

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М. В. ЛОМОНОСОВА
Юридический факультет

ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА 2019–2020

СБОРНИК СТУДЕНЧЕСКИХ РАБОТ НАУЧНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ
ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА МГУ

Электронное издание комплексного распространения



МОСКВА – 2022

УДК 340
ББК 67.0
Э15

Составители:

А. В. Нектов, П. Р. Мингалеев, Т. Б. Кануков, Д. А. Дубовицкая

Э15 **Эволюция права 2019–2020** : Сборник студенческих работ научной конференции юридического факультета МГУ / Составители А. В. Нектов и др. — Москва : МАКС Пресс, 2022. — 223 с. (Электронное издание комплексного распространения)

e-ISBN 978-5-317-06765-6

<https://doi.org/10.29003/m2628.EL.2019–2020>

Эволюция права 2019-2020 – сборник студенческих работ конференций «Эволюция права – 2019» (октябрь 2019 г.) и «Эволюция права – 2020» (октябрь 2020 г.), которые состоялись в рамках XIV и XV Фестиваля науки в Москве на Юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова.

УДК 340

ББК 67.0

Evolution of Law 2019–2020 : Collection of student works of the scientific conference of the Faculty of Law of MSU / Edited by A. V. Nektov and others. — Moscow : MAKS Press, 2022. — 223 p. (Electronic publication of complex distribution)

e-ISBN 978-5-317-06765-6

<https://doi.org/10.29003/m2628.EL.2019–2020>

Compilation includes the International Student Conferences “Evolution of Law – 2019” and “Evolution of Law – 2020” (XIV and XV Moscow Festival of Science) proceedings (Moscow. October 2019 & October 2020).

Электронное издание комплексного распространения

Данное издание доступно:

http://www.law.msu.ru/pages/nauchnoe_obschestvo_studentov_i_aspirantov_yuridicheskogo_fakulteta

Научное издание

ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВА 2019–2020

Сборник студенческих работ научной конференции
юридического факультета МГУ

Издательство ООО «МАКС Пресс»
Лицензия ИД N 00510 от 01.12.99 г. 119992, ГСП-2,
Москва, Ленинские горы, МГУ им. М.В. Ломоносова,
2-й учебный корпус, 527 к.
Тел. 8(495)939-3890/91. Тел./Факс 8(495)939-3891

e-ISBN 978-5-317-06765-6

© Авторы, 2022

© Юридический факультет МГУ
имени М. В. Ломоносова, 2022

© Оформление. ООО «МАКС Пресс», 2022

Содержание

Агеева П.С. Авторское право и феномен коммерческого блоггинга в индустрии Интернет-бизнеса на примере Сингапура	6
Алоев К.В. Регионализация и система местного самоуправления в Королевстве Дания. Правовой анализ	9
Багандова Л.З. Торговля людьми: аспекты российского и международного законодательства	12
Бакатин В.Д. Новые секторы государственного регулирования. Индустрия каннабиса: балансируя между жестким контролем, медицинскими и этическими стандартами, общественным мнением и интересами бизнеса.....	16
Барыкин А.П. Институт присяжных заседателей: современная проблематика.....	19
Белоусова М.А. Появление понятия «сильное душевное волнение» в российском уголовном законодательстве	20
Бубельцова Т.В. Проблема определения применимого права при нарушениях исключительных прав в сети Интернет.....	23
Бугаева П.Н. Международная защита прав детей в условиях вооруженных конфликтов.....	27
Вдовина Л.П. О толковании норм и принципов Шариата органами конституционного контроля мусульманских стран	29
Веденин К.К. Неочевидность взаимности обязательство договору синдицированного кредитования	32
Грибанова Д.В. Проблемы квалификации легализации преступных доходов по признакам субъективной стороны преступления (ст. ст. 174, 174.1 УК РФ)	35
Дегтярева О.И. Интервенция в договорные правоотношения: актуальные проблемы российской практики и опыт зарубежных государств	39
Дорофеев Р.С. Произведения-сироты	42
Егорова З.С. Правовые проблемы охраны некоторых объектов всемирного наследия России	45
Жукова О.А. Эволюция правового регулирования в сфере использования возобновляемых источников энергии: сравнительный анализ.....	48
Загнойко Е.С. Суррогатное материнство: конституционно-правовые проблемы и пути их решения	50
Зенцова В.М. Практика реализации адвокатом принципа «Благоприятствование защите» в уголовном процессе	53
Казакова Е.А. Влияние международного уголовного права на национальное уголовное право на примере Российской Федерации	56
Кануков Т.Б. О принципах «Enlightened Shareholder Value» и «praktische Konkordanz» в корпоративном управлении	59

Константинов П.П. Незаконные доказательства и международный коммерческий арбитраж	62
Котленко Н.С. Эволюция толкования принципа равноправия Верховным Судом Соединённых Штатов Америки	65
Кудинова М.В. Особенности юрисдикции МЦУИС по урегулированию инвестиционных споров с участием государственных компаний, осуществляющих коммерческую деятельность	67
Латфуллина Р.Р. Современное состояние регулирования прав плода в антенатальном периоде развития	70
Ляхов В.А. «Прикладная биоэтика XXI века»: проблемы правового регулирования использования биомедицинских технологий и генной инженерии	71
Мамедова Г.Х. кызы. Антимонопольный комплаенс как способ предупреждения алгоритмических сговоров	75
Панфилов Н.А. Эффективность и пути совершенствования медиации как института трудового права	78
Попова Н.Ю. Особенности ответственности по ст. 264 УК РФ при использовании автономных транспортных средств	80
Рогозина А.А. Уголовно-правовые риски искусственного интеллекта	84
Рышкевич К.Л. Информация в сети Интернет как средство доказывания: гражданско-процессуальные аспекты в Республике Беларусь	87
Савенкова П.Г. Актуальные проблемы выборов президента США: архаичности и недемократичности коллегии выборщиков, отсутствие представительности интересов народа в системе государственных органов	90
Солтаханова А.Р. Теоретические конструкции жилищной (поэтажной) собственности	93
Табакчи Т.А. Адвокатская тайна: охраняема ли законом?	96
Телегина Д.О. Конституционный запрет на дискриминацию женщин	98
Чащина И.А. Порошина А.А. О проблеме доступа несовершеннолетних к суду присяжных заседателей	100
Вилкина В.В.Челушкина В.К. Проблемы участия адвоката в процессе доказывания на досудебной стадии уголовного судопроизводства	103
Яковлев А.С.Недобросовестное поведение стороны арбитражного (третейского) разбирательства как основание для отказа в праве на возражение	107

Эволюция права

2019

Агеева Полина Сергеевна(Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД Российской Федерации)

Авторское право и феномен коммерческого блоггинга в индустрии Интернет-бизнеса на примере Сингапура

Ключевые слова: авторское право, блоггинг, Интернет-бизнес, Сингапур

Copyright law and the phenomenon of commercial blogging in Internet business industry through the example of Singapore

Keywords: copyright law, blogging, internet business industry, Singapore

1. Работа посвящена авторскому праву в Интернет-пространстве. Объект исследования – Республика Сингапур – локомотив экономического развития. Согласно показателям конкурентоспособности крупнейших финансовых центров мира, которые включают в себя качество бизнес-среды, развитие финансового сектора, показатели инфраструктуры, а также репутацию государства как субъекта экономических отношений Сингапур занимает 4 место в рейтинге наиболее успешных экономик земного шара¹ после Нью-Йорка, Лондона, Гонконга; а в Азиатско-тихоокеанском регионе² – 2 место после Гонконга. Нельзя не отметить, что экономические успехи Сингапура напрямую зависят от его правовой системы, эффективности правового регулирования экономического сектора, в том числе политики Сингапура в области регулирования бизнеса на Интернет-платформах, что зачастую невозможно без применения норм, регулирующих интеллектуальное право.

2. Блоггинг в наше время – не только явление коммерческого характера, но и комплексный объект авторского права. Цель исследования: отметить необходимость современного подхода к проблеме защиты авторских прав новых специфических субъектов правоотношений – блоггеров. Как известно, интеллектуальные права – это совокупность объектов, составляющих бизнес³.

3. Согласно конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (изменена 2 октября 1979 года), а точнее статье 2 пункту VIII, интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям, исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио и телевизионным передачам, изобретениям во всех областях человеческой деятельности, научным открытиям, промышленным образцам, товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям, защите против недобросовестной конкуренции.

¹ Так, Сингапур один из лидеров по показателям экономического развития в мире. См.: The Global Financial Centers Index // URL: <https://www.longfinance.net/programmes/financial-centre-futures/global-financial-centres-index/gfci-25-explore-data/gfci-25-rank/> /.

² Аналогично в Азиатско-тихоокеанском регионе. См.: By regions: Asia Pacific // The Global Financial Centers Index 24 // URL: <https://www.longfinance.net/programmes/financial-centre-futures/global-financial-centres-index/gfci-25-explore-data/gfci-25-rank/> /.

³ Интеллектуальные права не находят свое выражение исключительно в отдельной услуге, объекте, готовом продукте. См.: Gordon V. Smith; Yossitov V. Monetization of copyright assets by creative enterprises. WIPO: WIPO Publication, 2013, No. 955E. P. 9.

4. Применительно к блоггингу, объекты авторского права, подлежащие защите, являются следующими: 1) текст, размещенный в сети; 2) дизайн веб-страницы; 3) скрипт; 4) фотографии; 5) веб-реклама. Доход блоггеров от их использования данных объектов преобразует их статус из обычного «пользователя социальной сети» в правообладателя, владельца бизнеса в интернет-платформе. YouTube и Instagram уже давно стали площадкой полноценного бизнеса для блогеров, что вызвало появление такого явления как «коммерческий блоггинг».

