУ ВО «Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации»,
125993, Москва, Ленинградский пр-т, д. 5/1;
ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: chuvakhin.petr@yandex.ru

Legal Issues of the Functioning of the Electronic Justice System

P. I. Chuvakhin

Lecturer of the Department of International and Public Law
of the Financial University under the Government of the Russian Federation;
Senior Lecturer of the Department of Civil Disciplines of the PRUE.
Address: Financial University under the Government of the Russian Federation,
51/1 Leningradsky Prospekt, Moscow, 125993, Russian Federation,
Plekhanov Russian University of Economics, 36 Stremyanny Lane,
Moscow, 117997, Russian Federation.
E-mail: chuvakhin.petr@yandex.ru

Аннотация

Представленная статья посвящена анализу и в последующем предложению возможного решения проблем, связанных с диджитализацией судебной системы во всем мире, ставшей особенно актуальной в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19), которая охватила все континенты. С учетом проведенного анализа международных систем правосудия, включая электронное правосудие, и международно-правовых актов, а также доктринальных источников отечественных и международных исследователей, разрешается вопрос о необходимости направления всех сил на внедрение и последующее совершенствование технологий искусственного интеллекта, который способен грамотно осуществлять ряд функций судов, и тем самым облегчить загруженность судебных органов посредством принятия «смарт-решений». Технологии искусственного интеллекта смогут эффективно разгрузить судебный аппарат от рутинного производства, которое занимает наибольшее количество времени у судебных инстанций. Систему искусственного интеллекта можно будет использовать в делах приказного и упрощенного производства ввиду того, что многие из этих дел не обладают повышенным уровнем сложности и основаны на ряде неопровержимых и допустимых доказательств, не подпадающих под сомнение. При этом в большинстве случаев в материалах дел отсутствуют мотивированные возражения какой-либо стороны спора, что еще больше упрощает процесс и полномочия судей будут ограничиваться лишь проверкой расчета суммы исковых требований, что вполне можно поручить алгоритму искусственного интеллекта.

Ключевые слова: диджитализация, судебная система, судья, судебный орган, интернет-суд, искусственный интеллект, экспериментальный режим, смарт-решение, электронное правосудие, электронная платформа, персональные данные.

Abstract

The article is devoted to the analysis and subsequent proposal of a possible solution of the problems of the digitalization of the judicial system in the world, which takes special actuality due to the spread of a new coronavirus infection COVID-19 that has captured all continents. Considering the analysis of international justice systems, especially electronic justice, and international legal acts, as well as the doctrinal sources of domestic and international researchers, the question of the need to direct all efforts to the introduction and subsequent

improvement of artificial intelligence technologies, which is able to competently perform a number of functions of the courts, and thereby ease the workload of the judiciary through the adoption of "smart decisions", is resolved. Artificial intelligence technologies will be able to effectively unload the judicial apparatus from routine proceedings, which take the most time from the courts. The artificial intelligence system can be used in cases of ordered and simplified proceedings due to the fact that many of these cases do not have an increased level of complexity and are based on a number of irrefutable and admissible evidence that does not come into question. At the same time, in most cases, there are no motivated objections of any party to the dispute in the case materials, which further simplifies the process and the powers of the judges will be limited only to checking the calculation of the amount of claims, which may well be entrusted to the artificial intelligence algorithm.

Keywords: digitalization, judicial system, judge, judicial body, Internet court, artificial intelligence, experimental mode, smart solution, electronic justice, electronic platform, personal data.

В современном мире цифровизация охватила практически все сферы жизнедеятельности общества. Пандемия COVID-19 стала стимулом для развития цифровой экономики. Прогресс мировой цивилизации привел к становлению новой цифровой реальности, которая не имеет аналогов в истории человечества [9].

Пандемия COVID-19 является катализатором процесса диджитализации, поскольку количество дел и материалов в Российской Федерации, рассмотренных судами за 11 месяцев 2020 г., превысило аналогичный прошлогодний показатель [7].

Так, Председатель Верховного суда Российской Федерации Вячеслав Лебедев акцентировал внимание на том, что гражданам рекомендована подача документов через электронные интернет-приемные судов. Например, в период с 19 марта по 11 мая 2020 г. поступило свыше 360 тысяч процессуальных документов в электронном виде – это на 120 тысяч больше, чем в такой же период 2019 г. Более 13 тысяч дел были рассмотрены судами по видео-конференц-связи. За это время судами было рассмотрено более 3 млн 400 тысяч дел и документов с ними связанных. В период первого полугодия 2020 г. количество рассмотренных гражданских дел увеличилось на 3%, т. е. на 240 тысяч. В свою очередь количество рассмотренных административных дел увеличилось на 1 млн 320 тысяч, т. е. на 76% в сравнении с первым полугодием 2019 г.

В сложившихся условиях COVID-19 особенно актуальной становится цифровизация правосудия, поскольку объем обращений пользователей к государственной автоматизированной системе «Правосудие» за 2020 г. превысил 3 млрд запросов, а количество поданных в суд документов составило более 2 млн [2]. Как видно из статистических данных, нагрузка на судебную систему в период пандемии значительно увеличилась, при этом необходимость улучшения функционирования системы правосудия возросла.

На современном этапе развития судебной системы главной задачей выступает внедрение цифровых технологий в судопроизводство. Функционирование системы судов в большинстве стран мира связано с созданием электронного правосудия, обеспечивающего максимальную прозрачность и открытость судебного процесса, что приведет к повышению эффективности судопроизводства. Электронное правосудие является формой и способом реализации предусмотренных законом процессуальных действий с использованием информационных технологий в деятельности судов.

Элементами электронного правосудия выступают подача исковых заявлений и ходатайств в электронном виде, отслеживание процесса судебного разбирательства через интернет-ресурсы и системы, а также извещение сторон о дате начала судебного процесса с помощью SMS-уведомлений¹.

Примером усовершенствования судебной системы может стать использование искусственного интеллекта (ИИ) в правосудии. В данном случае искусственный интеллект представляет собой не только техническое устройство, которое направлено на оптимизацию судопроизводства, но и определенную альтернативу осуществления полномочий судей. То есть ИИ будет выступать как средство частичного переноса ряда возможностей людей в сфере мыслительной деятельности в плоскость информационных (цифровых) технологий.

Следует подчеркнуть, что законодательством европейских стран уже установлен и закреплён

¹ Приказ Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 28 декабря 2016 г. № 252 «Об утверждении Порядка подачи в арбитражные суды Российской Федерации документов в электронной форме, в том числе в форме электронного документа». – URL: <https://base.garant.ru/77664735/> (дата обращения: 06.02.2021).

ряд норм использования в судебной системе ИИ. Например, первая Европейская этическая хартия об использовании искусственного интеллекта в судебных системах была принята Европейской комиссией по эффективности правосудия (далее – СЕРЕУ) Совета Европы¹.

По мнению СЕРЕУ, применение результатов деятельности ИИ в правосудии повысит уровень качества и эффективность судебной системы. Вместе с тем ИИ должен быть использован с учетом соблюдения основных прав и свобод человека, гарантированных, в частности, нормами Европейской конвенции о правах человека (далее – ЕКПЧ)² и Конвенции Совета Европы о защите персональных данных³. Искусственный интеллект должен выступать инструментом осуществления как общего, так и частного интереса.

Европейская этическая хартия закрепила основополагающие принципы, которые должны соблюдаться ИИ в судебной системе: принцип уважения основных прав; принцип недискриминации; принцип прозрачности, беспристрастности и справедливости; принцип качества и безопасности; принцип «под контролем пользователя».

Обработка судебных решений с помощью искусственного интеллекта в гражданских, коммерческих и административных делах сможет повысить предсказуемость применения закона в судебных решениях с учетом соблюдения обозначенных принципов. В уголовных делах использование ИИ должно рассматриваться с особыми оговорками в целях предотвращения дискриминации на основе конфиденциальных данных согласно гарантиям справедливого судебного разбирательства.

Использование ИИ может варьироваться: расширенные поисковые системы прецедентного права; помощь в составлении документов; онлайн-разрешение споров; анализ; категоризация контрактов и выявление расходящихся и несовместимых договорных положений; чат-боты для информирования сторон о судебном разбира-

тельстве. Искусственный интеллект будет способствовать упрощению рассмотрения судебных материалов и дел, что снизит нагрузку на судебную систему в целом.

Опыт зарубежных государств показывает, что ИИ уже используются при вынесении судебных решений. Например, система «Электронный судья» в Бразилии направлена на анализ показаний свидетелей и вещественных доказательств в рамках разрешения споров дорожно-транспортных происшествий⁴. ИИ после анализа материалов и доказательств предлагает проект решения на рассмотрение судьи. Таким образом, ИИ частично выступает субъектом толкования.

Еще одним примером является электронная система Elterngeld в Германии, принимающая решения по исковым заявлениям о детских пособиях. ИИ производит анализ законодательства страны, сопоставляет нормы права и выносит решение о назначении пособия или об отказе в его назначении⁵.

В Китайской Народной Республике искусственный интеллект осуществляет следующие функции: содействие судьям при принятии решения; предоставление правовой информации участникам судебного процесса и повышение качества услуг [4]. Система «умных судов» в Китае способствует созданию специализированных интернет-судов в Ханчжоу, Пекине и Гуанчжоу, которые разрешают онлайн-спору при минимальных издержках. Суды рассматривают дела, связанные с нарушением личных и имущественных прав в Интернете, а также возникающие из-за споров об ответственности за качество товаров при покупке в онлайн-магазинах. Интернет-суды – первые суды в КНР, в рамках которых весь судебный процесс осуществляется онлайн, в том числе регистрация и сбор документов, представление доказательств, осуществление судебного разбирательства, вынесение и исполнение судебного решения. Только на 31 октября 2019 г. интернет-суды приняли в производство 118 764 электронных дел, коэффициент подачи

¹ European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment. – URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (дата обращения: 06.02.2021).

² European Convention on Human Rights. – URL: <http://docs.cntd.ru/document/1000003045> (дата обращения: 06.02.2021).

³ Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (заключена в г. Страсбурге 28 января 1981 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2014. – № 5. – Ст. 419.

⁴ Электронный судья. – URL: <https://www.osp.ru/news/2000/0428/584703> (дата обращения: 07.02.2021).

⁵ Elterngeld. – URL: <https://surfin-birds.ru/kindergeld-elterngeld-betreuungsgeld/> (дата обращения: 07.02.2021).

исковых заявлений которых составил 98,8% от общего объема¹.

Судебные инстанции Китая также разработали электронную судебную систему «Мобильный микросуд», которая осуществляет функции распознавания лиц, удаленного видео- и аудиоэлектронных подписей и иные. В рамках данной системы можно подать иски, заявлять, переслать материалы и обменяться доказательствами, а также участвовать в слушании дела и провести медиацию [6].

С целью оптимизации обработки электронных доказательств судебные инстанции КНР внедряют и разрабатывают модель блокчейна в судопроизводстве, в рамках которой с помощью информационных цифровых технологий защищается система хранения доказательств и осуществляется недопущение контрафактных электронных доказательств. Например, платформа «Цепь весов», запущенная интернет-судом Пекина в 2018 г.²

КНР, столкнувшись с пандемией COVID-19, одна из первых приняла нормативно-правовые акты в период пандемии. Так, в пункте 2 Уведомления «Об усилении и стандартизации онлайн-судопроизводства в условиях профилактики и контроля распространения эпидемии COVID-19» установлена обязанность судов всех уровней осуществлять онлайн-судопроизводство³.

С помощью технологий ИИ была создана информационная система 206 system, которую впервые применили при рассмотрении уголовного дела в суде Шанхая [8]. Например, когда судья или государственный обвинитель обращались к ИИ, то он выводил на монитор необходимые доказательства. Платформа воспроизвела запись с камер видеонаблюдения и продемонстрировала психиатрическое заключение. Системой можно пользоваться и при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий, а именно: она может контролировать ведение допроса в соответствии с существующим массивом дел разных типов,

способствовать устранению недостатков при получении следственных доказательств.

Следующим примером является платформа примирения и посредничества Rechtwijzer в Нидерландах, действие которой актуально для судебных разбирательств, затрагивающих права физических лиц, включая функционирование института аренды и разрешение семейных споров⁴.

Во Франции действуют такие программные обеспечения, как Justice.fr⁵ (определяет компетентный суд и загружает формы документов для направления жалобы или ходатайства); Sagace (предоставляет возможность сторонам судебного разбирательства знакомиться с материалами судебного дела); Consultation Avocats⁶ (осуществляет консультацию с юристами по различным вопросам); Medicys⁷ (используется для разрешения потребительских споров).

В США активно используется платформа DARE, распознающая ложные показания свидетелей [5]. ИИ оценивает различные параметры: мимику, речь, голосовые данные и иные поведенческие особенности человека. В США также действует платформа PredPol⁸ для хранения сведений о типовом поведении физических лиц. Эти данные служат для оценки вероятности повторного совершения подозреваемым преступления. Стоит отметить, что лицо, в отношении которого использовались алгоритмы цифровой программы, имеет право ознакомиться с правилами функционирования ИИ.

Подтверждением возможностей искусственного интеллекта выступает исследование ученых из Университетского колледжа Лондона и Университета Шеффилда, которые разработали программное обеспечение, предсказывающее исход реальных дел в судебных процессах. ИИ было предсказано решение Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) с точностью до 79%. ИИ-судьей был вынесен такой же вердикт, как и

¹ 电子试用平台. – URL: <https://www.bjinternetcourt.gov.cn/> (дата обращения: 07.02.2021).