5. Возвращаясь к Республике Сингапур, повышение эффективности правового регулирования авторского права и интеллектуальной собственности – первостепенная задача Республики Сингапур, декларированная в IPHubMasterPlan 2013, с изменениями 2017 г.¹, который определил следующие направления: 1) коммерциализация и монетизация ИС; 2) создание платформы для осуществления трансакций и управления ИС; 3) усовершенствование формы отдачи заявлений на регистрацию права на ИС. При этом план предусматривал следующие меры: 1) создать систему кредитования, в которой бы использовались товарные знаки, патенты и авторские права в качестве залога; 2) создание упрощенной системы отчетности по нематериальным активам.

6. В случае коммерческого блоггинга перед законодателем на современном этапе стоит задача обеспечить защиту дизайна веб-страницы (YouTube канала или Instagram); рекламных объявлений-посты, составленных блогерами; масок в Инстаграмме. Обращаясь к Бернской конвенции 1866 года, рассуждая по аналогии, мы пришли к выводу, что информационный медиа-контент и блоги включается в понятие «передача в эфир» согласно статье 11.

7. Интеллектуально-правовое регулирование в Сингапуре осуществляется через Департамент интеллектуальной собственности – IPOS. Департамент реализует следующие функции: 1) исполнение IPHubMasterPlan; 2) сотрудничество в области патентной экспертизы на базе АСЕАН; 3) ускоренное патентное делопроизводство – более 20 офисов.

8. Очевидно, что быстроразвивающаяся индустрия блоггинга не была упомянута ни в одном из актов и, более того, регулирование данной области не было затронуто ни в одном Законе об авторском праве стран мира, что позволяет нам квалифицировать данную ситуацию как пробел в праве, что ведет в дальнейшем к коллизии и использованию аналогии.

Согласно CopyrightAct, интернет-контент регулируется по общему правилу²:

1. После регистрации в IPOS дизайн будет защищен в течение 5 лет. Максимальный срок защиты – 15 лет со дня подачи заявки.
2. Литературные и художественные произведения, в случае блоггеров – их посты и Инстаграмм-маски: 70 лет с момента смерти автора;
3. Широковещательные и кабельные программы, к которым с трудом современный законодатель может отнести прямые трансляции через Инстаграмм: 50 лет с момента последнего выпуска. Однако в силу уникальности каждой

¹См.: Update to the Intellectual Property Hub Master Plan // URL: https://www.ipos.gov.sg/docs/default-source/about-ipos-doc/full-report_update-to-ip-hub-master-plan_final.pdf.

² Copyright Act (Revised Edition 2006, as amended up to the Intellectual Property (Border Enforcement) Act 2018). Ch. 63, P. III, Div. 1, Art. 28, 29 // URL: <https://wipo.lex.wipo.int/en/text/485689>.

трансляции, прямой эфир и программа – разные по природе своей объекты интеллектуального права, что вновь указывает на пробел в нормативном регулировании.

9. Защита авторского права в Сингапуре осуществляется в двух плоскостях: гражданской (первичное и вторичное нарушение) и уголовной. Закон об авторском праве выделяет две категории правонарушения в области интеллектуального права: первичное и вторичное.

1. Коммерческий блоггинг находится под защитой от вторичного нарушения: по аналогии может быть применено положение о том, что лицо подлежит гражданско-правовой ответственности если оно удаляет или изменяет информацию об управлении правами, прикрепленную к произведению в электронном виде.

2. Согласно Уголовному Кодексу Сингапура, при умышленном нарушении авторских прав в коммерческих целях законом предписывается штраф в до \$20,000 и / или лишение свободы на срок до шести месяцев.

10. Взаимодействие исследовательских центров-университетов в области ИС берет свое начало в 1981 году с момента введения правительством RDAS (Research and Development Assistance Scheme) – объемная стратегия по стимулированию развития технологий, а значит и их правового регулирования в форме взаимодействия исследовательских центров. В 1992 году было образовано INTRO (Управление по промышленным и технологическим связям) для координирования сотрудничества в области монетизации ИС и перемещению технологий через Национальный университет. К настоящему времени INTRO оказал содействие созданию более 700 патентов, 84 соглашения по лицензированию были заключены и принесли доход в 1.44 миллиона долларов.

10. Финансируется как защита ИС, поддержка монетизации и стартапов, так и налоговые льготы, венчурные разработки, согласно схеме RDAS (1981).

11. Перспективы развития института ИС: IP Hub Master Plan содержит рекомендации по созданию платформы лицензирования цифрового авторского права, что в настоящее время более подробно изучается в рамках обзора Сингапурского режима авторского права Министерством Юстиции и Управлением интеллектуальной собственности Сингапура (IPO).

12. Блоггинг – явление комплексное. Если ранее правоотношения в области интеллектуального права носили относительный характер: добросовестный правообладатель противопоставлялся недобросовестному, нарушителю, то теперь они обрели абсолютный характер: правообладатель-блоггер противопоставлен пользователям. Задача современного законодателя – адаптация к современным реалиям Интернет-бизнеса: коммерческому блоггингу.

Регионализация и система местного самоуправления в Королевстве Дания.

Правовой анализ

Ключевые слова: общинное самоуправление, система местного самоуправления, административно – территориальное деление Дании, двухуровневая система организации управления на местах, правовое регулирование местного управления.

Regionalization and local government in the Kingdom of Denmark. Legal analysis

Keywords: community self-government, system of local self-government, administrative and territorial division of Denmark, two-level system of organization of local government, legal regulation of local government.

Как большинство европейских государств, местное управление в Дании изначально формировалось как общинное самоуправление, вскоре ставшим как общая система государственного управления, а также с развитием сеньориальной зависимости управление приобретало феодальные институты. Классическая централизованная структура организации местного управления в Дании просуществовала до второй половины 19 века, принимая некоторые особенности децентрализации.

Принятая в 1849 г. Конституция закрепляла за собой главу о назначаемых Короной управленцев, которые служили при дворе на должностях чиновников в органах местного управления (амтеры), что характеризовало за собой сочетание управления на государственном и муниципальном (города, приходы) уровнях. Однако самоуправление оставалось во многом формальным ввиду отсутствия общих норм, регулирующих полномочия и роль местного самоуправления. Большая часть вопросов, относящихся к государственному управлению, оставалась и решалась на уровне центра.

После принятия новой Конституции 1953 г., и составления закона о местном управлении 1970 г., а также законы, посвященные организации деятельности публичной власти, была осуществлена реформа местного управления (1970г.), которая объединила большинство небольших коммун и графств, сформировав ныне действующее административно-территориальное деление королевства: 5 областей (амтов) и 98 коммуны, ранее 14 регионов и 273 коммуны.

Правовую основу регулирования административно-территориального деления Дании составляют – Конституция 1953 г., Европейская хартия местного самоуправления, отдельным правовым источником общественных отношений в сфере местного самоуправления, является Закон «О местном управлении» 1970 г., а также законы, относящиеся к организации и системе деятельности publica potestate (публичной власти). Принципы самоуправления местных органов закреплены в части 9 и в ст. 82 Конституции Королевства Дания, в первой главе закона «О местном управлении». Органы центральной власти имеют право принимать постановления и решения, регулирующие вопросы и задачи муниципалитетов лишь при наличии отдельных законов, предусматривающих подобные вопросы.

В Дании действует двухуровневая структура организации местного управления, власть имеет государственный уровень (органы государственной власти, в том числе органы

исполнительной власти) и местный (муниципальный) уровень (органы местного самоуправления, в том числе местная администрация). Страна делится на 5 регионов (regioner) и 98 муниципалитетов (kommuner). Муниципалитетами считаются только наличие на местах – местных органов власти.

Из всех стран Скандинавской Европы (Дания, Норвегия, Швеция, Финляндия и др.) только Дания и Финляндия имеют в своем составе национально-территориальные автономии. В других государствах этого субконтинента существуют вне территориальные национальные автономии (саамов), входящих в само государство не имеющих полного суверенитета, независимости от территорий, в которых они состоят и которым не предоставлено право формировать свои собственные представительные и исполнительные органы на местах (саметинги).¹

Территории с **особым автономным статусом**, это Гренландия и Фарерские острова, которые не входят в регионы Дании и обладающие правом полной независимости при решении административных, экономических, социальных и культурных положений, не считая вопросов, касающихся отчуждения суверенитета. Предусматривает ряд статусных привилегий, передача дополнительных полномочий, поддержание территориальных диалектов, например, в Гренландии главным языком считается язык гренландских эскимосов. В самой Дании особым статусом пользуются коммуны – Копенгаген и Фредериксберг, что обусловлено с историческими традициями.

В структуре территориальной системы первоначальное место занимает – коммуна (kommune). Коммуна, как муниципалитет имеет органы самоуправления – Совета коммуны и бургомистр (borgmester), ответственный за деятельность Совета и руководящий в местной администрации. Выборы в представительный орган проходят один раз в 4 года, во всех муниципальных территориях страны одновременно с выборами в законодательный орган (фолькетинг), на основе пропорциональной системы избирательного процесса. Правом выбора, кроме граждан Дании, также обладают иностранные лица проживающие на территории коммуны не менее трех лет.

До коммуны вышестоящее место в территориальной системе занимает амтер (amt)– регион страны. Управление в амтерах осуществляется **Советом и государственным чиновником в администрации региона (Regionsrådsformand)**, который назначается правительством страны. В подчинении председателя администрации находятся силы правопорядка, и он наделён рядом малых регламентирующих полномочий. Функции региональных органов немногочисленны, так как основные управленческие задачи на местах принадлежат органам самоуправления.

Заключение. На данный момент, Королевство Дания остается одним из самых централизованных государств в Европе и, несмотря на наличие значительной части полномочий у муниципальных органов, закрепленных законодательством страны, органы местного самоуправления ответственны на свою деятельность, прежде всего как исполнители

¹Ракитская И. А. Регионализация в Дании в свете политических трансформаций в Европе (на примере изменений правового статуса автономий Гренландии и Фарерских островов) // Право и управление XXI века. 2017, №1. С.22-30.

государственной политики. Централизация, как главный показатель полного главенства Центра, формировании и проведении единой политики в государстве, им направляемой, сочетается в Дании с децентрализацией исполнительской деятельности и независимостью при организации местных органов.

Багандова Лейла Закировна (Московский государственный университет им. О.Е.Кутафина)

Торговля людьми: аспекты российского и международного законодательства

Ключевые слова: торговля людьми, эксплуатация человека, торговля детьми

Human trafficking: the aspects of Russian and International law

Keywords: human trafficking, human exploitation, kid trafficking

Проблема торговли людьми стоит перед человечеством с давних пор и вызывает беспокойство всего прогрессивного мирового сообщества.

Одним из важнейших международных договоров, регламентирующих положения о торговле людьми, является Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми (Палермский протокол), дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности (2000 г.)¹ Правоведы называют данный протокол первым унифицированным документом, который наиболее полно отражает положения о рассматриваемом деянии. Статья 5 Протокола признает торговлю людьми, покушение на совершение торговли людьми, участие в качестве сообщника и организацию торговли людьми - уголовно-наказуемыми деяниями.

1. «Торговля людьми» означает осуществляемые в целях эксплуатации вербовку, перевозку, передачу, укрывательство или получение людей путем угрозы силой или ее применения или других форм принуждения, похищения, мошенничества, обмана, злоупотребления властью или уязвимостью положения, либо путем подкупа, в виде платежей или выгод, для получения согласия лица, контролирующего другое лицо»(ст.3 Палермского протокола). Данное определение является не совсем удачным. При буквальном толковании нормы можно прийти к выводу, что торговлей людьми считаются действия, совершенные только в целях дальнейшей эксплуатации человека. Однако это не так. Например, при продаже матерью новорожденного ребенка не всегда происходит его дальнейшая эксплуатация в том смысле, в котором предусматривают международно-правовые акты. К тому же, специалистами отмечается сложность доказывания этой эксплуатации, что затрудняет квалификацию преступления и не позволяет привлечь к ответственности виновных. В связи с этим более удачным считаем определение, появившееся в Уголовном Кодексе Российской Федерации, которое устанавливает уголовную ответственность за любые сделки в отношении человека в независимости от условия дальнейшей эксплуатации². Т.

¹ Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности. Генеральная Ассамблея ООН. 15 ноября 2000 // Противодействие торговле людьми: Сборн. норм. прав. док. М., 2004. С.104.

² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

Долголенко указывает, что установление уголовной ответственности за торговлю людьми в любых целях считается вполне оправданным¹.

2. Статистические данные показывают, что большинство деяний, связанных с торговлей людьми, осуществляется на территориях военных действий и с пограничными с такими областями районами. Статья 127¹, криминализирующая торговлю людьми, расположена в VII разделе УК РФ «Преступления против личности», тем самым законодатель определяет «личность» родовым объектом преступления, а ее свободу, честь и достоинство – видовыми. Однако в международном праве вопрос об объекте такого преступления является спорным. В ч.2 ст.7 ("Преступления против человечности") Римского Статута Международного уголовного суда (МУС) приводится конкретизация термина «порабощение», в котором уточняется, что оно включает в себя правомочия, связанные с правом собственности «в ходе торговли людьми, в частности, женщинами и детьми»². Следовательно, МУС определяет объектом торговли людьми человечество в целом, а не личность и ее честь, свободу и достоинство. Проблема отнесения данного преступления к этому объекту исследовалась многими американскими учеными³, однако к единому и общему решению ни теоретики, ни законодатели не пришли. Так, например, в Уголовном Кодексе ФРГ торговля людьми отнесена к разделу «Преступления против сексуального самоопределения»⁴. В УК Польши статья об ответственности за торговлю людьми включена в главу 32 «Преступления против публичного порядка», что в сопоставлении с российским уголовным правом позволяет определить объект данного преступления, как общественную безопасность и общественный порядок⁵. На наш взгляд, место нормы, посвященной торговле людьми, в УК РФ является вполне удачным, так как преступник, совершающий данное деяние, посягает именно на свободу человека, а не на общественный порядок и на общественную безопасность. То же самое право на сексуальное самоопределение является частью свободы человека, его чести и достоинства.

3. Торговля людьми – предикатное преступление, конечной целью которого чаще всего является или совершение сексуальной эксплуатации, или незаконная трансплантация и принудительное изъятие органов, или подневольный труд, или изготовление детской порнографии и т.д. Первая попытка комплексного подхода к регламентации ответственности за сексуальную эксплуатацию женщин и детей была предпринята Генеральной Ассамблеей ООН, которая 2 декабря 1949 года приняла «Конвенцию о борьбе с торговлей людьми и эксплуатацией проституции третьими лицами»⁶, в которой значительное внимание уделено вопросам противодействия сексуальной эксплуатации женщин. В соответствии со статьей 2 Конвенции наказанию подлежат лица, содержащие и управляющие домами терпимости (финансирующие их, сдающие их в аренду и т.п.), если эти дома будут использоваться в целях проституции третьими лицами. В России содержание притонов и помещений для

¹ Долголенко Т. Уголовная ответственность за торговлю людьми // Уголовное право. 2004. № 2. С. 23.

² Римский статут Международного уголовного суда // Док. ООН A/CONF. 183/9 от 17 июля 1998 г.

³ Gallagher A. T. The International Law of Human Trafficking. Cambridge, 2010. P. 123.

⁴ Уголовный Кодекс Федеративной Республики Германия // URL: <https://constitutions.ru/?p=5854>.

⁵ См.: Ст. 253 Уголовного кодекса Польши // URL: <http://ex.jur.law.ru>.

⁶ См.: Конвенция ООН о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами от 2 декабря 1949 г. // Противодействие торговле людьми: Сborn. норм. прав. док. М, 2004. С. 22.

занятий проституцией влечет уголовную ответственность (ст. 241 УК РФ), а получение доходов от эксплуатации проституции - административную ответственность (ст. 6.12 КоАП РФ). Ряд специалистов полагает, что нужно криминализировать это деяние, ссылаясь на ст.8 вышеупомянутой Конвенции¹. На наш взгляд, статья 6.12 действительно нуждается в криминализации для осуществления более эффективной уголовно-правовой защиты.

4. Часто подчеркивается взаимосвязь торговли людьми и рабства. Эти два понятия нередко отождествляются. Однако, анализируя практику международных судов², можно прийти к выводу, что торговля людьми может быть приравнена к рабству только при наличии тотального контроля, если человек принадлежит кому-то как вещь³. В УК РФ выделена отдельная норма, посвященная использованию рабского труда (127.1). На наш взгляд, отождествление «торговли людьми» и «рабства» недопустимо. Рабство и использование рабского (подневольного) труда может существовать независимо от торговли. Поэтому существование в УК РФ статьи 127.2, регламентирующей уголовную ответственность за использование рабского труда, полностью соответствует стандартам международного права и позициям ЕСПЧ.

5. Актуальной является проблема сексуальной эксплуатации несовершеннолетних и распространение детской порнографии. Проблеме особой защиты несовершеннолетних посвящен специально принятый ООН в 2000 году Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, в котором законодатель обязывает государства принять все необходимые меры «в целях обеспечения гарантий защиты ребенка от практики торговли детьми, детской проституции и детской порнографии»⁴. В Российской Федерации эта проблема также стоит очень остро. Теоретики предполагают, что раньше, когда в УК РФ существовала статья «Торговля несовершеннолетними», было легче квалифицировать преступления такого рода. На наш взгляд, существование отдельной статьи, посвященной торговле несовершеннолетними, является лишним, так как этот состав достаточно отражен в ст. 127.1. Выделение его в самостоятельную норму не сделает его более применяемым и рабочим.

Механизм уголовно-правовой защиты от торговли людьми не является идеально проработанным ни в национальном, ни в международном законодательстве. Проведя анализ, можно прийти к выводу, что российский законодатель в целом соблюдает нормы, изложенные в международных договорах, а в некоторых моментах даже идет вперед. Но для более эффективного регулирования данного вопроса как в России, так и на международной арене необходимо развитие транснациональной стратегии и крепкого международного сотрудничества. Это позволит решить важные вопросы со спросом живого товара, налаживанием процесса мониторинга и идентификации жертв.

¹ Коваленко В. И. Теоретические и прикладные проблемы противодействия криминальной эксплуатации человека (криминологическое исследование): дисс. . . . д-ра юрид.наук: 12.00.08. Москва, 2017. С.360.

² Постановление ЕСПЧ Ранцев против Кипра и России // URL: [https:// roseurosud.org/r/st-1/postanovlenie-espch-rantsev-protiv-kipra-i-rossii](https://roseurosud.org/r/st-1/postanovlenie-espch-rantsev-protiv-kipra-i-rossii).

³ Wilth V. D. H. Trafficking in human beings, enslavement, crimes against humanity: unravelling the concepts // Chinese journal of International Law. 2014, №2. P. 297-334.