² 打造社会影响力高、产业参与度高、安全可信度高的司法区块链. – URL: <https://tpl.bjinternetcourt.gov.cn/tpl/> (дата обращения: 07.02.2021).

³ 最高人民法院关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知. – URL: <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-220071.html> (дата обращения: 07.02.2021).

⁴ Rechtwijzer. – URL: <https://rechtwijzer.nl/meer-informatie/gratis-juridisch-spreekuur-rechtwijzer-gaat-telefonisch-door> (дата обращения: 07.02.2021).

⁵ Justice.fr. – URL: <https://www.justice.fr/> (дата обращения: 07.02.2021).

⁶ Avocats spécialisés Conseil des Prud'hommes. – URL: <https://www.justifit.fr/trouver/avocats/france/conseil-des-prudhommes/> (дата обращения: 07.02.2021).

⁷ Médicys, l'alternative à un procès coûteux. – URL: <https://medicys.fr/> (дата обращения: 07.02.2021).

⁸ Predpol. – URL: <https://www.predpol.com/> (дата обращения: 07.02.2021).

ЕСПЧ, в четырех делах из пяти. Искусственным интеллектом был изучен большой массив информации по каждому спору, отсканировано около 584 дел с решениями, и только после этого было вынесено мотивированное собственное решение¹.

Так, американский судья Ричард Познер подчеркивает, что использование ИИ и автоматизации процессов деятельности должно ограничиваться оказанием определенной помощи судьям в выявлении собственных предубеждений, которые могут затронуть объективность решения [3]. Именно поэтому должны существовать четко определенные правила и нормативы, которые бы защищали персональные данные. Стоит также отметить, что в рамках Европейского союза Регламент 2026/79 Европейского парламента и Совета от 27 апреля 2016 г. о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных и отмене Директивы 95/46/ЕС (далее – GDPR) предоставляет возможность передавать информацию о данных между государствами-членами [10]. Получатель должен соблюдать правила GDPR с целью передачи персональных данных за пределы ЕС.

Пандемия коронавируса в Российской Федерации стала импульсом для процесса диджитализации, а именно для развития искусственного интеллекта в системе правосудия. Российская Федерация обладает существенным потенциалом, который необходим для того, чтобы стать одним из ключевых международных лидеров в вопросе развития и использовании технологии ИИ².

Что представляет собой искусственный интеллект? Данный механизм является комплексом технологий, которые позволяют машине имитировать когнитивные функции человека и при этом получать результаты, сопоставимые с интеллектуальной деятельностью самого человека³.

В субъекте Российской Федерации – в Москве – с 1 июля 2020 г. проводится эксперимент по установлению специального экспериментального режима, который поможет обозначить необходимые границы и создать условия для внедрения цифровых технологий и алгоритмов искусственного интеллекта. По окончании эксперимента появится возможность использовать результаты применения ИИ. Экспериментальный правовой режим установлен сроком на 5 лет. Позднее введение такого режима станет возможным и на территории других субъектов Российской Федерации⁴.

Принципами данного режима являются полная его прозрачность; защита прав и свобод человека и гражданина, защита безопасности личности, общества и государства; доступ к результатам применения искусственного интеллекта без дискриминационных условий⁵.

Глава государства России поручил правительству Российской Федерации простимулировать вложение компаниями инвестиций во внедрение отечественного программного обеспечения с ИИ. Для этого будет предоставлен доступ к информации из государственных систем. Однако главным условием станет защита персональных данных⁶.

Таким образом, на наш взгляд, технологии искусственного интеллекта могут и должны быть использованы в российской системе судопроизводства уже сейчас. Речь идет не о судебных разбирательствах, которые не могут быть проведены без участия человека в самом процессе, а именно

URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/72738946/> (дата обращения: 07.02.2021).

⁴ Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2020. – № 31. – Ст. 5017.

⁵ Федеральный закон от 24 апреля 2020 г. № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2020. – № 17. – Ст. 2701.

⁶ Перечень поручений Президента Российской Федерации от 31 декабря 2020 г. № Пр-2242. – URL: <http://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/64859> (дата обращения: 07.02.2021).

¹ PreArtificial Intelligence judge. – URL: <https://www.universityherald.com/articles/45702/20161024/artificial-intelligence-judge-predict-outcome-european-court-trials.htm> (дата обращения: 07.02.2021).

² Указ Президента Российской Федерации от 10 октября 2019 г. № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации». – URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201910110003> (дата обращения: 07.02.2021).

³ Национальная стратегия развития искусственного интеллекта на период до 2030 года (Утверждена Указом Президента Российской Федерации от 10 октября 2019 г. № 490). –

о делах, где, например, ответчик либо отрицает без доказательств свою позицию по наличию задолженности, либо же не отрицает, что он должен другому лицу. ИИ с помощью анализа фактов и обстоятельств будет предоставлять смарт-решение или несколько вариаций данных решений. Передача однотипных дел с несложной фактурой системе ИИ предоставит возможность правоприменителю сосредоточиться на сложных делах, тем самым снизится загруженность судебных органов и повысится уровень реализации правосудия в Российской Федерации.

По нашему мнению, технологии ИИ смогут эффективно разгрузить судебный аппарат от рутинного производства, которое занимает наибольшее количество времени у судебных инстанций. Систему ИИ можно будет использовать в делах приказного и упрощенного производства ввиду того, что многие из этих дел не обладают повышенным уровнем сложности и основаны на ряде неопровержимых и допустимых доказательств, не подпадающих под сомнение. При этом в большинстве случаев в материалах дел отсутствуют мотивированные возражения какой-либо стороны спора, что еще больше упрощает процесс. При этом полномочия судей будут ограничиваться лишь проверкой расчета суммы иско-

вых требований, что вполне можно поручить алгоритму ИИ.

В условиях пандемии и в век наибольшего развития цифровых технологий становится необходимым создание систем, в том числе в сфере правотворчества и правоприменения, которые бы регулировали данные технологии, а также процесс их эффективного использования. Стоит также понимать, что ИИ не руководствуется такими категориями, как моральный самоконтроль, самоанализ и чувство ответственности, присущее человеку. Исходя из этого суть использования ИИ в правосудии заключается не в представлении замены юристов высокотехнологичными роботами-машинами, а в повышении качества и оптимизации судебной системы. Отметим, что возможное внедрение технологии ИИ в электронном правосудии не будет ограничиваться такой категорией, как «смарт-решение». Посредством утвержденного алгоритма ИИ сможет сравнивать правовые нормы между собой и определять их иерархию, давать экспертную оценку и выявлять посредством этого правовые пробелы и коллизии в системе законодательства и многое другое.

В заключение обратимся к словам Евгения Владимировича Васьковского: «Чем короче и легче путь от предъявления иска к вынесению решения, тем совершеннее процесс» [1].

Список литературы

1. *Васьковский Е. В.* Избранные работы польского периода. – М. : Статут, 2016.
2. Востребованность электронных ресурсов судебной системы. – URL: https://www.vsrp.ru/press_center/mass_media/29467/
3. *Заплатина Т. Г.* Искусственный интеллект в вопросе вынесения судебных решений, или ИИ-судья // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). – 2019. – № 4. – С. 160–168.
4. Искусственный интеллект как часть судебной системы. – URL: <https://www.law.ru/article/22959-kradushchiysya-tigr-kak-iskusstvennyy-intellekt-stanovitsya-chastyu-sudebnoy-sistemy-kitaya>
5. *Левченко Г.* Искусственный интеллект обучили распознавать ложь в суде. – URL: <https://republic.ru/posts/88575>
6. Правосудие на кончиках пальцев: опыт КНР. – URL: https://zakon.ru/blog/2020/05/02/pravosudie_na_konchikah_palcev_opyt_knr_83633
7. Российские суды во время пандемии COVID-19. – URL: https://www.vsrp.ru/press_center/mass_media/29375/
8. Технологии искусственного интеллекта. – URL: <https://regnum.ru/news/2560256.html>
9. *Хабриева Т. Я.* Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал российского права. – 2018. – № 9. – С. 5–16.
10. 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) // Official Journal of the European Union. – 2016. – L 119. – P. 1–88.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-96-104>

Сущность концессионного соглашения в американском праве

А. Э. Рыбкин

студент магистратуры факультета международного частного права
Всероссийской Академии Внешней Торговли
при Министерстве экономического развития
Российской Федерации.

Адрес: ФГБОУ ВО «Всероссийская Академия Внешней Торговли
при Министерстве экономического развития
Российской Федерации», 119285, Москва, Воробьевское шоссе, 6А.
E-mail: rabble1234@yandex.ru

Essence of the Concession Agreement in American Law

A. E. Rybkin

Master Student of the Department of the International Private Law
of the Ministry for Economic Development of the Russian Federation.
Address: Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development
of the Russian Federation, 119285, Moscow, Vorobyovskoe shosse, 6A.
E-mail: rabble1234@yandex.ru

Аннотация

Правовая природа института концессионного соглашения до сих пор остается не очевидной. Данный аспект вызван тем, что концессионное соглашение объединяет частно-правовые и публично-правовые начала. В целях более глубокого изучения данного института необходимо обратиться к зарубежному праву. В статье рассматривается понятие концессионного соглашения в праве США. В США сущность концессионного соглашения подчиняется теории «комплексности», т. е. соглашения, находящегося на стыке публичного и частного права. В статье были изучены публично-правовые и частно-правовые элементы теории комплексности и то, как они влияют на регулирование концессионного соглашения в праве США. Изученная судебная практика, доктринальные источники и исторические предпосылки позволяют установить, что институт концессии является разновидностью франшизы в американском праве. Право США подразделяет франшизу на публичную и частную. Причем именно институт публичной франшизы отвечает всем признакам концессии. Рассмотренные в статье нормы Федеральной Системы Закупки США определяют концессионное соглашение как правительственный контракт на «закупку» услуг у концессионера для нужд Правительства США. Концепция концессионного соглашения как один из методов государственной закупки рассматривалась и в российской доктрине и не является особенностью только права США. Также было произведено исследование влияния концепции общественного интереса на институт концессии в американском и российском праве. Автором предложено закрепить понятие «общественный интерес» в отечественном законодательстве о концессиях с учетом американского опыта. Произведенный в статье сравнительно-правовой анализ института концессии с другими схожими институтами в праве США свидетельствует о том, что в американском праве отсутствует единообразие терминов, что в свою очередь вызывает необходимость в более детальном изучении конкретного правового института в законодательстве США. Применительно к концессии и концессионному соглашению сложность в сравнении вызывает существование различных видов концессий, например горная концессия. Также законодательные акты отдельных правительственных ведомств и агентств содержат свою квалификацию понятия концессии и концессионного соглашения.

Ключевые слова: концессионное соглашение, концессия, франшиза, публичная франшиза, право США, общественный интерес, концедент, концессионер, американская судебная практика, правительственный контракт, закупочный контракт, суд, услуги, правительственные органы, горная концессия.

Abstract

The nature of the institute of a concession agreement is still not obvious. This aspect is caused by the fact that the concession agreement combines private law and public law principles. For a deeper study of this institution, it is necessary to refer to foreign law. This article deals with the concept of a concession agreement in US law. In the United States, the essence of the concession agreement is subject to the theory of "complexity", i. e. an agreement at the junction of public and private law. The article explored the public and private legal elements of the theory of complexity and how they affect the regulation of the concession agreement in US law. The studied case law, doctrinal sources and historical prerequisites make it possible to establish that the institution of concession is a kind of franchise. US law divides franchise into public and private. Moreover, the institution of public franchise meets all the features of concession. The rules of the US Federal Procurement System discussed in the article define a concession agreement as a government contract for the "procurement" of services from a concessionaire for the needs of the US Government. The concept of a concession agreement as one of the methods of public procurement was considered in the Russian doctrine and is not a feature of only US law. A study of the impact of the concept of public interest on the institution of concession in American and Russian law was also made. The author proposes to consolidate the concept of "public interest" in the domestic legislation on concessions, taking into account the American experience. The article makes a comparative legal analysis of the institution of concession with other similar institutions in US law, which indicates that there is no uniformity in terms of American law, which requires a more detailed study of a specific legal institute in US law. Applied to a concession and concession agreement, the complexity in comparison is caused by the existence of different types of concessions, for example a mining concession. Also, the legislative acts of separate government departments and agencies contain their own qualifications for the concept of a concession and a concession agreement.

Keywords: concession agreement, concession, franchise, public franchise, US law, public interest, concessor, concessionaire, American case law, government contract, procurement contract, court, services, government agencies, mining concession.

Говоря о сущности концессионного соглашения в праве США, необходимо отметить, что в основе концепций американской концессии лежит теория «комплексности», т. е. применения к регулированию концессионного соглашения норм контрактного права с некоторыми изъятиями в пользу публично-правовых начал. Такое сочетание частно-правовых и публично-правовых начал некоторые отечественные и американские цивилисты, например С. А. Сосна [5. – С. 67], Н. Г. Доронина [3. – С. 22], Marcia H. Armstrong, Scott E. Korzenowski [8. – С. 20] называют «*sui generis*», т. е. договор, находящийся на стыке публичного и частного права.

Характерным признаком «публичности» концессионного соглашения в американском праве, согласно Титулу 2 ч. 2.1 п. (b) Федерального постановления о закупках (FAR – Federal Acquisitions regulations) 1946 г., является квалификация данного соглашения как «закупочного контракта», т. е. закупка публичной властью (федеральным органом или муниципальным органом штата) соответствующих услуг у контрагента, который в данном случае выступает «поставщиком» услуг. Применительно к концессии, это – контракт на проведение общественных работ или оказание услуг населению страны в целом или жителям определенного штата

соответствующим публично-правовым органом. Поэтому концессионное соглашение является правительственным контрактом или, как еще иногда его называют, публичным контрактом (public contract).