⁴Ibid.

Новые секторы государственного регулирования. Индустрия каннабиса: балансируя между жестким контролем, медицинскими и этическими стандартами, общественным мнением и интересами бизнеса

Ключевые слова: каннабис, марихуана, легализация

New Sectors of State intervention. Cannabis industry: balancing tight control, medical and ethical standards, public opinion and business interests

Keywords: cannabis, marijuana, legalization

1. Глобальная дискуссия по вопросу о регулировании каннабиса активизировалась в последние годы, так как все больше стран вводят законодательные положения, разрешающие использование каннабиса в медицинско-терапевтических целях. Принимая во внимание интерес к медицинской значимости этой проблематики (с ее весьма сложным многосоставным морально-этическим компонентом), представляется, что изучение подходов различных государств к регулированию использования каннабиса может способствовать выявлению должных инструментов регулирования, отвечающих интересам общества в целом и определению возможности адаптации конкретных механизмов в РФ, где принятые в июле 2019 г. правительственные решения, направленные на обеспечение фармакологической безопасности населения РФ, стали индикатором появления нового фокуса внимания регулятора к этим и сопредельным вопросам.

2. Последние десятилетия активизация процесса легализации каннабиса в различных странах была предопределена рядом факторов, включающих: рост массива научных доказательств о лечебном действии каннабиса, возникновение в сфере охраны общественного здравоохранения новой парадигмы, касающейся наркотических средств, а также растущее осознание того, что издержки «войны с наркотиками» значительно превышают положительный эффект от нее¹. Несмотря на значительное изменение в регулировании этой сферы в ряде стран (законодательство о медицинском использовании каннабиса уже стало реальностью в 30 странах), в целом между государствами пока не достигнут консенсус о направлении дальнейшего развития регулирования, не задействованы правовые и институциональные механизмы международных соглашений, способные обеспечить адаптацию существующей нормативной базы отдельных государств к неким универсальным взаимоприемлемым подходам.

¹Так, Нобелевские лауреаты призвали мир изменить стратегию борьбы с наркотиками. См.: Официальный сайт новостного агентства News.ru // URL: <https://news.ru/society/nobelevskie-laureaty-prizvali-mir-izmenit-strategiyu-borbu-s-narkotikami/> (дата обращения: 20 сентября 2019). См. также: Bahju, A., Stephenson, C. International Perspectives on the Implications of the Cannabis Legalization: A Systematic Review and Thematic Analysis // Public Health. 2019, № 16(17). // URL: <https://www.mdpi.com/1660-4601/16/17/3095/htm>; Marcu, J. Regulators Need to Rethink Restrictions on Cannabis Research. Springer Nature, August, 2019. // URL: <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02531-6>.

3. Принимая во внимание то, что Международный комитет по контролю за наркотиками (International Narcotics Control Board) признал медицинские свойства каннабиса¹, а многочисленные исследования подтвердили положительный эффект от использования каннабиса при терапии неврологических заболеваний (таких как рассеянный склероз и эпилепсия), болезни Альцгеймера, болезни Хантингтона и синдрома Туретта, заболеваний и симптомов, связанных с желудочно-кишечным трактом и пищевым статусом, а также положительное влияние каннабиса при хронической боли в основном возникающей вследствие невропатической зависимости от наркотиков или расстройств психического характера, в настоящее время во многих странах внимание регулятора приковано к поиску действенных механизмов регулирования этой сферы. При этом каждая страна ищет свой инструментарий регулирования этой сферы, определяемый многочисленными факторами, включающими как факторы медицинского характера, так и культурные, этно-социологические и другие.

4. Анализ показывает, государства используют различные подходы, устанавливая запреты и определяя границы дозволенного и допустимого. Так, в общем и целом на сегодняшний день в можно назвать следующие инструменты регулирования: выдача специальных лицензий исключительно на ввоз и использование каннабиса для медицинских целей при запрещении его культивирования (например, в Польше); лицензирование конкретных видов деятельности в указанной сфере, включающих исследование, производство, переработку, промышленное изготовление, экспорт, перевозку, сбыт(например, в Колумбии и Перу);режим, позволяющий иметь широкий доступ к медикаментам из каннабиса, а также его использование и в рекреационных целях, включающий самостоятельное возделывание, обработку, отправку и получение, продажу в клиниках и аптеках, организацию рекреационных центров и клубов(например, в Уругвае); режим жесткого контроля импорта сырья для производства лекарственных средств из каннабиса при разрешении использования его для медицинских целей и допустимости его культивирования для собственного использования в строго установленных минимальных размерах (например, в Германии).

5. Поиск оптимальных моделей регулирования этой сферы должен быть продолжен, и, в первую очередь, направлен на продолжение научных исследований с целью создания широкоформатной доказательственной базы действия каннабиса. Далее, ввиду того, что ключевыми факторами, связанными с усложнением разработки должного механизма регулирования этой сферы, становятся морально-этические и сопредельными аспекты, последующие разработки и принятие механизмов регулирования должны проходить с привлечением экспертов из сферы научно-исследовательского, медицинского сообщества и пациентов при создании должных взаимодействий с самыми широкими слоями населения. Хотя тенденция к легализации каннабиса для лечебных целей становится реальностью сегодняшнего дня (см. документы Евросоюза от 22 сентября 2019 г. о разрешении использования каннабиса для лечения редких форм детской эпилепсии, начиная с двухлетнего возраста детей) представляется, что создание некоего международного стандарта

¹Подробнее, International Narcotics Control Board. Report 2018.United Nations Publications. 2018 // URL: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2018/Annual_Report/Annual_Report_2018_E_.pdf.

регулирования, способного стать концептуальной основой для государств, также способствовал бы решению проблемы. И, наконец, любой механизм регулирования, используемый государством в указанной сфере, должен быть разработан на основе конкретного целеполагания каждой страны в привязке к социально-этическим, историческим и другим параметрам, иметь четкие и однозначно понимаемые правовые конструкции и способствовать достижению социально значимых целей.

Институт присяжных заседателей: современная проблематика

Ключевые слова: присяжные, право на отправление правосудия, реформа суда присяжных, гражданское общество

Jury system: present-day issues

Keywords: jury, right to justice, reform of the jury system, civil society

Суд присяжных — важная составляющая демократического общества. Участие граждан в отправлении правосудия в качестве присяжных является формой общественного контроля над деятельностью судебной власти, необходимой для каждого цивилизованного государства. Следовательно, институт присяжных заседателей, благодаря которым граждане могут на практике осуществлять свое конституционное право на отправление правосудия, нуждается в модернизации при появлении первых проблем в его работе. Помимо этого, суд присяжных позволяет компенсировать обвинительный уклон судебной системы. Оправдательными приговорами в 2018 году завершились всего 0,3% дел, рассмотренных российскими судами¹.

Несмотря на принципиальное значение суда присяжных, в настоящее время он находится в упадке. Наиболее болезненно кризис выражается в непопулярности этой формы правосудия. Негативные тенденции растут: за 2010 г. судами присяжных было рассмотрено 576 уголовных дел², тогда как за 2018 г. данный показатель составил 283 дела³.

Положение суда присяжных в последнее время активно обсуждалось высшими органами государственной власти. Результатом стало принятие Федерального закона от 23 июня 2016 г. № 190-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с расширением применения института присяжных заседателей»⁴. Основные изменения вступили в силу в июне 2018 года, и, вероятно, обновление правовой базы института суда присяжных продолжится.

Целью исследования стало определение проблем суда присяжных в современной России и поиск решений для его совершенствования.

Центральной проблеме — снижению значимости суда присяжных в решении дел — сопутствует ряд других. Зачастую обвиняемый лишается права на рассмотрение дела в суде присяжных из-за невозможности формирования полной коллегии. Большинство людей не

¹Суды по-прежнему рассматривают большинство уголовных дел в особом порядке // URL: <https://www.advgazeta.ru/obzory-i-analitika/sudy-po-prezhnemu-rassmatrivayut-bolshinstvo-ugolovnykh-del-v-osobom-poryadke/> (дата обращения: 10.09.2019).

²Семенов Е. А., Столбина Л. В. Суд присяжных: на пути реформ // Проблемы правоохранительной деятельности. 2017, №1. С. 77.

³Суды по-прежнему рассматривают большинство уголовных дел в особом порядке //URL: <https://www.advgazeta.ru/obzory-i-analitika/sudy-po-prezhnemu-rassmatrivayut-bolshinstvo-ugolovnykh-del-v-osobom-poryadke/> (дата обращения: 10.09.2019).

⁴Федеральный закон от 23.06.2016 N 190-ФЗ "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с расширением применения института присяжных заседателей" // Российская газета. 2016, № 139.

готовы уйти со своего места работы в судебный процесс, который может затянуться на месяцы¹. Эффективные способы привлечения к участию в отправлении правосудия на данный момент отсутствуют.

Существуют и другие недостатки. В частности, если присяжным заседателям при обсуждении в течение 3 часов не удалось достигнуть единодушия, то решение принимается голосованием. В случае, если присяжные готовы перейти к голосованию сразу, они вынуждены ждать истечения положенных трех часов².

В результате недавней реформы число присяжных в судах субъектов сократилось с 12 до 8 человек, а также был введен институт присяжных в районных и гарнизонных судах с коллегией из шести заседателей. Это сделало коллегию нерепрезентативной и более подверженной влиянию. Темы необходимости включения в национальное законодательство новелл, связанных с защитой присяжных от давления, уже касался ЕСПЧ, рассматривая в 2017 г. дело «Тимофеев против России»³. С 2018 г. присяжные начали рассматривать уголовные дела о посягательстве на жизнь государственного или общественного деятеля и дела о геноциде. Но данные составы представляются мало распространенными и не ведут к росту влияния суда присяжных.

Таким образом, нововведения в сфере суде присяжных включают в себя ряд достаточно спорных положений, не принимая во внимание уже существовавшие недочёты. Хочется верить, что суд присяжных, как «союз суда с обществом»⁴, один из институтов, способствующих формированию гражданского общества в России, будет непрерывно оставаться в поле зрения законодателя и совершенствоваться.

¹ «Это тупик, заложенный в законе» Присяжные в России чаще оправдывают людей, но таких судов очень мало. Зав кафедрой юрфака МГУ объясняет почему // URL: <https://meduza.io/feature/2018/12/28/eto-tupik-zalozhennyu-v-zakone> (дата обращения: 22.04.2019).

² Ведищев Н. П. Особенности защиты при производстве по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей. М., 2013. С. 372.

³ Application no. 16887/07, Case of Timofeyev v. Russia, Judgment of 14 November 2017.

⁴ Нарутто С. В., Смирнова В. А. Присяжные и арбитражные заседатели: теория и практика. М., 2011. С. 109.

Появление понятия «сильное душевное волнение» в российском уголовном законодательстве

Ключевые слова: сильное душевное волнение, аффект, Уголовный кодекс 1996 года, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, Уголовное Уложение 1903 года

Introduction of the term "strong sincere excitement" in the Russian criminal legislation

Keywords: strong sincere excitement, affect, Russian Criminal Code 1996, Code of Criminal and Corrective punishments 1845, Criminal Code 1903

1. Современный Уголовный кодекс пользуется понятиями «сильное душевное волнение» и «аффект» как фактически тождественными¹. Известно, что термин «аффект» был впервые внедрён в уголовное законодательство именно через УК 1996 года, тогда как «сильное душевное волнение» имеет почти столетнюю историю функционирования в законодательных актах.

2. Некоторые говорят об указании на совершение преступлений в состоянии аффекта в Воинском Артикуле Петра Великого, если не в Русской Правде. Я приму позицию, согласно которой начало законодательного регулирования преступлений, совершенных в состоянии аффекта, считается имевшим место с изданием Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года².

3. В числе обстоятельств, уменьшающих вину и наказание, Уложение называет состояние «запальчивости и раздражения», вызванное действиями потерпевшего. «Запальчивость и раздражение» выступают также квалифицирующими признаками для отдельных составов преступлений, указанных в Особенной части: убийство, нанесение телесных повреждений.

4. Использование законодателем именно такой формулировки породило целый ряд проблем.

Во-первых, данное понятие в принципе не соответствовало уровню развития уголовно-правовой науки.

К середине XIX века юристы свободно оперировали термином «аффект», понимая под ним «движение чувства, потрясающее весь организм человека и отражающиеся на всех его отправлениях (гнев, отчаяние, страх)»³. Снисхождение, требуемое для лица, совершившего преступление в состоянии аффекта, имеет своей основой именно тот элемент влияния на волю человека, который подчеркивается в понятии аффекта. Господствовавшие воззрения классической школы уголовного права считали необходимым условием объявления конкретного деяния преступным именно наличие свободной воли актора. Состояние аффекта, по самому его определению, свободную волю ограничивает, потому и необходимо является основанием к снисхождению.

Термин же «запальчивость и раздражение» не несёт в себе обязательного элемента

¹«Уголовный кодекс Российской Федерации» от 13 июня 1996 года No 63-ФЗ (в редакции от 2 августа 2019 года) // СЗ РФ. 1996. No 25. Ст. 2954.

²Свод законов Российской империи, повелением государя императора Николая Павловича составленный. Т.15. Законы уголовные. Спб., 1857.

³Спасович В. Учебник уголовного права. Том 1 (выпуск 1-й). Спб., 1863. С. 125.

неизбежности, невозможности преодоления, а значит, необязательно ограничивает свободу воли. Таким образом, закон делает понятие слишком неопределенным и, если принимать термин буквально, практически бессмысленным.

Во-вторых, проявилась определенная путаница в понятиях. В образованной юридической среде, представители которой были хорошо знакомы с развитием философской мысли, задумывались не только над содержанием аффекта, но и над близким понятием страсти. Под данным термином понималось длящееся состояние души, характеризующееся направленностью воли к какому-либо одному объекту. Большинство учёных признавали, что, хотя страсть может завладеть всеми помыслами человека, с ней можно и должно бороться, и в этом состоянии также нет элемента непреодолимости¹. Однако появляются юристы, которые находят состояние страсти неотделимым от состояния аффекта и считают, что длительное душевное движение, если оно по-настоящему сильное, может завладеть рассудком и лишить человека свободы воли либо ограничить её². А значит, протяженное во времени состояние страсти имеет такое же право, как минимум, смягчать ответственность за совершенное деяние, как и «взрывной» аффект, тем более что термин «запальчивость и раздражение» не позволял вложить в него никаких ограничений по длительности и характеру движения чувства. Такое толкование закона вызвало бы необъятное расширение эксплуатирования в качестве повода к смягчению ответственности любого смещения в душевном равновесии преступника, без которого совершение преступного деяния в принципе не обходится.

В-третьих, термин «запальчивость и раздражение» охватывал собой только ограниченный круг чувств, которые могли вызвать сильные душевные движения. Согласно господствовавшей тогда традиции, аффекты делились на две большие группы: возбуждающие (гнев, испуг) и угнетающие (страх, печаль). Очевидно, под принятый законом термин угнетающие аффекты подведены быть никак не могли, и в итоге только один конкретный случай угнетающего аффекта стал квалифицирующим признаком в Особенной части для убийства матерью незаконнорожденного ребёнка или оставление его. Доктрина же признавала за аффектом влияние на душевное состояние человека независимо от природы чувства, породившего волнение.

5. С такими недостатками указания на состояние аффекта в законе столкнулись разработчики нового Уголовного Уложения, и было принято решение внедрить более релевантный термин.

Прежде всего, Комиссия определила, что под квалифицирующим признаком для привилегированного состава будут пониматься все виды аффекта, а не только возбуждающие.

Ради установления однозначности по этой проблеме в первой редакции проекта был предложен термин «состояние страсти и раздражения». В процессе обсуждения проекта были высказаны возражения. Профессор Легонин подчеркивал, что использование понятия страсть рядом с термином раздражение не отражает учёт законом всех видов аффекта, а лишь создает впечатление, что данной нормой объявляются смягчающими ответственность человеческие пороки - зависть, ненависть, - которые в обыденных представлениях подходили под понятие «страстей».

В объяснительной записке к проекту Уголовного Уложения его создатели отметили растяжимость и неточность понятия «состояние запальчивости и раздражения», которое

¹Терновский Н. А. Юридические основания к суждению о силе доказательств и мысли из речей Председательствующего по уголовным делам (пособие для юристов-практиков и присяжных заседателей). Тула, 1901. С. 38-39.

²Давыдов Н. Очерк теории уголовного права. Спб., 1860. С. 101-102.

граничит «с психическими состояниями, уничтожающими вменяемость, а с другой стороны, не всегда исключает возможность даже обдуманности действий, являясь последствием простого нежелания сдерживать буйные порывы»¹. Комиссия по разработке уложения пошла в этом вопросе по пути, предложенным австрийским проектом уголовного закона 1881года, согласно которому снисхождения заслуживает убийца, если умысел был задуман и выполнен в одном и том же сильном душевном движении. Соответственно, новый термин должен был отражать непрерывность душевного волнения, в порыве которого возникает и осуществляется преступное намерение. Профессор Легонин предложил использовать термин венгерского уголовного кодекса «сильное душевное волнение». Юристы настаивали также на формулировке «в порыве сильного душевного волнения» вместо слов «в состоянии», дабы подчеркнуть внезапный характер данного явления. Эта формулировка и была включена в одну из редакций проекта, однако в окончательный вариант Уголовного Уложения вошло более нейтральное выражение «под влиянием сильного душевного волнения».

6. Несложно заметить, что принятая современным Уголовным кодексом формулировка «в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения» решает ровно те же вопросы, которые стремились решить составители Уголовного Уложения в конце XIX века. Термин «сильное душевное волнение» был заимствован советским уголовным законодательством и настолько прижился, что несмотря на желание разработчиков нового российского Уголовного кодекса использовать достижения современной психологической науки, даже внедрение нового (для законодательного акта) термина «аффект» не смогло вытеснить прежнюю формулировку. Поэтому они остались в качестве равноправных. Подчеркивание «внезапного возникновения» этого состояния - более современная форма разрешения проблемы интенсивности и продолжительности душевного волнения, имеющего юридическое значение.

¹Уголовное уложение. Объяснения к проекту Редакционной комиссии. Т. 6. Спб., 1895. С.80.

***Проблема определения применимого права при нарушениях
исключительных прав в сети Интернет***

Ключевые слова: Международное частное право, исключительное право, «повсеместные» нарушения, акты международной гармонизации, lex loci protectionis, критерий тесной связи

The problem of determining the applicable law to infringements of
exclusive rights on the Internet

Keywords: Private international law, exclusive right, ubiquitous infringement, acts of international harmonization, lex loci protectionis, criterion of the close connection

1. Интернет - мощнейший фактор, влияющий на развитие процессов в сфере интеллектуальной собственности и международного частного права. В настоящее время бурного развития информационных технологий в цифровой сфере проблемы, связанные с нарушением исключительных прав через Интернет, так называемыми «повсеместными» нарушениями (ubiquitousinfringement), нуждаются в рассмотрении.