Тем не менее, как отмечает А. В. Багдасарова, «Термин «публичный» не определяет правовую природу такого контракта, а используется для обозначения категории контрактов, заключаемых органами публичной власти с частными лицами» [1. – С. 177].

Стоит отметить, что концепция, в которой концессионное соглашение является разновидностью закупочного контракта, не только уникальна для права США. В российской доктрине также высказывались идеи о том, что концессионное соглашение является разновидностью государственной закупки. Например, Ю. В. Звоныкина рассматривала концессионное соглашение как один из методов государственной закупки [4]. Также в различных странах ЕС концессионное соглашение является разновидностью закупочного контракта.

Особый интерес в определении характера американской концессии как правительственного контракта здесь вызывает статус и правоспособность публичного органа как стороны в частно-правовом контракте. Верховный суд США в

деле Clearfield Trust Co. против США (1943 г.)¹ постановил, что когда Соединенные Штаты с помощью своих государственных органов заключают контракт, они имеют те же права и принимают на себя те же обязанности, которые есть у частных контрагентов по данному контракту. Государственные органы вступают в коммерческие правоотношения на равных началах. Тем не менее, поскольку у публичного органа есть исключительные полномочия по регулированию общественных отношений, они не могут быть ограничены договором, заключенным с частными контрагентами. Например, частные контрагенты по контракту не могут подать в суд на государственные органы Соединенных Штатов без согласия самих органов в силу «суверенного иммунитета».

Однако данное положение отражает частно-правовое начало концессионного соглашения в американском праве, поскольку публичный орган выступает на равных в контрактах с частными субъектами. Такое равенство между публичным органом и частным контрагентом обусловлено концепцией двойной правоспособности государства. Данная концепция пришла из английского общего права и называется «*rex potest peccare*», что означает «корона не может сделать ничего плохого». Ее смысл заключается в том, что федеральные органы имеют иммунитет от исков частных лиц в рамках своей юрисдикции, если только федеральные органы сами не откажутся от иммунитета или запрет на иммунитет установлен законом. В силу данной доктрины орган публичной власти имеет двойственный статус в контрактах с частными лицами. Тем самым государство одновременно выступает как частный контрагент по договору и как суверен, чьи полномочия не могут быть ограничены обязательствами, вытекающими из контракта.

К регулированию концессионных соглашений в США применяются общие принципы контрактного права, как и для регулирования обычных контрактов между частными лицами. Однако в силу того, что для государства данные публичные контракты имеют особую значимость (применительно к концессии данное соглашение ка-

сается объектов инфраструктуры или общественной деятельности, которая имеет особую значимость для населения государства), то в общих принципах контрактного права имеются изъятия.

Ярко выраженными изъятиями в пользу публично-правовых начал являются: 1) особый порядок заключения контракта (правительственные контракты заключаются в порядке конкурса); 2) ограничения принципа «свободы договора» (например, концедент вправе включить любое условие в концессионное соглашение); 3) право властного органа на одностороннее изменение или отказ от контракта, если того требует общественный интерес в предусмотренных законом или контрактом случаях при условии, что контрагенту будет выплачена компенсация.

Право государственного органа на отказ или изменение условий контракта получило название в американской доктрине как концепция «*Eminent domain*» и оно подвергается критике среди многих американских юристов, поскольку понятие «общественный интерес» четко не установлено законами США и может служить основанием для злоупотребления своим правом со стороны государства (например, изъятие частной собственности у контрагента в собственность государственного органа в корыстных целях).

Также касательно изъятия частной собственности государством и условия о компенсации применяется пятая поправка Конституции США 1789 г., которая гласит, что «частная собственность не должна изыматься для общественных нужд без справедливого вознаграждения». Однако размер такой «справедливой компенсации» ни в американских законах, ни в американской судебной практике четко не определен.

В докладе общественной организации «Независимый институт просвещения» концепция «*Eminent domain*» сравнивается с незаконной экспроприацией, поскольку государство может просто изъять частную собственность, прикрываясь общественными интересами, и выплатить несоразмерную компенсацию частным контрагентам [7].

Такая неопределенность понятий в концепции «*Eminent domain*» служит, по мнению многих американских цивилистов, основанием для закрепления понятия «общественный интерес» прямо в законе.

¹ См.: Clearfield Trust Co. v. United States, 318 U. S. 363, 369 (1943) // Sovereignty Education and Defense Ministry 05.030 Rev.8-20-2016.

Следует отметить, что проблема в квалификации понятия «общественный интерес» для концессионных соглашений существует не только в праве США. Например, в Федеральном законе «О концессионных соглашениях» 2005 г. № 115 также нет четко закрепленного понятия «общественный интерес». Поскольку основной целью концессионного соглашения является удовлетворение общественного интереса посредством деятельности концессионера, закрепление в законе самого понятия «общественный интерес» с учетом специфики института концессии поможет обеспечить более эффективную реализацию соглашения. Например, А. В. Багдасарова предлагает закрепить право концедента в одностороннем порядке изменить условие концессионного соглашения, если того требует общественный интерес, по аналогии с законодательством США [1. – С. 210]. Однако без четко закрепленного понятия «общественный интерес» такое право может стать основанием для злоупотребления со стороны концедента, поскольку, изменяя условия соглашения в одностороннем порядке, концедент будет руководствоваться личными интересами, а не интересами общества.

Еще одним характерным изъятием из общих принципов контрактного права в США является распространение особого режима регулирования на правительственные (публичные) контракты. Специфика данного режима объясняется, во-первых, необходимостью обеспечения общественного интереса, для удовлетворения которого заключаются правительственные контракты; во-вторых, как уже отмечалось ранее, особым статусом властного контрагента, чьи исключительные полномочия по регулированию общественных отношений не могут быть ограничены договором, заключенным с частными лицами.

Под «особым режимом регулирования» понимается применение норм Федерального законодательства, которые регулируют различные аспекты использования государственного имущества, вопросы соотношения юрисдикции федеральных и местных органов власти (муниципальных органов штатов) при заключении указанных контрактов. Поскольку, как уже было упомянуто ранее, концессионное соглашение является закупочным контрактом для государственных нужд, то к нему применяются правила Системы федеральных закупок. Данная система

включает в себя нормы, регулирующие процедуру закупки продукции и услуг для правительственных ведомств, агентств и иных органов, подготовленные Администрацией Генеральных Услуг (General Services Administration) и публикуемые в Федеральном реестре (FR). Данные правила в конечном итоге кодифицируются в Кодекс федеральных правил (Code of Federal Regulations) 1946 г., который пересматривается ежегодно. В Кодекс также входит уже упомянутое Федеральное постановление о закупках.

Кодекс федеральных правил регулирует отношения, вытекающие из правительственных контрактов – на оказание услуг, поставку продукции и осуществление строительных работ для нужд Правительства США.

Следующей особенностью понятия концессионного соглашения в США является квалификация концессионного соглашения в американской судебной практике и в некоторых доктринальных источниках как разновидность «франшизы». Как утверждает американский юрист Marcia H. Armstrong, «исторически франшиза являлась привилегией или прерогативой, предоставленной Британской Короной (Crown). Она могла быть «публичной» или «частной». Неудивительно, что американское право унаследовало данную концепцию» [8. – С. 45].

Согласно своду комментариев к законам США под названием «Американская юриспруденция»¹, правовая природа франшизы выражается в квалификации его как разновидности собственности и, как правило, регулируется теми же нормами в отношении своего использования и защиты, что и иные виды собственности. Соглашение на предоставление публичной франшизы (концессии) является двусторонним договором, подлежащим исполнению в соответствии с предусмотренными в нем условиями.

Причем в понимании американского права именно публичная франшиза схожа с российской концепцией концессии. В подтверждении данного высказывания можно привести в пример п. 8, ст. 522 Свода Федеральных законов (Титул 43 – О телеграфных, телефонных и радиотелеграфных системах) 1989 г., где публичная франшиза определяется как «разрешение

¹ American Jurisprudence (далее – Am. Jur.) // Foreign corporations to Fraternal orders and benefit societies. – 2n ed. – 1968. – Vol. 36. – Franchises. – § 1. – P. 722.

на государственную деятельность в области обеспечения связи населению (включая деятельность, указанную в ст. 546 настоящего Титула), выданную «Государственным агентством» частному оператору независимо от того, выдано ли такое разрешение на основании контракта, сертификата, соглашения или другого разрешения».

Касательно понятия традиционной концессии единого мнения среди российских юристов нет. Например, по мнению И. С. Вахтинского, концессию можно определить как «совокупность отношений, связанную с предоставлением публичной властью (концедентом) частному лицу (концессионеру) в общественном интересе своих прав на эксплуатацию объекта концессии (например, предприятия или месторождения), изъятого из сферы обычной хозяйственной деятельности. Предоставление объекта в концессию обусловлено внесением концессионером платежей за эксплуатацию данного объекта и возможностью компенсации расходов концессионера на исполнение концессионных обязательств за счет сборов, взимаемых концессионером с третьих лиц» [2. – С. 138].

Некоторые цивилисты, например А. В. Багдасарова, отождествляют понятие «концессионное соглашение» и «концессия» во избежание путаницы [1].

Тем не менее, по мнению большинства отечественных цивилистов, концессия – это совместная деятельность государственного и частного элемента по поводу объекта, имеющего общественное значение.

Частная же франшиза в американском праве употребляется для обозначения договора, который в российском праве именуется коммерческой концессией (договор франчайзинга). Это подтверждается Постановлением № 436 «Требования о раскрытии информации, запретах, касающихся франчайзинга, и благоприятных условиях предпринимательства», принятым Федеральной торговой комиссией (ФТК) США еще в 1978 г. Согласно Разделу 436(h) данного Постановления, частная франшиза понимается как разрешение от владельца товарного знака или фирменного наименования, позволяющее другому лицу продавать продукт или услугу под этим именем или товарным знаком.

Для полного раскрытия сущности американской концессии проанализируем процесс фор-

мирования понятия публичной франшизы и его схожести с традиционной концессией.

Впервые в американской судебной практике понятие «публичная франшиза» было упомянуто в деле *Proprietors of Charles River Bridge против Proprietors of Warren Bridge* (1837 г.)¹. В данном деле муниципальный орган Массачусетса заключил контракт со строительной компанией *Charles River Bridge Company* для строительства моста и сбора платы за проезд в 1785 г. В 1828 г. муниципальный орган учредил компанию для строительства различных инфраструктурных проектов в штате под названием *Warren Bridge Company*. Данная компания возвела новый мост для бесплатного проезда рядом с мостом компании *Charles River Bridge Company*. Неудивительно, что жители начали пользоваться новым мостом. Держатели же старого моста начали нести убытки вследствие того, что никто не проезжал через их мост.

Компания *Charles River Bridge Company* подала иск, утверждая, что муниципальный орган нарушил контракт, поскольку деятельность по строительству мостов через данную реку и взыскание сборов за проезд через мост было предоставлено исключительно им. Суд постановил, что по существу договора запрета на строительство еще одного моста на реке в более поздний срок не было. Суд также постановил, что орган не предоставил исключительный контроль над водами реки и не нарушал корпоративных привилегий, препятствуя тем самым извлечению прибыли компанией.

Также в судебном решении было установлено, что властный орган, заключая соглашение на предоставление публичной франшизы, не лишается права на заключение такого же соглашения на осуществление аналогичной деятельности с третьим лицом без выплаты компенсации первому пользователю-концессионеру. Уравновешивая интересы частной компании и интересы штата в экономическом развитии, Суд пришел к выводу, что интерес штата в создании новых путей передвижения и торговли имеет приоритет перед интересами частной компании.

В этом же деле было сформулировано понятие публичной франшизы. Согласно вынесен-

¹ См.: *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U. S. (11 Pet.) 420, 9 L. Ed. 773. – URL: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/36us420>

ному решению, публичная франшиза представляет собой исключительную привилегию на определенную деятельность, ограниченную для других членов в обществе. Под привилегией понимается «своеобразная лицензия или грант», предоставляемые органом суверенной власти для корпорации или физическому лицу на осуществление общественных услуг в целях обеспечения удобства в использовании общественной инфраструктуры, для продвижения общественного процветания или для обеспечения более безопасных и удобных способов транспортировки грузов или пассажиров.

При этом стоит отметить, что в англо-американском праве часто отождествляются институты лицензии и концессии, поскольку они схожи по своему существу обязательствами, а именно: предоставлением одним лицом определенной привилегии другому лицу. Например, американский профессор У. Л. Гуд утверждает, что «Концессия – это право, привилегия, грант или лицензия, дарованная государством частному лицу, корпорации или другому государству с целью осуществления особой экономической деятельности на ее территории» [9. – С. 267]. Тем не менее, институт концессии имеет более комплексную природу, чем лицензия.

Основным отличием лицензии от концессии в американской доктрине является соглашение, которое играет более важную роль, чем в институте лицензии. Как отмечается в Мичиганском правовом журнале, «Лицензионное соглашение – это чаще всего формальность, поскольку условия данного соглашения являются более «мягкими», по сравнению с условиями концессионного соглашения, и не гарантируют защиту прав лицензиата» [6. – С. 706].

Представляется, что условия концессионного соглашения более строгие, нежели условия лицензионного соглашения, поскольку они касаются объектов инфраструктуры, необходимых для благополучия населения. В случае если концессия прекращена в одностороннем порядке публичной властью, и если это произошло не по вине концессионера, то ему выплачивается компенсация. Лицензия же, как правило, может быть досрочно прекращена, приостановлена или ограничена органами, предоставившими лицензию, даже при отсутствии вины лицензиара. Несмотря на приведенные выше аргументы американские суды иногда затрудняются разграничивать данные институты.

Со временем концепция «договора с исключительной привилегией на определенную деятельность» развилась в судебной практике как контракт квази-правительственной природы (quasi governmental nature). Например, в деле WEST COAST DISPOSAL SERVICE, INC. против SMITH (2009 г.)¹ муниципальный совет округа Сарасота, Штата Флорида, заключил концессионное соглашение (публичную франшизу) с транспортной компанией на вывоз мусора в определенной местности с правом на взыскание платы с жителей за оказываемые работы. Однако владелец трейлерного парка г-н Смит был недоволен качеством работы, утверждая, что работники Компании обращались с мусором неумелым образом. Поэтому Трейлерный парк сам стал вывозить мусор, отказываясь при этом платить за услуги Компании. В свою очередь, Компания подала иск в Суд на владельца данного Трейлерного парка за отказ от выплат, а также на то, что вывозя мусор своими силами Трейлерный парк осуществлял тем самым противоправную конкуренцию.

Разрешая это дело, Суд определил, что публичная франшиза – это «контракт с суверенной властью, посредством которого пользователю предоставляется право вести деятельность квази-правительственной природы на соответствующей территории».

Давая такую формулировку, Суд сослался на понятие публичной франшизы, сформулированное в судебном деле 1997 года², в котором небольшая такси-компания обслуживала своих клиентов на той же территории и за те же цены, что и автобусная компания-концессионер. Здесь публичная франшиза была определена как «общее понятие, обозначающие все права, дарованные государством».

Суд также использовал доктринальное понятие публичной франшизы, сформулированное одним из авторитетных судей Верховного суда США Г. Д. Болдуином. Он считал, что «публичная франшиза характеризуется как законное право на определенную государственную дея-

¹ См.: WEST COAST DISPOSAL SERVICE, INC., a Florida Corporation, Appellant, v. Carl E. SMITH and Amy H. Smith, d/b/a Crescent Beach Trailer Park. – URL: <https://www.leagle.com/decision/1962495143so2d3522440>

² См.: Jarrell v. Orlando Transit Company, 1997, 123 Fla. 776, 167 So. 664. – URL: <https://www.leagle.com/decision/1962495143so2d3522440>

тельность, не подлежащее произвольному отзыву властным органом, если только договором не предусмотрено иное» [10. – С. 36].

В своем решении Суд встал на сторону г-на Смита, поскольку вывоз мусора не является осуществлением противоправной конкуренции и ответчик имел законное право на вывоз мусора своими силами и в установленном законом порядке. Предоставляя бесплатную услугу по вывозу мусора для себя и своих арендаторов, ответчик не вмешивался в деятельность транспортной компании и не участвовали в коммерческой конкуренции с истцом.

Из вышеуказанного дела можно сделать вывод, что квази-правительственная природа выражается в праве эксклюзивного или не эксклюзивного характера делать то, что обычно не может осуществляться частными лицами. Следует заметить, что поскольку ответчик занимался той же деятельностью, что и истец-концессионер, при этом не создавал конкуренции и не нарушал закон, это свидетельствует о том, что в некоторых случаях деятельность концессионера может исполняться и другими лицами, если это предусмотрено законом.

Предметом же такого квази-правительственного контракта является осуществление публичной деятельности, например, строительство, эксплуатация, обслуживание публичной инфраструктуры и сбор платежей с пользователей-граждан данной инфраструктуры.

Тем самым прослеживается двойственная природа контракта на предоставление публичной франшизы в американском праве, поскольку имеется частный интерес в получении прибыли, который преследует пользователь франшизы (концессионер), и в то же время общественный интерес, выраженный в различных потребностях населения, для удовлетворения которого орган публичной власти заключает данный договор.

Важной особенностью контракта на предоставление публичной франшизы как концессии является условие о встречном удовлетворении. Здесь необходимо уточнить, что условие о встречном удовлетворении является особенно-стью англо-американского договорного права. Данное условие свидетельствует о «концессионности» американской публичной франшизы, поскольку согласно судебной практике оказание

концессионером услуг населению считается встречным удовлетворением¹.

Некоторые американские юристы сравнивали публичную франшизу с разновидностью монополии. Поэтому условие о встречном удовлетворении играет ключевую роль в разграничении публичной франшизы от монополии. Marcia H. Armstrong утверждает, что «монополия – это предоставленное без встречного удовлетворения право на торговлю определенным товаром или на производство любого конкретного изделия, исключая любую конкуренцию. Тем самым монополия является изъятием права у членов общества и передачей этого права одному или нескольким лицам, исключая всех остальных» [8. – С. 78].

Также в одном из судебных решений Paine Company против Patrick Company (1965 г.)² приведено различие между публичной франшизой и монополией. Суд постановил, что при предоставлении публичной франшизы или лицензии, которая дает право концессионеру на занятие деятельностью, недоступной для остальных участников рынка в силу публичности такой деятельности (например, постройка паромов, мостов и иных объектов инфраструктуры), требуется эквивалентное встречное удовлетворение в обмен на предоставление публичной франшизы (привилегии). Встречное удовлетворение может быть в виде некоего бремени, выраженное в расходах на создание и содержание объекта для его удобного и безопасного использования населением. В противном случае такой договор является ничтожным, поскольку ущемляет права других участников рынка.

Таким образом, публичная франшиза и традиционная концессия схожи по своей природе, поскольку контракт на предоставление публичной франшизы, заключенный, с одной стороны, концедентом в роли федерального или муниципального органа штата и с другой стороны – концессионером в роли частного лица, который обязуется осуществлять квази-правительственную деятельность в интересах общества, по сути своей обладает всеми признаками подлинной концессии за исключением отдельных отличий

¹ См.: Boise Street Car Company v. Van Avery, 1940, 61 Idaho 502, 103 P. 2d 1107. – URL: <https://www.leagle.com/decision/1962495143so2d3522440>

² См.: Paine v. Patrick (1965 г.), 3 Mod. 289, 294. – URL: <https://famguardian.org/>

(например, условие о встречном удовлетворении). Данные отличия вызваны особенностями самой англо-американской системы права.

Следует подчеркнуть, что само по себе понятие «классической» концессии и концессионного соглашения также имеется в американском праве. Например, ст. 403 Собрания актов об управлении национальными парками 1998 г. гласит, что «Посредством концессионного соглашения должностное лицо, а именно Секретарь, передает физическому, юридическому или иному лицу право оказывать услуги, а также обеспечивать удобства и средствами обслуживания клиентов, т. е. посетителей территориальных единиц Системы национального парка».

В отдельных федеральных законах США, таких как «О горной аренде» 1920 г.; «О континентальном шельфе» 1953 г.; «Об аренде земель для добычи каменного угля» 1976 г. также содержатся понятия концессионного соглашения. Тем не менее, в данных законах концессионное соглашение понимается как разновидность горной аренды (*mining lease, mineral lease*). По мнению А. В. Багдасаровой, «понятие американской горной аренды в целом соответствует понятию горной концессии, поскольку первая является разрешением на пользование недрами» [1. – С. 132]. Как правило, в праве США отсутствует единство в терминологии, поэтому это приводит к усложнению уяснения сущности конкретного правового института, в данном случае института горной концессии и горной аренды.

Заключение.

Проведенный в данной статье анализ позволяет прийти к выводу о том, что в США концессионное соглашение является правительственным контрактом, предмет которого – предоставление публичной франшизы (концессии). В силу исторических предпосылок и развития судебной практики сформулировалась концепция концессионного соглашения как контракта на осуществление концессионером квази-правительственной деятельности, т. е. деятельности государственного характера, переданное самим же государством в целях удовлетворения общественного интереса.

Тем не менее, само понятие «общественный интерес» не установлено прямо в праве США и служит основанием для многих споров. Необходимость в закреплении данного понятия также есть и в законодательстве РФ.

При этом в силу отсутствия единых терминов в американском праве существует проблема в разграничении института концессии (публичной франшизой) с похожими правовыми концепциями (лицензия, горная аренда и т. д.). Поэтому необходимо анализировать каждый правовой институт детально, чтобы понять суть анализируемого института.

В целом, в США концессионное соглашение является закупочным контрактом для нужд Правительства США. При этом к таким контрактам применяются общие нормы и принципы контрактного права, однако с некоторыми исключениями для обеспечения публичного интереса, что и является еще одним проявлением публично-правовых начал. Поэтому можно утверждать, что американская концессия подчиняется концепции «комплексности», т. е. договора на границе публичного и частного права (*sui generis*).

Список литературы

1. Багдасарова А. В. Концессионное соглашение в гражданском праве России и зарубежных стран : дисс. ... канд. юрид. наук. – Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России. – М., 2009.
2. Вахтинская И. С. Гражданско-правовые признаки концессионного соглашения : дисс. ... канд. юрид. наук. – МГУ. – М, 2008.
3. Доронина Н. Г. Правовое регулирование иностранных инвестиций (постановка проблем и варианты решения) : дисс ... д-ра юрид. наук. – Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М., 1996.
4. Зворыкина Ю. В. Государственные и муниципальные концессии. – М. : Современная экономика и право, 2002.
5. Сосна С. А. Концессионные соглашения: теория и практика. – М. : Нестор Академик Пабlishерз, 2002.
6. Corporations: Franchise and License Distinguished. Op. cit. Michigan Law Review. – URL: <https://archive.org/details/jstor-1273930>
7. GOVERNMENT INSTITUTED SLAVERY USING FRANCHISES // Sovereignty Education and Defense Ministry 05.030 Rev.8-20-2016.
8. Marcia H. Armstrong UNDERSTANDING AMERICAN PROPERTY RIGHTS Part V – Federal Territorial Legislative Jurisdiction; Public Lands 2000. – URL: <https://famguardian.org/>
9. Wesley Larson Gould // Encyclopedia Britannica. – 1967. – Vol. 6. – P. 267.
10. Justice Baldwin about Proprietors of Charles River Bridge v. Proprietors of, 36 U. S. 420 (1837) 36 U. S. 420 (Pet.). – URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/36/420/>

Обеспечительная передача долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью и акций в практике арбитражных судов Российской Федерации

Д. П. Смирнов

студент магистратуры факультета экономики и права РЭУ им. Г. В. Плеханова.
Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: danil97s@yandex.ru

Security Transfer of Shares in the Authorized Capital of Limited Liability Companies and Shares in the Practice of Arbitration Courts of the Russian Federation

D. P. Smirnov

Master Student of the Faculty of Economics and Law of the PRUE.
Address: Plekhanov Russian University of Economics, 36 Stremyanny Lane,
Moscow, 117997, Russian Federation.
E-mail: danil97s@yandex.ru

Аннотация

Титульное обеспечение исполнения обязательств является одним из наиболее дискуссионных вопросов в российском праве. В доктрине существуют различные взгляды на обеспечительную передачу права собственности. Судебная практика по вопросам, связанным с обеспечительной передачей собственности, также крайне неоднозначна. Основные позиции по данной проблеме были сформированы Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации. Данные позиции стали предметом наиболее активного обсуждения в юридической литературе. При этом судебная практика арбитражных судов по данному вопросу исследуется не столь активно. Автором исследуется практика арбитражных судов Российской Федерации по спорам, связанным с обеспечительной передачей акций и долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью. По результатам исследования автор приходит к выводу, что практика арбитражных судов по спорам, связанным с обеспечительной собственностью, также не является единообразной, однако наличие таких споров указывает на востребованность указанного способа обеспечения исполнения обязательств.

Ключевые слова: титульное обеспечение, обеспечительная передача права собственности, залог, фидуциарная собственность, обеспечение исполнения обязательств, притворная сделка.

Abstract

Title security for the fulfillment of obligations is one of the most controversial issues in Russian law. In the doctrine, there are different views on the security transfer of property rights. Judicial practice on issues related to the security transfer of property is also extremely controversial. The main positions on this issue were formed by the Judicial Collegium for Civil Cases of the Supreme Court of the Russian Federation, these positions were the subject of the most active discussion in the legal literature. At the same time, the judicial practice of arbitration courts on this issue is not being studied so actively. The author examines the practice of arbitration courts of the Russian Federation in disputes related to the security transfer of shares and stakes in the authorized capital of limited liability companies. Based on the results of the study, the author concludes that the practice of arbitration courts in disputes related to security property is also not uniform, however, the presence of such disputes indicates the demand for this method of securing the fulfillment of obligations.

Keywords: title security, security transfer of ownership, pledge, fiduciary property, security of obligations, sham deal.

В рыночной экономике заемные денежные средства выполняют важнейшие функции, связанные со стимулированием роста всей экономики либо отдельных ее секторов. Само развитие

экономики страны зависит от возможностей кредитования участников рынка [9].

Предоставляя денежные средства в заем, кредитор несет риски невозврата займа. Стоит отметить, что кризисные явления в экономике

значительно повышают риски кредиторов, а статистика по исполнению судебных решений [10] и результатам процедур банкротства [8] свидетельствует о значительном риске выдачи кредитов и займов.

Для разумного кредитора характерно стремление минимизировать риски неисполнения обязательств должником, в частности, применяя различные способы обеспечения исполнения обязательств.

Одним из наиболее эффективных способов обеспечения исполнения обязательств является залог, однако правовое регулирование залоговых отношений нельзя назвать идеальным, а сам залог эталонным способом вещного обеспечения исполнения обязательств [4]. Кроме того, реальные экономические отношения требуют расширения способов обеспечения исполнения обязательств [3].