2. Выявим проблему на простом примере. Ситуация касается распространения копии произведения личного врача президента Франции Ф. Миттерана, мемуаров «Большой секрет», директором «кибернетического» кафе через интернет-сайт.¹ В этом произведении личный врач президента раскрыл тайну его болезни, а именно тот факт, что Миттеран болел раком уже при вступлении на руководящую должность. Это событие вызвало ажиотаж со стороны французских интернет-пользователей, большое количество просмотров, что привело к угрозам со стороны семьи Миттерана в адрес владельца кафе. Предприниматель заявил, что если угрозы не прекратятся, он удалит файлы и разместит их на сайте США. Если представить, что данный материал был размещен на сайтах США, или на британском веб-сайте, или в какой-либо другой стране («Большой секрет» был обнаружен на сайтах США, Канады, Великобритании), возникает вопрос: «В какое государство обращаться за защитой нарушенного права и закон какой страны будет применим?».

3. Очевидно, встает проблема определения применимого права в случае нарушения авторского права посредством цифровых сетей, которые делают противоправные действия повсеместными. Трудность в определении применимого права прежде всего возникает из-за территориального характера интеллектуальной собственности и несостоятельности коллизионной привязки lex loci protectionis. Обращение к этой универсальной привязке приведет к применению «мозаики» различных национальных законов, которые затрагивают данное нарушение.²

4. Следует сразу сказать, что ни на международном, ни на региональном уровне не существует единой коллизионной привязки, которая определяла бы право, применимое к

¹ Ginsburg J. C. Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change. Boston, 1999. P. 6.

² Mireille M. M. E. Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis. TheHague, 2003. P. 103.

нарушениям, совершенным через Интернет.¹ Пути решения описанной нами выше проблемы содержатся в современных проектах, разработанных авторитетными учеными (Принципы CLIP, ALI, COPILA, WASEDA, Transparency). Все Принципы, за исключением Transparency, содержат похожие правила, основанные на единственном правовом подходе и состоящие из трех элементов: правило наиболее тесной связи, набор связующих факторов и исключение, позволяющее сторонам «отступить» к территориальному подходу.²

5. Правило наиболее тесной связи является гибкой коллизионной привязкой, которая позволяет учитывать множество факторов, указывающих на наиболее подходящее применимое право. Но, с другой стороны, она несет в себе некоторую неопределенность и непредсказуемость. Получается, что пользователи Интернета должны заранее знать, какой закон регулирует их действия, что невозможно, тем самым вероятность выбора сторонами регулирования спора с помощью *lex loci protectionis* возрастает, снижая еще больше правовую определенность. Также необходимо учитывать, что критерий наиболее тесной связи не имеет собственного внутреннего содержания: оценка и подбор связующих факторов для его наполнения перекладывается на плечи судов, что означает смещение центра тяжести коллизионной проблемы с правотворческого на правоприменительный уровень.³ Принципы Transparency также определяют одно применимое право, но связующим фактором является достижение «максимальных результатов». Оно следует правилу влияния на рынок и означает, по словам комментаторов, количество эксплуатации, такой как «интенсивная загрузка» в особой юрисдикции, а не величина ущерба с точки зрения материального права.⁴ Возникает вопрос, какие критерии необходимо учитывать при установлении рынка той страны, где использование интеллектуальной собственности достигает максимума.⁵

Оба подхода имеют свои достоинства и недостатки, но с уверенностью можно сказать, что данные рекомендации пытаются решить проблему правовой определенности в пользу применения одного права, наиболее тесно связанного с регулируемыми отношениями.

6. Ряд авторов предлагают перенести проблему, связанную с «повсеместными нарушениями», на уровень определения юрисдикции, а не применимого права. В теории предлагается заключить международный договор, который определял бы юрисдикцию к деятельности, связанной с использованием Интернета, представлены еще более радикальные мнения о необходимости заключения международной конвенции, устанавливающей зоны регулирования в Интернете по аналогии с Арктикой, Луной, космическим пространством. Но данные территории обособлены от территорий других государств, что позволяет достичь соглашения об их регулировании, в отличие от правового режима Интернета, где отношения подпадают под юрисдикцию отдельно взятых государств, что слишком остро ставит вопрос об их суверенитете. Пожалуй, стоит согласиться с авторами, которые, не отрицая ценность

¹ Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М., 2014. С. 58.

² Matulionytè R. IP and Applicable Law in Recent International Proposals: Report for the International Law Association // JIPITEC. 2012, № 3. P. 275.

³ Асосков А. В. Основы коллизионного права. М., 2012. С. 206.

⁴ Matulionytè R. Op cit. P. 301.

⁵ Соловьев А. А, *Lex loci protectionis*: некоторые аспекты защиты исключительных прав в международном частном праве // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013, № 1. С. 15.

данных предложений, приходят к выводу, что перспективность принятия международных соглашений крайне невелики.¹

7. Гораздо интереснее представляются предложения о создании механизма координации рассмотрения интернет-споров судами различных государств. В частности, они содержатся в Принципах ALI, которые предлагают использовать механизмы *lis pendens* (Европейский союз) и *forum non conveniens* (США).² Координация возможна в виде консолидации требований, возникающих из одного эпизода (*occurences*), которые рассматриваются одним судом.

8. В настоящий момент определение юрисдикции в связи с нарушением исключительных прав в сети Интернет не находит должного регулирования в законодательстве государств, при этом отсутствуют какие-либо фактические и юридические основания для подчинения отношений, возникающих при использовании Интернета, той или иной юрисдикции, основанной на территориальном признаке.

Совершенно очевидна необходимость отхода от принципа *lex loci protectionis* в случае нарушения исключительных прав через Интернет. Стоит признать упоминаемые нами выше Принципы наиболее проработанными в сфере регулирования данных вопросов, а именно установление ими критерия наиболее тесной связи как критерия определения применимого права к повсеместным нарушениям. Однако обращение к данному критерию не должно привести к частому применению *lex fori* как следствию судейского усмотрения. Для этого необходима выработка четких значимых факторов для определения права тесной связи, для обеспечения эффективности суд должен иметь возможность учитывать нормообразующие факторы в той же степени, что и законодатель.

¹ Matulionytè R. Op cit. P. 121.

² Drexl J., Kur A. Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future. Munich, 2005. P 287.

Международная защита прав детей в условиях вооруженных конфликтов

Ключевые слова: вооружённый конфликт, права детей, Женевские конвенции, ответственность

International protection of children rights in armed conflict

Keywords: armed conflict, children's rights, Geneva conventions, responsibility

Институт защиты прав детей является одним из важнейших институтов международного гуманитарного права. Дети являются особым субъектом защиты, так как чаще всего в период военных действий они подвергаются насилию, как психическому, так и физическому, а также не могут самостоятельно защитить свои права и интересы. Поэтому особенно важно для государства предоставить несовершеннолетнему такие меры защиты, которые являются гарантированными в международном праве.

Права детей в условиях вооруженных конфликтов защищены таким комплексом международно-правовых актов: Конвенцией о правах ребенка (1989 г.) и Факультативным протоколом к Конвенции о правах ребенка, касающимся участия детей в вооруженных конфликтах (2000 г.), IV Женевской конвенцией о защите гражданского населения во время войны (1949 г.) и Дополнительными протоколами I и II к Женевским конвенциям (1977 г.) и др.

Проанализировав положения Женевских конвенций и дополнительных протоколов к ним, можно отметить, что в некоторых статьях отсутствует привязка к возрасту детей и фигурируют такие понятия как «дети», «малолетние», «подростки», «несовершеннолетние». Сами же Конвенции не дают никаких дефиниций понятию «ребенок» и не закрепляют возраст окончания детства. И.В. Джерыкин отмечает, что отсутствие конкретного определения этого понятия в международном гуманитарном праве негативно сказывается на реализации данных норм¹, так как данные термины должны одинаково интерпретироваться всеми сторонами конфликта в целях реализации всех предоставленных ребенку прав и гарантий. Отсутствие данного закрепления И.В. Джерыкин объясняет тем, что Женевская конвенция дает право государствам самостоятельно определить верхний порог детства. Однако, в соответствии с пунктом 2 статьи 77 I Дополнительного протокола к Женевским конвенциям запрещается участие в военных действиях детей, не достигших 15 лет². То есть любое лицо, достигшее 15 лет, все еще считается ребенком, что не позволяет государству-участнику понизить данный возраст. В данном вопросе также представляется целесообразным обратиться к положениям Конвенции о правах ребенка, где четко указано, что ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста³, а также к Факультативному протоколу к Конвенции о правах ребенка от 2000 года, где нормативно

¹Джерыкин И. В. Определение термина «ребенок» в международном гуманитарном праве // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2018. № 2. С. 42.

²Дополнительный Протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I).

³Конвенция о правах ребенка. Принята резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 года.

закреплено повышение минимального возраста добровольного призыва лиц с 15 до 18 лет¹, кроме случаев, установленных дополнительно.

Еще одной особенностью международного гуманитарного права в сфере защиты детей является наличие особой формы защиты детей даже при условии, что они являются не гражданским населением, а комбатантами. В данном случае лица, не достигшие 18 лет, также имеют свои особые права, определенные в статье 77 I Дополнительного протокола к Женевским конвенциям. Формами особой защиты по данной статье является невозможность содержания несовершеннолетних в одном помещении со взрослыми в случаях задержания, ареста или интернирования несовершеннолетнего, а также не приведение в исполнение смертного приговора в отношении несовершеннолетних на момент совершения преступления лиц.