В связи с этим в гражданском обороте применяются различные способы обеспечения исполнения обязательств, основанные на обеспечительной функции права собственности. Например, это различные лизинговые конструкции, продажа товара с оговоркой о сохранении права собственности, обеспечительный факторинг и обеспечительная купля-продажа.

Несмотря на то что титульное обеспечение обязательств было известно еще римскому праву, активно развивалось в зарубежных правовых порядках и было предметом обсуждения на современном этапе развития российского права, в настоящее время отсутствует единое мнение о возможности применения обеспечительных конструкций, связанных с передачей титула.

Судебная практика по данному вопросу также является нестабильной. Верховный Суд Российской Федерации высказывался как в пользу действительности титульного обеспечения, так и в пользу притворности титульного обеспечения [1].

Наиболее обсуждаемые споры из договоров обеспечительной купли-продажи рассматривались в судах общей юрисдикции, в связи с чем позиция Верховного Суда Российской Федерации отражена в определениях Судебной коллегии по гражданским делам.

Одним из первых судебных актов, принятых в системе арбитражных судов по спору, связанному с титульным обеспечением исполнения обязательств, является Постановление Президиума

Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 6 октября 1998 г. № 6202/97¹.

Спор возник на основании заключенного между сторонами договора купли-продажи акций, по которому компания обязалась продать банку акции, а также договора обратного выкупа акций компанией и договора о предоставлении компании кредитной линии, в котором содержалось указание на обеспечительный характер договоров купли-продажи акций. Договор обратного выкупа акций был расторгнут банком в одностороннем порядке в связи с тем, что компанией не были перечислены денежные средства за акции. Впоследствии компания обратилась к банку с иском об истребовании акций. Судами первой, апелляционной и кассационной инстанций в удовлетворении иска было отказано. Отменяя судебные акты нижестоящих инстанций, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации указал, что заключенные между сторонами сделки прикрывали договор залога акций в обеспечение договора о предоставлении кредитной линии, в связи с чем они являются ничтожными, а к правоотношениям сторон применимы правила о залоге.

Как отмечает В. А. Белов, негативная позиция арбитражных судов в отношении таких сделок во многом связана с Постановлением пленумов Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»², в п. 46 которого отмечается, что законодательство не предусматривает возможность передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя, а всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными [7].

¹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 6 октября 1998 г. № 6202/97. – URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc& base=ARB&n=6696#0126113382355296> (дата обращения: 06.03.2021).

² См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6, Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. – 1996. – № 152.

Несмотря на то что Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации поддерживал позицию о притворности сделок титульного обеспечения, уже через год ФАС Московского округа в Постановлении № КГ-А40/1118-99 от 27 апреля 1999 г.¹ квалифицировал схожие правоотношения как договор РЕПО, отметив при этом, что какие-либо препятствия для заключения кредитного договора с залогом ценных бумаг отсутствовали, в связи с чем и основания прикрывать такую сделку у сторон отсутствовали. Это указывает на то, что воля сторон действительно была направлена на заключение договора РЕПО.

С вступлением в силу Федерального закона от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»², статья 5 которого дополнила Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»³ положениями о договоре РЕПО, судебная практика стала допускать обеспечительную передачу титула на ценные бумаги. Кроме того, руководствуясь нормами о договоре РЕПО, суды стали допускать куплю-продажу с обратным выкупом и в отношении других объектов [6].

Вместе с тем современную судебную практику тяжело назвать устоявшейся: зачастую при схожих обстоятельствах суды приходят к противоположным выводам. Несмотря на регулирование договоров РЕПО в российском праве по спорам, связанным с обеспечительной передачей акций или долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью (далее – ООО, общества), в судебной практике существуют различные подходы.

¹ См.: Постановление ФАС Московского округа от 27 апреля 1999 № КГ-А40/1118-99. – URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=8099896290711516993465912&cacheid=8F01A4089666BF5E04B823B8F03B181A&mode=splus&base=AMS&n=38827&rnd=9EC67900D6A8AD9C990C361B3ED2E357#2frcx4lj0> (дата обращения: 06.03.2021).

² См.: Федеральный закон от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. – 2009. – № 227.

³ См.: Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (с изм. и доп., вступившими в силу с 1 января 2021 г.) // Российская газета. – 1996. – № 79.

Арбитражным судом Западно-Сибирского округа были поддержаны выводы о недействительности обеспечительной передаче акций, совершенной при следующих обстоятельствах⁴: между гражданином и акционером был заключен договор мены, в соответствии с которым акционер производил обмен акций общества на железобетонные блоки. При этом аффилированные с гражданином компании предоставляли обществу денежные средства на основании договоров займа. Удовлетворяя иск акционера о признании договора мены недействительным как прикрывающим залог, суды указали, что воля сторон была направлена на заключение договора залога акций, в связи с чем договор мены является недействительным, однако существенные условия договора залога акций сторонами также не были согласованы.

Фактически суды лишили гражданина, предоставившего обществу заемное финансирование, обеспечения возврата займа. Из анализа текста судебного акта можно сделать вывод, что одной из причин такого исхода дела стало совершение гражданином действий по отчуждению спорных акций через 8 месяцев после совершения договора мены. В судебных актах не исследовался вопрос исполнения обществом обязательств по договорам займа. В том случае если отчуждение акций производилось с нарушением обязательств по договорам займа, результатом рассмотрения дела становится снижение возможностей займодавца по возврату предоставленных денежных средств.

В связи с высокими рисками утраты обеспечения обеспечительная передача акций или долей в уставном капитале обществ может структурироваться участниками оборота различными способами. В частности, исходя из судебной практики можно сделать вывод о том, что риски оспаривания обеспечительной передачи собственности по п. 2 ст. 170 ГК РФ⁵ снижаются, ес-

⁴ См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 5 марта 2019 г. № Ф04-226/2019 по делу № А03-21487/2016. – URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/e8a01670-ff25-4340-8a43-db8c3f8bf11a/156a5264-d9e3-4cb0-9295-6dc48247e85a/A03-21487-2016_20190305_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 06.03.2021).

⁵ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 8 декабря 2020 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

ли обеспечение аккумулируется на лице, которое не является стороной основных сделок.

Так, в деле А56-24767/2010 Арбитражным судом Северо-Западного округа¹ был сделан вывод о действительности передачи 75% долей в уставном капитале общества, совершенной участником общества-поставщика в обеспечение обязательств указанного общества по договору изготовления и поставки мобильного рельсосварочного комплекса. Особенностью обеспечительной сделки являлась передача доли в пользу сына, единственного участника общества-покупателя по договору изготовления и поставки. Суд кассационной инстанции отметил, что залогодержателем может являться лишь лицо, которое является кредитором по обеспечиваемому обязательству, в связи с чем договор купли-продажи доли в ООО не может считаться притворным.

В деле № А41-22669/14² судами рассматривалось заявление о признании недействительными договоров купли-продажи долей в обществе, совершенных участниками общества в пользу лица, являющегося работником банка, предоставлявшего обществу кредит. Истец по делу указывал, что совершенные сторонами сделки прикрывали договор залога 100% долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью в пользу банка, а имущество, передаваемое в залог, аккумулировалось на работнике банка, принимавшем активное участие в согласовании кредитной сделки. При этом суды оценивали совершенную сделку исключительно на предмет согласованности условий договора купли-продажи доли в уставном капитале ООО, исполнения сторонами обязательств по договорам купли-продажи доли и не усмотрели в действиях сторон признаков прикрытия какой-либо иной сделки.

¹ См.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 14 сентября 2011 г. по делу № А56-24767/2010. – URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/994eb1a3-a9a3-4d21-b1e9-b80516eb17a5/5d7c0834-ada1-4ce0-ad9c-a54f6d90ce35/A56-24767-2010_20110914_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 06.03.2021).

² См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 января 2016 г. № Ф05-17802/2015 по делу № А41-22669/14. – URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/d92d7f38-6978-4e24-91cf-6643b5b2eebb/bc3bb7a1-7f69-4eed-a0d4-80b3019745ff/A41-22669-2014_20160118_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 06.03.2021).

Из судебных актов по приведенным делам следует, что в случаях, когда обеспечительная собственность передается лицу, не являющемуся стороной сделки, доводы о притворности такой обеспечительной сделки могут рассматриваться с позиции формального соответствия нормам о том или ином договоре (например, нормам о договоре купли-продажи), что существенно снижает риски утраты обеспечения.

В Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 30 июня 2020 г. по делу № А40-151476/2019³ рассматривалась еще одна ситуация, в которой суды не усмотрели признаков притворности обеспечительной передачи долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью.

Между истцом по данному делу и двумя гражданами были заключены договоры купли-продажи долей участия в уставном капитале общества по номинальной стоимости. В этот же день покупатели предоставили истцу опцион на обратный выкуп долей в том же размере и на тех же условиях в случае, если обществом надлежащим образом будут исполнены обязательства по кредитным договорам с банком. При этом доли в уставном капитале общества на дату заключения договоров уже были переданы в залог банку. Истец обратился с требованием о признании договоров купли-продажи недействительными как прикрывающими договор залога. В удовлетворении требований судами было отказано, так как договоры купли-продажи долей в уставном капитале общества не могли прикрывать залог этих долей, который был зарегистрирован в установленном порядке.

Из текста судебного акта можно сделать вывод, что купля-продажа долей в уставном капитале ООО действительно носила обеспечительный характер, но не прикрывала собой договор залога – спорные доли были переданы в залог в установленном законом порядке.

При этом обеспечительная функция купли-продажи долей также была реализована – банком был получен наиболее полный контроль над

³ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30 июня 2020 г. № Ф05-4056/2020 по делу № А40-151476/2019. – URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/36fb0d30-7341-47d5-a5eb-46b985a6cf9c/f0e5e40b-81ad-4af1-8d05-c77e03e01913/A40-151476-2019_20200630_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 06.03.2021).

обеспечивающим исполнение обязательств имуществом, получена возможность реализации предмета залога в упрощенном порядке – для продажи данных долей уже не требовалось обращение взыскания в судебном порядке и проведение торгов.

При таком применении обеспечительной купли-продажи спорным является вопрос о наличии в действиях кредитора признаков злоупотребления правом.

Положения ст. 10 ГК РФ определяют действия в обход закона с противоправной целью как форму злоупотребления правом. В пункте 8 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ отмечается, что к сделке, совершенной в обход закона с противоправной целью, подлежат применению нормы гражданского законодательства, в обход которых она была совершена.

А. Г. Карапетов и Е. Д. Суворов отмечают, что действиями в обход закона может считаться ситуация, в которой лицо путем применения нетипичных правовых конструкций стремится избежать применения к правоотношениям тех или иных императивных норм. Кроме того, для обхода закона характерна противоправная цель, создающая явную несправедливость и противная целям правового регулирования [5. – С. 716–717].

Вряд ли можно говорить о действиях с целью обхода закона, если такими действиями стороны исключают применение диспозитивных норм. В таком случае для оценки приведенной сделки обеспечительной передачи собственности необходимо рассмотреть, нарушаются ли сделкой какие-либо императивные нормы.

Как правило, обеспечительная передача собственности применяется по настоянию кредитора и направлена на упрощение процедуры реализации предмета залога либо оставления его за собой [2] или для большего контроля над предметом залога.

В ст. 25 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной

ответственностью»² указано, что обращение взыскания на долю или часть доли участника общества в уставном капитале общества допускается во внесудебном порядке на основании договора о залоге, содержащего условие о возможном обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке.

Следовательно, норма, устанавливающая порядок взыскания на являющуюся предметом залога долю в уставном капитале общества, носит диспозитивный характер, и обеспечительная передача такой доли не может иметь целью обход данной нормы.

В силу ст. 358.15 ГК РФ до момента прекращения залога права участника общества осуществляются залогодержателем, если иное не предусмотрено договором залога. То есть данная норма является диспозитивной, но по общему правилу предоставляет залогодержателю большую правовую защиту. В связи с этим обеспечительная передача доли в уставном капитале ООО не может обойти и эту норму.

Таким образом, сделка с обеспечительной передачей заложенных долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью не может иметь каких-либо противоправных целей, так как не направлена на обход императивных норм.

На основании приведенных судебных актов можно сделать вывод, что практика арбитражных судов по вопросам обеспечительной передачи акций или долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью не является единообразной и по настоящее время. Судами высказываются позиции как о недействительности обеспечительной передачи собственности, так и о действительности таких сделок, в связи с чем такая обеспечительная конструкция является достаточно рискованной.

Вместе с тем стоит отметить, что наличие споров по вопросам обеспечительной передачи собственности свидетельствует о востребованности экономическим оборотом такого способа обеспечения исполнения обязательств, в связи с чем существует необходимость разрешения законодателем вопроса о допустимости передачи права собственности в обеспечительных целях.

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. – 2015. – № 140.

² См.: Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 31 июня 2020 г., с изм. от 24 февраля 2021 г.) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 7. – Ст. 785.