На данный момент также создано достаточное количество различных международных организаций, которые занимаются вопросами защиты прав детей в вооруженных конфликтах. В первую очередь стоит выделить Международный комитет Красного Креста (далее - МККК). Защита прав детей является одной из основных целей МККК, реализуемая посредством предоставления различной помощи детям, пострадавшим от последствий вооруженных конфликтов. Также выделяют Международную амнистию, Коалицию за прекращение использования детей в качестве солдат, структурное подразделение ООН - ЮНИСЕФ и другие². Особое место, по нашему мнению, в области защиты прав детей на постсоветском пространстве занимает Международная благотворительная общественная организация «Справедливая помощь Доктора Лизы», целью которой является оказание помощи детям, пострадавшим в результате военных действий и различных катастроф. Доктор Лиза оказывала благотворительную помощь и детям юго-востока Украины. С начала 2016 года Елизавета Глинка вывезла на лечение в Россию 45 детей из Донбасса, а на протяжении 2015 года из вооруженного конфликта на Донбассе было переправлено в Российскую Федерацию более 350 детей³.

Таким образом, законодательство в сфере защиты прав детей не стоит на месте. Мировое сообщество осознает важность прекращения и недопущения в дальнейшем участия детей в вооруженных конфликтах, необходимость наделения их специальным статусом и особое покровительство со стороны государства. Представляется необходимым в дальнейшем совершенствовать и развивать законодательную базу с целью предотвращения нарушения прав детей, гарантированных им международными актами. Следует помнить, что ребенком является физическое лицо, не достигшее 18 лет. Помощь государствам в сфере защиты прав детей также оказывают неправительственные организации, которые действуют достаточно активно, что еще раз подтверждает актуальность данной проблемы.

¹Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах Принят резолюцией 54/263 Генеральной Ассамблеи от 25 мая 2000 года.

²Ялаева Г. Н. Международно-правовая защита прав детей в условиях конфликтов немеждународного характера // Аллея Науки. 2018, № 4 (20). С. 100.

³ Официальный сайт Международной общественной организации «Справедливая помощь». // URL: <http://doctorliza.ru>

Вдовина Любовь Павловна(Институт философии и права Уральского отделения Российской академии наук)

О толковании норм и принципов Шариата органами конституционного контроля мусульманских стран

Ключевые слова: конституционный контроль, исламский конституционализм, Шариат, толкование

The interpretation of Sharia norms and principles by constitutional review organs in Islamic countries

Keywords: constitutional review, Islamic constitutionalism, Sharia, interpretation

Влияние Шариата на правовые системы мусульманских стран гетерогенно, в связи с чем можно выделить группы стран в которых оно наиболее значительно и распространяется практически на все правовые институты национальных правовых систем, в том числе на институт конституционного контроля (Афганистан, Иран, Йемен, Египет, Пакистан, ОАЭ и др.)¹.

Одной из наиболее важных особенностей института конституционного контроля данных стран является реализация органами конституционного контроля полномочия по осуществлению контроля за соответствием нормативно-правовых актов нормам и принципам Шариата. На наш взгляд, это полномочие может реализовываться в рамках исполнения органами двух самостоятельных функций – проверки нормативно-правовых актов на соответствие их нормам и принципам Шариата и осуществления толкования данных норм и принципов. Если первая функция реализуется довольно большим количеством органов конституционного контроля мусульманских стран (Афганистан, Йемен, ОАЭ и др.), то функцию по толкованию норм и принципов Шариата прямо осуществляют лишь три органа конституционного контроля (Иран, Египет, Пакистан).

Анализ действующего законодательства указанных стран позволяет сделать вывод о том, что реализация исследуемой функции в каждой из них имеет индивидуальные особенности.

Во-первых, различается способ закрепления нормативно-правового основания для реализации органами конституционного контроля данной функции. Если конституции Ирана и Пакистана содержат прямые указания о реализации органами конституционного контроля этой функции в части, посвященной правовому статусу этих органов², то ее реализации в Египте основана на расширенном толковании нормы статьи 2, закрепляющей конституционно-правовой принцип верховенства Шариата, а также положения преамбулы

¹ Вдовина Л. П. Роль шариата в правовых системах мусульманских стран и его влияние на институт конституционного контроля // Норма. Закон. Законодательство. Право: материалы XVIII Междунар. науч.-практ. конф. молодых ученых (31 марта – 1 апреля 2016 г.) / под ред. О.А. Кузнецовой. □ Пермь, 2016. С. 11 – 15; Вдовина Л. П. Реализация конституционно-правового принципа верховенства Шариата в мусульманских странах//Материалы Международного молодежного научного форума «ЛОМОНОСОВ-2019» // URL: https://lomonosov-msu.ru/archive/Lomonosov_2019/data/section_42_16149.htm.

² The Constitution of the Islamic Republic of Iran // URL: <https://en.parliran.ir/eng/en/Constitution.Art.91-99>; The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, Art. 176-191, 203A-203J, 228-231 // URL: http://na.gov.pk/uploads/documents/1_333523681_951.pdf.

Конституции о том, что образец для толкования принципов Шариата содержится в тексте соответствующих решений Верховного Конституционного Суда¹.

Во-вторых, различается круг субъектов осуществляющих толкование норм и принципов Шариата. Несмотря на то, что данная функция выполняется органами конституционного контроля, правовой статус этих органов и их состав очень разнородны. В частности, в Иране данную функцию исполняет одна из палат Совета стражей конституции Исламской Республики Иран, в состав которой входят т.н. «факихи» - наиболее выдающиеся ученые-богословы в области мусульманского права².

Необычным представляется опыт реализации исследуемой функции в Пакистане, где она осуществляется тремя органами государственной власти – Федеральным Судом Шариата, Верховным Судом и Советом исламской идеологии. Официальное толкование норм и принципов Шариата осуществляется Федеральным Судом Шариата, в состав которого входят не более 8 мусульманских судей, не более 3 из которых должны быть улемами (богословами), сведущими в сфере исламского права и не более 4 из которых должны быть лицами, занимавшими в прошлом, занимающими в настоящем или достаточно квалифицированными для того, чтобы занять в будущем должность судьи Высокого Суда. Верховный Суд участвует в данном процессе лишь в части обжалования решений Федерального Суда Шариата и обладает правовой возможностью для изменения содержания данной Судом интерпретации, в его состав входят судьи, обладающие знаниями мусульманского права. Еще одним субъектом толкования норм и принципов Шариата в Пакистане является Совет исламской идеологии, имеющий смешанный состав и формирующийся из числа действующих или бывших судей высших судов страны, преподавателей или исследователей исламских наук, специалистов из разных практикующихся школ мысли, а также иных авторитетных представителей общественности³.

В отличие от Ирана и Пакистана, в Египте функция по толкованию норм и принципов Шариата реализуется светскими судьями Верховного Конституционного Суда Арабской Республики Египет, не связанными какими-либо религиозными требованиями⁴.

Таким образом, наблюдается процесс либерализации подходов к решению вопроса о возможности осуществления толкования норм и принципов Шариата нерелигиозными субъектами, не обладающими специальными знаниями в религиозной сфере или сфере религиозного права.

В-третьих, различаются методы (способы) толкования норм и принципов Шариата. Возможность осуществления интерпретации норм и принципов Шариата, а также выбор метода толкования зависит от выбора направления (школы, мазхаба) Ислама, который исповедуется в государстве, а также степени либеральности этого направления.

¹ Конституция Арабской Республики Египет 2014 г. [на араб. языке] // Официальный сайт Верховного Конституционного Суда Египта «www.sccourt.gov.eg». // URL: <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/>

² The Constitution of the Islamic Republic of Iran. Opt. cit. Art. 91

³ The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan. Opt. cit. Art. 177, 203C, 227.

⁴ Конституция Арабской Республики Египет 2014 г. Указ. соч. Ст. 193; Закон № 48 от 1979 г. «О Верховном Конституционном Суде». Ст. 8 [на араб. языке] // Официальный сайт Верховного Конституционного Суда Египта // URL: <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/>

В частности, большинство суннитских мазхабов имеют строгие правила, ограничивающие возможность толкования норм и принципов Шариата. Данные ограничения являются следствием реализации т.н. концепции «закрытия врат иджтихада»- прекращения интерпретации норм первоисточников мусульманского права в связи с отсутствием авторитетных муджтахидов, обладающих достаточным уровнем знаний и умений для ее осуществления¹. В связи с этим, органы конституционного контроля стран, население которых исповедует Ислам суннитского толка, ограничены в выборе методов толкования методами, разработанными конкретными авторитетными муджтахидами, и существующей практикой их применения.

Как правило, здесь реализуются методы классического иджтихада (решение вопросов богословско-правового комплекса путем ограниченного интерпретирования первоисточников мусульманского права и экстраполяции выведенных принципов и целей Шариата на современные правоотношения²); классического таклида (извлечение норм мусульманского права из имеющихся прецедентов³); и «нео-таклида» (измененной концепции классического таклида, основанной на расширении круга субъектов толкования, и отбора используемых прецедентов⁴. Например, достаточно сдержанный подход к реформированию методологии толкования норм и принципов Шариата реализуется в практике органов конституционного контроля Пакистана, использующих указанные методы⁵.

Необычной, с научной точки зрения, представляется практика толкования норм и принципов Шариата Верховным Конституционным Судом Египта, еще одним представителем суннитского направления Ислама. В связи с тем, что Суд является светским субъектом толкования, для повышения авторитетности решений данного органа, содержащих результаты толкования норм и принципов Шариата, Судом был разработан специальный, комбинированный метод толкования, основанный на смешении всех перечисленных методов. Данный метод реализуется посредством тщательного отбора имеющихся прецедентов из практики судебных и религиозных органов, касающихся конкретного вопроса толкования исламских норм и принципов, изучении имеющихся позиций авторитетных муджтахидов, выведении общих принципов и целей Шариата и экстраполяции их на современные правоотношения⁶.