Список литературы

1. Бевзенко Р. С. Обеспечительная купля-продажа и залог // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 201. – № 8. – С. 4–16.
2. Будылин С. Л. Обеспечительная собственность: как оформить. – URL: <https://www.law.ru/blog/21327-obespechitel'naya-sobstvennost-kak-oformit> (дата обращения: 06.03.2021).
3. Винобер К. А. Залог движимости и обеспечительная передача собственности в банковской практике России и Германии // Сибирский юридический вестник. – 2011. – № 1.
4. Громов С. А. Обеспечительная собственность: догматический очерк на примере лизинга // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2019. – № 2. – С. 51–112.
5. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Г. Карапетова. – М. : М-Логос, 2020.
6. Правящий П. А. Обеспечительная передача титула // Петербургская цивилистика 2.1 : сборник работ выпускников кафедры гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета / сост. и отв. ред. А. А. Павлов. – М. : М-Логос, 2020.
7. Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации частей второй и третьей / под общ. ред. В. А. Белова. – 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт : Юрайт-Издат, 2011.
8. Результаты процедур в делах о банкротстве 2020 год. – URL: <https://fedresurs.ru/news/05826cfd-c758-4d05-8b43-5db1686c5973> (дата обращения: 06.03.2021).
9. Трембачев А. Роль и функции кредита в России // Российское предпринимательство. – 2009. – № 10–2. – С. 112–117.
11. Эксперты: нужно реформировать систему исполнительного производства. – URL: <https://pravo.ru/news/200894/> (дата обращения: 06.03.2021).

**Институт наследственного фонда: закон, юридическая доктрина, реализация
(на основе анализа опыта романо-германской
и англосаксонской правовых систем)¹**

Р. М. Ушаков

Саратовская государственная юридическая академия.
Адрес: ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия»,
410056, Саратов, ул. Вольская, д. 1.
E-mail: rafikov.ruslan@list.ru

**Institution of the Inheritance Fund: Law, Legal Doctrine, Implementation
(Based on an Analysis of the Experience of the Romano-Germanic
and Anglo-Saxon Legal Systems)**

R. M. Ushakov

Saratov State Academy of Law.
Address: Saratov State Academy of Law,
1 Volskaya Street, Saratov, 410056, Russian Federation.
E-mail: rafikov.ruslan@list.ru

Аннотация

В статье рассматривается ряд дискуссионных аспектов правового регулирования института наследственного фонда. На основе анализа гражданского законодательства и положений цивилистической доктрины автором обосновывается необходимость совершенствования законодательной конструкции наследственного фонда в векторе упрощения процедуры его создания и расширения свободы волеизъявления завещателя. Аргументируется, что рецепция данного правового института в отечественную систему гражданского права – положительный шаг в расширении его дозволительных начал, соответствующий мировым тенденциям развития наследственного права. Обосновывается необходимость установления в Гражданском кодексе Российской Федерации диспозитивной нормы, предусматривающей возможность для завещателя в превентивных целях заключить дополнительное к завещанию соглашение, связывающее соответствующих лиц, в том числе на возмездной основе, обязательством после смерти наследодателя не отказываться от вхождения в состав органа управления фонда и далее надлежаще исполнять свои обязанности, что может быть подкреплено указанием в договоре мер их имущественной ответственности.

Ключевые слова: наследственный фонд, юридическое лицо, некоммерческая организация, унитарная организация, устав, наследство, наследодатель, наследник, выгодоприобретатель, завещание, завещатель, нотариус.

Abstract

The article explores a number of debatable aspects of the legal regulation of the institution of the inheritance fund. Based on the analysis of civil law and the provisions of the civil law doctrine, the authors substantiate the need to improve the legislative structure of the inheritance fund in the vector of simplifying the procedure for its creation and expanding the freedom of will of the testator. It is argued that the reception of this legal institution in the domestic civil law system is a positive step in expanding its permissive beginnings, consistent with global trends in the development of inheritance law. It justifies the need to establish a dispositive norm in the Civil Code of the Russian Federation, providing for the possibility for the testator to conclude an agreement complementary to the will binding the relevant persons, including on a reimbursable basis, with an future obligation, after the

death of the testator, not to refuse to become a member of the fund management body and continue to properly perform their duties, which can be supported by an indication in the contract of measures of their property liability.

Keywords: inheritance fund, legal entity, non-profit organization, unitary organization, statute, inheritance, testator, heir, beneficiary, testament, testator, notary.

Федеральным законом от 29 июля 2017 г. № 259-ФЗ¹ в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) введены нормы, позволяющие учреждение посмертных наследственных фондов. Под новым для отечественной цивилистики явлением понимается фонд, созданный во исполнение завещания гражданина на основе его имущества, осуществляющий деятельность по управлению им в течение определенного срока или бессрочно (ч. 1 ст. 123.20-1 ГК РФ). Иными словами, наследственный фонд обладает правовым статусом самостоятельного наследника и юридического лица одновременно, что обусловлено двойственностью его правовой природы. По существу, наследодателю предоставлена возможность посредством совершения односторонней сделки – завещания – учредить самостоятельный субъект гражданского права – наследственный фонд, правоспособность которого состоит из более сложной, чем в обычных фондах, совокупности прав и обязанностей, что способствует образованию на практике множества ранее неизвестных форм и видов правоотношений. Данное обстоятельство обосновывает интерес цивилистики к исследованию обозначенного юридического явления.

На наш взгляд, рецепция в российское гражданское законодательство подобной юридической конструкции позволяет приблизить его к современным международным стандартам наследственного права.

Наследственный фонд является относительно давним правовым институтом в гражданском законодательстве государств как англосаксонской, так и романо-германской правовых систем [12. – С. 249], что обуславливает формирование широкого спектра модификационных особенностей его легальной конструкции. Например, согласно п. 1 параграфа 87 Германского гражданского уложе-

ния 1896 г.² (далее – ГГУ), в случае изменения целей фонда (если их осуществление стало невозможным или начало угрожать общественным интересам), что в последующем умалило интересы выгодоприобретателей в части порядка осуществления соответствующих выплат, орган власти вправе скорректировать правовой статус фонда. Тем самым государство допускает изменение целей фонда в случае возникновения общественной необходимости и одновременно контролирует надлежащее исполнение воли завещателя, защищая интересы выгодоприобретателей.

В соответствии с п. 3 ст. 3 Закона Испании 2002 г. «О фондах»³ запрещается создание фондов, в том числе и наследственных, основная цель которых заключается в выплате пособий учредителю, его супругу и иным лицам, связанным с ним аналогичными «эмоциональными отношениями», а также его родственникам до четвертой степени включительно и отдельным юридическим лицам, не преследующим общественных интересов, т. е. подчеркивается социальная функция фондов и исключается коммерческая направленность их деятельности.

Согласно п. 4 ст. 11 Закона Республики Молдова 1999 г. «О фондах»⁴ законные наследники и кредиторы учредителя наследственного фонда имеют по отношению к фонду тот же объем прав, что и по отношению к любому другому завещанному имуществу.

В п. 1 параграфа 3 Закона Словакии 1996 г. «Закона о неинвестиционных фондах»⁵ предусматривается возможность учреждения фондов

² См.: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). – URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (дата обращения: 18.02.2021).

³ См.: Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. – URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-25180> (дата обращения: 08.03.2021).

⁴ См.: Закон Республики Молдова от 30 июля 1999 г. № 581–XIV «О фондах». – URL: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3240 (дата обращения: 14.03.2021).

⁵ См.: Zákon o neinvestičných fondoch a o doplnení zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 207/1996 Z. z. – URL: <https://www.zakonyopreludi.sk/zz/1997-147> (дата обращения: 16.03.2021).

¹ См.: Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 259-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2017. – № 31 (ч. I). – Ст. 4808.

(в том числе наследственных) не только физическими, но и юридическими лицами; допускается множественность лиц на стороне учредителя.

Резюмируя, следует констатировать, что за рубежом существует множество подходов к пониманию должного законодательного регулирования наследственных фондов. Отметим, что в ряде указанных источников отсутствует обособленное закрепление словосочетания «наследственный фонд»: регламентация их деятельности осуществляется в общем порядке. В наиболее обобщенном виде подход зарубежного законодателя включает в себя дозволение учреждения посмертных и прижизненных наследственных фондов (а также семейных фондов) физическими и юридическими лицами единолично либо совместно [8. – С. 113], что обеспечивает высокий уровень диспозитивности данной конструкции наследственного фонда, в отличие от несколько узких признаков ее отечественной модели. Тем не менее полагаем, что прямая непроработанная реализация подобного широкого подхода зарубежных правопорядков к регламентации наследственных фондов в российском гражданском праве без учета особенностей последнего является недопустимым вектором развития. Наследственный фонд в данном случае утратит связь с собственной исходной правовой природой, в основе которой – смерть физического лица как юридический факт, что, в сущности, исключит характеристику данного фонда как наследственного.

В отечественной гражданско-правовой доктрине существует несколько точек зрения относительно актуальности внедрения института наследственного фонда в ГК РФ. Еще на момент обсуждения наследственной реформы целесообразность новеллы ставилась под сомнение рядом цивилистов. В частности, профессор Е. В. Суханов справедливо отметил, что предложенная реформа наследственного права находится в прямом противоречии с традиционно сложившейся доктриной гражданского права и выстроена нелогично на концептуальном уровне [17]. Р. П. Мананкова приходит к заключению, что текущая «конструкция (наследственного фонда) чрезмерно громоздкая и выглядит чужеродным звеном в ткани традиционно логичного отшлифованного столетиями нормативного материала», при этом следует согласиться с тем, что «новые нормы появились без оглядки на многовековую теорию наследственного права и буквально взрывают отработанную доктрину» [15. – С. 263].

Инструментом, во многом сходным новелле, способным преуменьшить ее востребованность, является закрепленный в ГК РФ институт доверительного управления наследственным имуществом, выступающий способом его сохранения и увеличения стоимости (ст. 1173 ГК РФ), что в определенной мере совпадает с целями учреждения наследственного фонда. Однако при всей схожести признаков данные правовые институты имеют различные концептуальные истоки. Первый обладает, с одной стороны, обязательственной природой, исходящей из закрепления условий его создания в завещании, а с другой – природой юридического лица; второй же характеризуется договорно-правовой сущностью, поскольку в его основе – необходимость заключения соответствующего соглашения с нотариусом, выступающим по общему правилу его учредителем. Наследственный фонд, в отличие от доверительного управления наследственным имуществом (максимально возможный срок действия которого пять лет (п. 8 ст. 1173 ГК РФ), ориентирован, как правило, на более длительное время и может быть создан бессрочно, при этом перечень объектов, включенных в наследственную массу данного фонда, не ограничен, в то время как при доверительном управлении такими объектами не могут быть деньги (п. 1. 1173, п. 2 ст. 1013 ГК РФ). Следовательно, полагаем, что ввиду срочности договора доверительного управления наследственным имуществом и узкой направленности по объектам, подлежащим управлению, одного механизма доверительного управления недостаточно для наиболее полной реализации интересов наследодателя [16. – С. 213].

В остальном следует констатировать, что большинство ученых считают целесообразным введение в ГК РФ конструкции «наследственный фонд». Действительно, наследственные фонды обладают рядом бесспорных достоинств. В частности, посредством создания наследственного фонда завещатель имеет возможность осуществлять финансовую поддержку близких лиц (в том числе нетрудоспособных) после своей смерти на протяжении длительного времени. При этом исключается шестимесячный срок принятия наследства и его раздел, что устраняет риски растраты капитала организации (прежде всего, принадлежащих наследодателю акций и долей в хозяйственных обществах) в результате некомпетентных действий потенциальных наследников, а также предотвращает нарушение законных

интересов иных ее собственников, заинтересованных в нормальном функционировании предприятия как единого целого, без дробления его собственниками. В конечном итоге при условии грамотного управления наследственным имуществом учреждение наследственного фонда гарантированно обеспечит доход выгодоприобретателям. Публичный интерес также представлен: закрепление возможности создания наследственных фондов в ГК РФ является антиофшорной мерой, направленной на сохранение национального капитала [22. – С. 80–81].

С позиции отечественной частноправовой доктрины введение анализируемого института является бесспорно позитивным шагом, поскольку данный акт правотворчества расширяет сферу дозволительного в юридической практике, что более явно воплощает в действительность гражданско-правовой диспозитивный метод, в основе которого – децентрализация правового регулирования, координация равноправных субъектов права, обладающих свободой воли, которая проявляется в процессе реализации их гражданской правоспособности.

Создание наследственного фонда является актуальным именно для собственников крупного капитала, число которых ввиду ускорения процессов социальной дифференциации в России и мире непрерывно растет [26. – С. 31].

На данный момент в стране возможностью сохранения активов посредством указания в завещании решения об учреждении наследственного фонда воспользовались как минимум шестьсот человек [18]. Однако следует констатировать, что российские предприниматели в целом с недоверием относятся к текущему состоянию правового регулирования отечественных наследственных фондов, предпочитая обращаться к праву зарубежных государств, где юридическая практика в сфере функционирования подобных фондов сформировалась в позитивном ключе (Фонд Нобеля, Фонд имени Роберта Боша, Фонд Форда и др.) [2. – С. 101]. Полагаем, что при условии гармоничного развития российской модели наследственного фонда положительный социальный эффект от ее реализации, выраженный в создании рабочих мест, развитии благотворительности, культуры, образования и др., будет проявлен через десятилетия.

На наш взгляд, механизм создания наследственных фондов, урегулированный ГК РФ, характеризуется отсутствием должной проработки.

Имеется ряд пробелов, дефектов и неточностей его юридической конструкции, которые не позволяют раскрыть в полной мере потенциал данного правового средства, что усложняется его новизной и отсутствием сформированной юридической практики по учреждению и функционированию наследственных фондов. В доктрине существует целый спектр мнений относительно перспектив развития их правового регулирования.

Во-первых, наследственный фонд, как и фонды в целом, является унитарной некоммерческой организацией (п. 1 ст. 123.17 ГК РФ), что вызывает дискуссии в цивилистике. С. Г. Ляшко справедливо указывает, что определить наследственный фонд, обладающий двойственной сущностью, как строго некоммерческую организацию весьма проблематично [14. – С. 94]. Налицо противоречие между целями создания фонда и способами их достижения, поскольку свои *коммерческие* интересы завещателю необходимо обеспечить путем создания *некоммерческой* организации [25. – С. 53]. Следует согласиться с тем, что, несмотря на законодательно предоставленную возможность реализации благотворительной деятельности, наследственные фонды в России в существенно меньшей степени ориентированы на нее [13. – С. 23]. В противовес этому в англосаксонской правовой системе данные фонды создаются преимущественно в социальных целях, в частности, на обеспечение сфер образования и культуры [3. – С. 60]. Указанием на коммерческую основу деятельности наследственного фонда также служит то обстоятельство, что в данной организации, в отличие от обычного фонда, попечительский совет которого осуществляет свою деятельность строго на общественных началах (п. 4 ст. 123.19 ГК РФ), разрешается работа данного органа (а также иных органов фонда) на возмездной основе (п. 5 ст. 123.20-2 ГК РФ).

Действительно, в гражданском законодательстве допускается учреждение наследственного фонда, наделенного статусом некоммерческой организации, для управления имуществом наследодателя в целях извлечения прибыли и передачи ее части в пользу конкретных выгодоприобретателей (п. 1 ст. 123.20-3 ГК РФ). Как отмечает С. Г. Ляшко, одним из возможных способов решения вышеобозначенной проблемы является расширение перечня целей деятельности фонда в ГК РФ (п. 1 ст. 123.17) и в аналогичной

по содержанию норме Федерального закона «О некоммерческих организациях» (п. 1 ст. 7)¹ путем исключения признака общественной полезности [14. – С. 92]. Однако следует ли подобным образом кардинально изменять общее правило о фондах для одного конкретного его вида, допускающего использование имущества организации в коммерческих целях? Как полагаем, поскольку нормы о наследственном фонде (ст. 123.20-1–123.20-3 ГК РФ) являются специальными по отношению к общим нормам о фондах (ст. 123.17–123.20 ГК РФ) и действует правило *lex specialis derogat generali* (специальный закон отменяет общий). Очевидно, что указанное противоречие вполне преодолевается существующей законодательной формой, допускающей подобное исключение. В целях повышения точности законодательной техники считаем разумным дополнить определение фонда в ГК РФ (п. 1 ст. 123.17) и в Федеральном законе «О некоммерческих организациях» (п. 1 ст. 7) отсылочным (бланкетным) указанием на то, что иные цели фондов допускаются в случаях, установленных ГК РФ.

На наш взгляд, для решения обозначенного вопроса на концептуальном уровне необходимо учитывать смешанную юридическую природу института наследственного фонда, а также в целом дозволительную направленность гражданского права, ориентированного на предоставление широких границ свободного усмотрения участникам гражданского оборота. В этой связи видится целесообразным передать выбор ряда особенностей организационно-правовой формы наследственного фонда самому завещателю: если цели его деятельности, закрепленные в уставе, направлены на управление имуществом исключительно для совершения выплат в пользу конкретных физических лиц, то следует определять такую организацию как коммерческую с последующим установлением соответствующего правового режима (прежде всего налогового); в ином случае, если в качестве выгодоприобретателей указываются категории некоммерческих организаций и (или) физических лиц, в отношении которых в будущем следует производить выплаты по основаниям, включающим критерии их социально

значимой деятельности, разумно, что данный наследственный фонд подпадает под общие правила правового регулирования некоммерческих организаций как организация, преследующая благотворительные, культурные, образовательные и иные общественно полезные цели. Обозначенный аспект правового статуса наследственных фондов является наиболее важным, поскольку от его правильного определения зависит применение режима налогообложения, который на данный момент в законе однозначно не установлен, что, по мнению А. Е. Гавриловой и Р. Г. Талибуллина, может иметь последствием двойное налогообложение доходов наследственного фонда, а также льгот для получения выгодоприобретателями имущества от фонда [9. – С. 94]. Думается, предложенное позволит избежать этих последствий.

Во-вторых, следует признать, что существующее в настоящее время ограничение на учреждение наследственного фонда при жизни наследодателя весьма необоснованно исключает для последнего возможность наладить эффективную систему управления организацией и нормализовать ее работу. На наш взгляд, необходимо законодательное закрепление, исходя из положительного опыта зарубежных государств, дозволения на создание прижизненного наследственного фонда, что является необходимой мерой, благодаря которой завещатель сможет определить субъектный состав органов управления, их порядок функционирования и выработать проверенный временем и практикой устав. Последнее особенно значимо, поскольку в случае допущения недостатков юридической техники положений устава возможна ситуация, когда наследственный фонд на протяжении долгого времени будет осуществлять деятельность по управлению имуществом на основе неэффективных организационно-правовых предпосылок.

В-третьих, как следует из анализа норм, регламентирующих процедуру создания наследственного фонда, должная реализация последней воли завещателя поставлена в жесткую зависимость от соблюдения определенного порядка наступления юридических фактов, пропуск одного из которых влечет отказ в регистрации (п. 2 ст. 123.20-1 ГК РФ) или ликвидации фонда (п. 4 ст. 123.20-2 ГК РФ), что, на наш взгляд, противоречит правам и законным интересам завещателя: волеизъявление последнего весьма необоснованно ограничивается волеизъявлением иных

¹ См.: Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (ред. от 2 декабря 2019 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 3. – Ст. 145; 2019. – № 49 (ч. V). – Ст. 6953.

лиц (альтернативы которым, как правило, не предусмотрено в законе). В доктрине справедливо признается, что процедура создания наследственного фонда является слишком сложной, что препятствует его учреждению и дальнейшему нормальному функционированию и требует устранения [10. – С. 26].

Следует указать на недостаток механизма регистрации наследственного фонда, в частности, в аспекте отсутствия способов возложения ответственности на лиц, указанных в завещании в качестве субъектов, формирующих органы управления данной организации, а также сложности их посмертной замены [21. – С. 175]. На практике возможно возникновение ситуации, в рамках которой лица, согласившиеся образовать органы управления наследственного фонда при жизни наследодателя, по какой-либо причине отказываются от вхождения в состав органа управления либо перестают исполнять эти обязанности (смерть, признание недееспособным, отказ от исполнения обязанностей), при этом в уставе могут отсутствовать положения, регламентирующие их замену в случае выбытия и не предусматриваться возможности подназначения данных лиц из определенного списка (п. 4 ст. 123.20-2 ГК РФ), либо все подназначенные лица отказались от вхождения в орган управления, что влечет прямую угрозу деятельности наследственного фонда. В случае отказа лица, указанного в решении об учреждении наследственного фонда, войти в состав органов фонда и невозможности сформировать органы фонда в соответствии с решением об учреждении фонда, нотариус не вправе направлять в уполномоченный государственный орган заявление о создании наследственного фонда (п. 3 ст. 123.20-2 ГК РФ). В условиях отсутствия кворума в коллегиальных органах фонда либо единоличного исполнительного органа наследственный фонд формально продолжит существование и в течение года будет ликвидирован (п. 4 ст. 123.20-2 ГК РФ).

В этой связи в науке предлагается для решения обозначенной проблемы предоставить суду право назначать управляющего из числа лиц, входящих в саморегулируемую организацию арбитражных управляющих [11. – С. 91]. Применительно к ситуации, когда все лица, указанные в завещании как субъекты, образующие органы наследственного фонда, не остались в живых к моменту его создания, в доктрине аргументируется потребность в закреплении специального положения о

передаче имущества наследникам по закону при условии невозможности формирования данных органов и в случае дальнейшей ликвидации фонда [1. – С. 11]. Отдельными авторами обосновывается необходимость предоставления судам при отказе лиц, указанных в завещании, от участия в формировании органов управления наследственного фонда, возможности в принудительном порядке сформировать их, например, по предложению выгодоприобретателей [5. – С. 645–646].

На наш взгляд, правом отказа от участия в управлении могут злоупотреблять именно данные субъекты, как правило, не заинтересованные в создании фонда и преследующие цель стать собственниками его имущества. В рассмотренной ситуации единственно верным решением будет установление в ГК РФ диспозитивной нормы, предусматривающей возможность для завещателя в превентивных целях заключить дополнительное к завещанию соглашение, в том числе на возмездной основе, связывающее лиц обязательством в будущем, после смерти наследодателя, не отказываться от вхождения в состав органа управления фонда и далее надлежаще исполнять свои обязанности, что должно быть подкреплено указанием в договоре мер их имущественной ответственности. Полагаем, что целесообразно включить указанных лиц в число субъектов, которые не вправе нарушать тайну завещания (ст. 1123 ГК РФ). Осуществление изложенных мер должно способствовать более полной реализации свободного усмотрения учредителя наследственного фонда, направленного на улучшение управления организацией, что соответствует потребностям динамично развивающегося гражданского оборота.

В-четвертых, как следует из содержания норм статьи 123.20-1 ГК РФ, в рамках процедуры создания наследственного фонда на нотариуса фактически возлагается дополнительная нагрузка по реализации функции по исполнению завещания. И. Г. Ренц называет требования к нотариату эксклюзивными, но, напротив, считает их необходимыми при работе с такой сложной правовой конструкцией, как наследственный фонд, что не исключает межпрофессионального сотрудничества (юристов, оценщиков, аудиторов и т. д.) [19. – С. 151]. Автор определяет выдачу нотариусом наследственному фонду свидетельства о праве на наследство (ст. 1162 ГК РФ) ненужной формальностью, так как данный фонд является необходимым наследником и факта его

создания достаточно для признания принятия наследства [19. – С. 355–356]. Однако в данном случае предоставление свидетельства о праве на наследство, наоборот, является целесообразным, поскольку оно представляет собой единственный документ, подтверждающий переход права собственности от бывшего собственника (наследодателя) к действующему (наследнику). Причем данное подтверждение востребовано прежде всего новым собственником-наследником в отношении всех третьих лиц. В целях совершения гражданско-правовых сделок с наследником (наследственным фондом) в условиях минимального риска предмет интереса субъектов гражданского оборота составляет не факт принятия или непринятия, или отказа от наследства, а следующий ряд вопросов: кто собственник конкретного отчуждаемого имущества? Правомочен ли продавец на продажу, является ли он собственником? В единоличной или общей собственности это имущество находится? Иными словами, право наследника (наследственного фонда) на наследство в указанных случаях проверяется лишь после выдачи правоустанавливающего документа, официально подтверждающего наследственные права на имущество наследодателя, каковым является свидетельство о праве на наследство, в чем состоит его значение для обеспечения стабильности гражданского оборота. Таким образом, полагаем, что выдача данного свидетельства не должна быть исключена в отношении наследственного фонда.

Помощник нотариуса Курского городского нотариального округа Т. А. Астафьева отмечает загруженность нотариальных контор, ведущих дела о создании наследственных фондов [1. – С. 11–12].

Как следует из официальной статистики Министерства юстиции РФ, в России зарегистрировано всего 8 047 нотариусов (2018 г.)¹ При этом к настоящему времени в стране зафиксировано как минимум шестьсот случаев закрепления в завещании положений, предусматривающих создание посмертных наследственных фондов (и, как полагаем, отсутствуют предпосылки для их значительного роста в обозримом будущем). Поэтому с учетом проведенных математических расчетов

(примерно на четырнадцать нотариусов приходится создание одного наследственного фонда) очевидно, что применение новеллы должно весьма незначительно усложнить работу нотариусов в целом.

Более того, на наш взгляд, следует согласиться с тем, что предстоящее широкое внедрение и применение технических средств в деятельности нотариата значительно смягчит проблему его загруженности и ускорит процедуру учреждения наследственного фонда [20. – С. 199].

Так, с 1 января 2020 г. вступили в юридическую силу поправки к Федеральному закон «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате»², совершенствующие правовое регулирование ранее введенной автоматизированной информационной базы – Единой системы нотариата (ст. 34.1–34.5), обеспечивающей сохранность и безопасность юридически значимых сведений, скорость и качество получения нотариальных услуг. Благодаря развитию ее материально-технического и правового обеспечения гарантируется высокий уровень систематизации нотариально значимой информации, предоставляется возможность удаленного обращения к нотариусу для совершения нотариальных действий. В связи с этим необходимо заключить, что возложение обязанности на нотариуса по юридическому сопровождению процедуры учреждения наследственного фонда, является разумной мерой.

В-пятых, поскольку наследственный фонд не отвечает по обязательствам выгодоприобретателей, а выгодоприобретатели – по обязательствам фонда (п. 7 ст. 123.20-3 ГК РФ), на практике возможно возникновение ряда ситуаций, способствующих умалению прав и законных интересов кредиторов наследодателя. Действительно, наследственный фонд отвечает по долгам наследодателя в порядке универсального правопреемства (п. 1 ст. 1110, ч. 1 ст. 1112, ст. 1175 ГК РФ), однако, как следует из формально-юридического анализа соответствующих норм ГК РФ (п. 1 ст. 123.20-3), после передачи имущества выгодоприобретателям обращение взыскания на него невозможно. Иными словами, если соб-

¹ Сведения о нотариате в Российской Федерации. – URL: <https://minjust.ru/ru/2018/svedeniya-o-notariate-v-rossiyskoy-federacii> (дата обращения: 23.03.2021).

² См.: Федеральный закон от 27 декабря 2019 г. № 480-ФЗ «О внесении изменений в Основы законодательства Российской Федерации о нотариате и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2019. – № 52 (ч. I). – Ст. 7798.

ственность наследственного фонда будет передана выгодоприобретателям, указанным в завещании, незамедлительно после создания организации, а кредиторы не успеют предъявить требование о взыскании задолженности с наследственного фонда, перешедшей к нему от завещателя в общем составе наследственной массы, то выгодоприобретатели не отвечают по данным обязательствам, что создает широкие возможности для злоупотребления правом. Последнее посягает на фундаментальный принцип гражданского права – принцип добросовестности [6. – С. 39; 7. – С. 206].

В частности, завещатель вправе предусмотреть в условиях управления наследственным фондом единоразовую передачу значительной части имущества фонда выгодоприобретателям (п. 4. ст. 123.20-1 ГК РФ) и минимальный остаток собственности на балансе организации, что позволит обратить взыскание лишь на малую часть перешедшего от наследодателя имущества и уклониться от выплаты задолженности в полном объеме, что недопустимо с правовой точки зрения. Одним из возможных способов решения данной проблемы, по мнению И. З. Аюшевой, является введение ограничений на совершение сделок по распоряжению имуществом фонда до погашения обязательств перед кредиторами наследодателя [2. – С. 105]. На наш взгляд, законодателю необходимо разработать специальный механизм, устанавливающий правила погашения долгов наследодателя из наследственной массы, ставшей основой для формирования имущества фонда, при этом, как полагаем, в ряде случаев следует рассмотреть вопрос допустимости их взыскания с каждого выгодоприобретателя пропорционально его доле в наследственном имуществе. Предложение на первый взгляд противоречит п. 1 ст. 1175 ГК РФ, в соответствии с которым наследники отвечают по долгам наследодателя солидарно перед кредиторами. Однако по общему правилу выгодоприобретатель не является наследником. В этой связи считаем, что применительно к данной ситуации наиболее разумным является установление пропорциональной ответственности.

Образцом для рецепции в данном случае может служить законодательство государств англосаксонской правовой системы, в которых наследование осуществляется в обратном порядке: передача наследственной массы наследникам реализуется только после процесса администри-

рования (имущество по решению суда переходит в доверительную собственность (траст) к исполнителю, указанному в завещании, либо к администратору, назначаемому судьей), в результате чего производится расчет с кредиторами по долгам наследодателя, а оставшееся имущество передается наследникам [23. – С. 49]. Однако указанные положения противоречат традиционному для российского права (как основанного на континентальной системе права) принципу универсального правопреемства, который предполагает переход всей совокупности прав и обязанностей определенного лица [24], т. е. применительно к наследованию – принятие наследниками прав и обязанностей наследодателя в полном объеме. При этом каждый из наследников осуществляет расчет с кредиторами по долгам наследодателя в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества (п. 1 ст. 1175 ГК РФ).

В результате администрирования, напротив, наследники не становятся правопреемниками всей совокупности прав и обязанностей наследодателя, они лишь получают имущество, оставшееся после погашения долгов и обязательств умершего [4. – С. 105–106]. Тем не менее представляется, что в условиях существующих тенденций конвергенции правовых систем применение данного решения зарубежного законодателя является ввиду сложности категории наследственного фонда вполне допустимым к его к отечественному гражданско-правовому регулированию.

Таким образом, обобщая вышеизложенное, следует заключить, что рецепция института наследственного фонда в российскую систему гражданского права – следствие активно развивающегося имущественного оборота, сопряженного с положительным расширением дозволительных начал опосредующего его гражданского законодательства. Существующая законодательная конструкция наследственного фонда требует глубоких концептуальных изменений в векторе упрощения процедуры его создания и расширения свободы волеизъявления завещателя. Следует предоставить возможность обязывания лиц, указанных в завещании и при жизни наследодателя добровольно принявших на себя функцию формирования в будущем органов управления наследственным фондом, не отказываться от вхождения в состав органа управления фонда и далее надлежа-

ще исполнять свои обязанности посредством заключения с ними соответствующего соглашения.

Безусловно, рассмотренный перечень проблем не является исчерпывающим; необходима

дальнейшая научная разработка наиболее оптимальных признаков отечественной модели института наследственного фонда с последующим их закреплением в ГК РФ.

Список литературы

1. Астафьева Т. А. Наследственный фонд: новелла российского законодательства и зарубежный опыт // Современное законодательство: развитие, проблемы и пути их решения : сборник материалов международной научно-практической конференции. – Курск : Региональный открытый социальный институт, 2018. – С. 7–14.
2. Аюшеева И. З. Особенности гражданско-правового положения наследственного фонда // Актуальные проблемы российского права. – 2018. – № 8 (93). – С. 100–108.
3. Батталова Л. М., Худобина М. А., Шац В. А. Наследственный фонд: проблемы и перспективы // Современная юриспруденция: актуальные вопросы, достижения и инновации : сборник статей XV Международной научно-практической конференции. – Пенза : Международный центр научного сотрудничества «Наука и Просвещение», 2018. – С. 59–61.
4. Бисярина К. С. Наследственные фонды в законодательстве Российской Федерации // Эволюция российского права : материалы XVI Международной научной конференции молодых ученых и студентов. – Екатеринбург : ФГБОУ ВО «УРГЮА», 2018. – С. 105–107.
5. Будылин С. Л. Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации. – М. : М-Логос, 2018.
6. Вавилин Е. В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2009.
7. Волос А. А. Принципы-методы гражданского права и их система. – М. : Юстицинформ, 2018.
8. Вронская М. В. Соотношение российских наследственных фондов со смежными зарубежными правовыми категориями // Территория новых возможностей // Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса. – 2019. – № 4. – С. 108–119.
9. Гаврилова А. Е., Талибуллин Р. Г. К вопросу о создании в Российской Федерации наследственных фондов // Инструменты и механизмы современного инновационного развития: сборник статей Международной научно-практической конференции. – Ч. 5. – Уфа : ООО «Аэтерна», 2017. – С. 92–94.
10. Калачева Т. Л. Наследственный фонд в Гражданском Кодексе Российской Федерации // Законность и правопорядок: правосознание и правовая культура современного общества : сборник материалов IV Международной научно-практической конференции. – Новосибирск : Издательство «Центр развития научного сотрудничества», 2018. – С. 24–29.
11. Козлова Н. В., Заикин Д. П. Некоторые проблемы создания и деятельности наследственных фондов в Российской Федерации // Российский нотариат: 25 лет на службе государству и обществу : материалы Международной научно-практической конференции. – М. : Фонд развития правовой культуры, 2018. – С. 88–94.
12. Крашенников П. В. Наследственное право. – 2-е изд. – М. : Статут, 2017.
13. Кузина С. В., Зотова Н. Н., Кочеткова К. И. Наследственный фонд: новое в российском законодательстве // Актуальные вопросы права, экономики и управления : сборник статей XVI Международной научно-практической конференции. – Ч. 2. – Пенза : Международный центр научного сотрудничества «Наука и Просвещение», 2018. – С. 22–25.
14. Ляшко С. Г. Наследственный фонд: проблемы правосубъектности // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. – 2018. – № 3-4. – С. 90–94.
15. Мананкова Р. П. Современный этап отечественной цивилистики: достижения и ошибки // Вестник Томского государственного университета. – 2018. – № 435. – С. 260–264.
16. Никончук Е. В. Наследственный фонд: в России и за рубежом // Право. Общество. Государство : сборник научных трудов студентов и аспирантов. – Т. 8. – СПб. : Санкт-Петербургский институт (филиал) ВГУЮ (РПА Минюста России), 2019. – С. 210–214.

17. Отсутствует концепция: эксперты обсудили законопроект о наследстве в Общественной палате. – URL: <https://31.notariat.ru/ru-ru/news/otsutstvuet-kontseptsii-eksperty-obsudili-zakonoproekt-o-nasledstve-v-obshchestvennoi-palate> (дата обращения: 12.03.2020).
18. Павел Крашенинников – о новых формах наследования // Российская газета. – 2019. – 30 мая.
19. Ренц И. Г. Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации. – М. : М-Логос, 2018.
20. Серова О. А. Наследственный фонд в российском праве: перспективы реализации новой модели наследования // Проблемы гражданского права и процесса : сборник научных статей. – Гродно : Гродненский государственный университет имени Янки Купалы, 2018. – Вып. 3. – С. 194–204.
21. Суховенко А. Н., Арсенов Н. А., Околелова В. А. Институт наследственного фонда: проблемы теории и практики // Социально-политические науки. – 2018. – № 5. – С. 174–176.
22. Фатихова Л. М. Наследственный фонд как новый способ управления имуществом // Наука и образование третьего тысячелетия: сборник научных трудов по материалам Международной научно-практической конференции. – Ч. 2. – М. : ООО «АР-Консалт», 2018. – С. 79–81.
23. Цыпляева Е. В. К вопросу о правопреемстве в наследственных правоотношениях // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». – 2015. – № 1. – С. 47–51.
24. Черепахин Б. Б. Труды по гражданскому праву. – М. : Статут, 2001. – URL: https://civil.consultant.ru/elib/books/22/page_33.html (дата обращения: 18.02.2020).
25. Чернущ Н. Ю., Морозова Е. С. Наследственный фонд в России: проблемы и перспективы правового регулирования // Инновационные исследования и разработки в области гуманитарных и социально-экономических наук : сборник научных трудов по материалам Международной научно-практической конференции. – Ч. 2. – Белгород : ООО «Агентство перспективных научных исследований», 2019. – С. 49–53.
26. Global Wealth Report 2019. Research Institute. Credit Suisse, 2019. – October.

Требования к публикациям

1. Статья должна обладать определенной новизной, представлять интерес для широкого круга читателей журнала, а также соответствовать требованиям, предъявляемым к научным публикациям.
2. Представляемый материал должен быть оригинальным, не опубликованным ранее в том же виде в других печатных и электронных изданиях.
3. Статья представляется в редакцию в электронном и распечатанном виде в формате Microsoft Word, шрифтом Times New Roman, размер шрифта – 14 пт, межстрочный интервал – 1,5 строки.
Поля: левое – 2,5 см; правое – 1,5 см; верхнее – 2 см; нижнее – 2 см.
Материал статьи, представленный на бумажном носителе, должен соответствовать материалу статьи, представленному в электронном виде. В случае обнаружения расхождений редакция будет ориентироваться на электронный вариант статьи.
4. Материал для публикации в электронном виде должен содержать 3 файла:
 - 1-й файл: текст статьи на русском языке со следующей структурой:
 - а) на первой странице в верхнем правом углу (перед заглавием) необходимо указать Ф. И. О. автора, ученую степень, ученое звание;
 - б) заглавие статьи;
 - в) аннотация – не менее 150 слов – должна включать:
 - предмет исследования;
 - метод или методологию исследования;
 - научную новизну и выводы;
 - г) ключевые слова – не менее 15 слов;
 - д) текст литературы в конце статьи в алфавитном порядке по фамилиям авторов;
 - 2-й файл: текст на английском языке со следующей структурой:
 - а) на первой странице в верхнем правом углу (перед заглавием) необходимо указать Ф. И. О. автора, ученую степень, ученое звание;
 - б) заглавие статьи;
 - в) аннотация – не менее 150 слов – должна включать:
 - предмет исследования;
 - метод или методологию исследования;
 - научную новизну и выводы;
 - г) ключевые слова – не менее 15 слов;
 - 3-й файл: сведения об авторе по следующей форме на русском и на английском языке: фамилия, имя, отчество; ученая степень, ученое звание; занимаемая должность; телефон; почтовый адрес; электронный адрес.
5. Объем текста статьи должен составлять не менее 12 страниц, включая таблицы, графический материал, аннотацию и список литературы.
6. Статья должна содержать библиографию (список литературы (других источников), используемой в статье), минимальное количество источников – не менее 5. При добавлении списка использованной литературы необходимо соблюдать правила действующих стандартов.
- 6.1. В качестве источников, на которые автор ссылается в статье, следует использовать следующие:
 - статьи из периодических изданий;
 - статьи из продолжающегося издания (сборника трудов);
 - материалы конференций;
 - монографии.
- 6.2. Все источники в списке литературы необходимо группировать по алфавиту фамилий авторов или первых слов заглавий документов.
7. На все нормативно-правовые акты следует ссылаться путем их упоминания в тексте статьи с указанием полного названия и даты утверждения без использования постраничных ссылок. В статье допускается использование только внутритекстовых ссылок на источники. Ссылки оформляются в основном тексте статьи путем указания в конце предложения в квадратных скобках порядкового номера упоминаемого источника из списка литературы, а в случае цитаты – и номера страницы цитируемого источника [3. – С. 5].
8. В бумажном варианте статьи должна присутствовать сквозная нумерация страниц.
9. Таблицы в тексте статьи должны иметь заголовки; на каждую таблицу в тексте должна быть ссылка.
10. Иллюстрации должны иметь порядковый номер и название. При написании формул, схем, построении графиков, диаграмм, блок-схем не допускается размер шрифта менее 8.
11. Размер графиков, диаграмм, рисунков не должен превышать по вертикали 21 см, по горизонтали – 13,5 см.
12. Представленные статьи направляются по профилю научного исследования или по тематике рассматриваемого вопроса на рецензию экспертам-ученым и специалистам университета в данной области. Статьи, принятые к публикации, но нуждающиеся в доработке, направляются для внесения необходимых исправлений. После доработки статьи повторно рецензируются, после чего редакционная коллегия принимает решение о возможности публикации.
Не рецензируются научные доклады, заслушанные на съездах, конгрессах, конференциях; информационные сообщения и объявления.