В отличие от суннитских мазхабов, в рамках направлений Ислама шиитского толка не принимается тезис о «закрытии врат иджтихада», в связи с этим данный метод интерпретации используется субъектами толкования без каких-либо ограничений и признается основополагающим методом толкования норм и принципов Шариата. Показательным является опыт Совета стражей конституции Ирана, реализующего широкий

¹ Боголюбов А. С. Ислам: энциклопедический словарь. М., 1991. С. 91-92.

² Там же.

³ Бобровников В. О. Большая российская энциклопедия // URL: https://bigenc.ru/religious_studies/text/4180010

⁴ Lombardi C. B., Brown N. J. Do constitutions requiring adherence to Shari'a threaten human rights? How Egypt's Constitutional Court reconciles Islamic law with the liberal Rule of Law // American University International Law Review. 2006. Vol. 21. № 3. P. 344-408.

⁵ Lombardi C. B. Designing Islamic constitutions: past trends and options for a democratic future // International journal of constitutional law. 2013. Vol. 11. № 3. P. 617-633.

⁶ Lombardi C. B., Brown N. J. Opt. cit. P. 379-435.

подход к осуществлению толкования норм и принципов Шариата и ограниченного лишь границами действующего мазхаба¹.

В-четвертых, различается статус решений органов конституционного контроля, содержащих результат толкования норм и принципов Шариата. В связи с тем, что исследуемую функцию осуществляют органы конституционного контроля, обладающие разным правовым статусом, статус принимаемых ими решений также различен. Решения высших судов, наделенных полномочиями по осуществлению конституционного контроля, обязательны для исполнения. В свою очередь, решения совещательных органов носят рекомендательный характер. Их особенностью является то, что авторитет данных решений и их обязательность для исполнения повышаются за счет авторитета членов органов конституционного контроля, обладающих высоким социальным или религиозным статусом.

Исходя из всего вышесказанного, можно сделать вывод о том, что исследуемая функция по осуществлению толкования норм и принципов Шариата реализуется лишь органами конституционного контроля мусульманских стран, влияние Шариата на институт конституционного контроля в которых крайне значительно. Анализ практики реализации данной функции показал наличие индивидуальных особенностей, отражающих многообразие подходов к решению вопроса о возможности одновременной реализации конституционного и религиозного контроля в мусульманском государстве, а также возможности имплементации института конституционного контроля в правовые системы мусульманских стран за счет изменения компетенции традиционных органов конституционного контроля. Полноценная реализация указанной функции позволяет повысить эффективность применения норм и принципов Шариата к современным правоотношениям, расширить понимание источников мусульманского права, а также осуществить реформирование теории мусульманского права.

¹ Lombardi C. B., Brown N. J. Opt. cit. P. 314-408; Tesch N. Encyclopedia Britannica // URL: <https://www.britannica.com/topic/Shiite>

Неочевидность взаимности обязательств по договору синдицированного кредитования

Ключевые слова: синдицированный кредит, обязанность, убытки

Nonobviousness of the obligations mutuality under syndicated facility agreement

Keywords: Syndicated facility agreement, obligation, damages

1. Развивающийся гражданский оборот и нужды бизнеса требуют введения все новых и новых договорных конструкций для осуществления финансирования.

В частности, большие трудности всегда вызывает осуществление финансирования инфраструктурных проектов, а также заключение иных сделок на громадные суммы. Для решения данной задачи был принят Федеральный закон от 31.12.2017 № 486-ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», что существенно упростило и, в то же время, упорядочило отношения между кредиторами и заемщиками, а также межкредиторские отношения¹. Основное отличие данного вида кредитования проявляется в его предмете, который выражается в поистине колоссальном размере денежных средств. Данный договор является консенсуальным и считается заключенным с момента согласования всех его существенных условий.

2. Для получения денежных средств (*выборки*) заемщику необходимо выполнить ряд условий (*conditions precedent*), без которых их предоставление будет невозможно. Договор синдицированного кредитования является многосторонним договором, а обязательства из него, соответственно, синаллагматическими (встречными) — заемщик обязан выполнить предварительные условия для получения денежных средств, а кредиторы, в свою очередь, обязаны предоставить денежные средства после выполнения всех необходимых условий заемщиком.

3. В случае невыполнения предварительных условий заемщиком, а также в предусмотренных законом случаях кредиторы вправе: (1) приостановить исполнение (п. 2 ст. 328 ГК РФ) и (2) отказаться от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ, ст. 450.1 ГК). В случае исполнения предварительных условий заемщиком кредиторы вправе начать предоставление денежных средств. Однако, в случае их непредоставления возникает вопрос, какими средствами защиты обладает заемщик, в частности, вправе ли он требовать исполнения обязательства (части обязательства, если финансирование представляет собой кредитную линию) в натуре? Несмотря на то, что ввиду новизны института судебная практика по договорам синдицированного кредитования в полной мере не сложилась, есть все основания

¹ Федеральный закон от 31.12.2017 № 486-ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 01.01.2018. № 1 (Часть I). ст. 70.

полагать, что суды и далее будут придерживаться «проторенного пути» по иным видам кредитования, применяя нормы о возмещении убытков. Примером может служить такое обоснование: *«Поскольку понуждение к исполнению обязанности выдать кредит в натуре не допускается, надлежащим способом защиты прав заемщика в случае нарушения кредитной организацией обязательства выдать кредит является обращение в суд с требованием о возмещении убытков, причиненных нарушением кредитного договора, выражающихся, в частности, в разнице между ставкой за пользование кредитом, установленной в нарушенном договоре, и процентной ставкой за пользование суммой кредита, полученной в другом банке<...>»¹.*

4. Таким образом, очевидно, что несмотря на наличие обязанности кредитора требовать возврата должником денежных средств (исполнения в натуре), должник не наделяется правом требовать предоставления денежных средств при исполнении им ряда предварительных условий, которые очень часто являются исключительно обременительными. Вышесказанное указывает на явную неочевидность равенства заемщика и кредиторов в обязательстве из договора синдицированного кредитования. Поэтому предлагается произвести соответствующие изменения, которые бы позволили сторонам находиться в действительно равных условиях и чувствовать себя более уверенно при заключении и исполнении данного договора.

¹ См. например: Постановление восемнадцатого арбитражного суда от 22 марта 2016 г. по делу № А34-3744/2015 // СПС Консультант Плюс.; Постановление третьего арбитражного апелляционного суда от 13 мая 2016 г. по делу № А33-12980/2015 // СПС «Консультант Плюс.»; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре» // Вестник ВАС РФ. 11. 2011 г. № 11. П. 11.; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5. П. 30.

Грибанова Дарья Валерьевна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Проблемы квалификации легализации преступных доходов по признакам субъективной стороны преступления (ст. ст. 174, 174.1 УК РФ)

Ключевые слова: отмывание(легализация), преступные доходы, финансовый контроль, антиотмывочное законодательство, субъективная сторона преступления.

Problems of qualification of money laundering on the basis of the mens rea (Articles 174, 174.1 of the Criminal Code of the Russian Federation)

Keywords: money laundering (legalization), criminal incomes, financial control, Anti-Money Laundering (AML) regime, mens rea of the offence.

Дискуссионные вопросы по содержанию субъективной стороны преступления, предусмотренной ст. ст. 174, 174.1 УК РФ, возникают в нескольких направлениях. Во-первых, они касаются формы вины, а именно, возможности совершения преступления, как с прямым умыслом, так и с косвенным умыслом. Во-вторых, затрагивают содержательную составляющую обязательного элемента состава легализации преступных доходов - цели. В-третьих, поднимается вопрос заведомости преступного характера приобретения денежных средств и иного имущества для лица, совершившего преступление в контексте общеправовой презумпции добросовестности и добропорядочности граждан.

Формулировка диспозиций ст. ст. 174, 174.1 УК РФ необоснованно ограничивает возможность правоприменителя привлекать лиц к уголовной ответственности за легализацию преступных доходов. В данном случае мы говорим о той ситуации, когда субъект преступления может относиться к факту введения преступных доходов в легальный оборот как безразлично, так и допускать его. Однако легализация будет происходить объективно. Уголовное законодательство Болгарии, Испании и других стран закрепляет наличие косвенного умысла в преступлениях экономической направленности ¹.

Наиболее сложным вопросом при рассмотрении субъективной стороны легализации является определение содержания цели. Законодатель несколько раз менял формулировку диспозиции статей. В редакции Федерального закона от 28.06.2013 N 134-ФЗ, под целью понимается «придание правомерного вида владению, пользованию и распоряжению указанными денежными средствами или иным имуществом, приобретенным преступным путем» ². Согласно новой редакции Пленума ³, приведенной в соответствие с

¹ Смагина А. В. Легализация преступных доходов: сравнительный анализ уголовного законодательства России и зарубежных стран: дис... канд. юрид. наук. М., 2006.

² Федеральный закон от 07.08.2001 № 115-ФЗ "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма" // Российская газета, № 151-152, 09.08.2001.

³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2019 г. N 1 г. Москва "О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 7 июля 2015 года N 32 "О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем".

ратифицированной Конвенцией Совета Европы¹, под такой целью следует понимать «сокрытие преступного происхождения, местонахождения, размещения, движения имущества или прав на него».

Хотелось бы обозначить следующие проблемы, на которые следует обратить внимание законодателю и правоприменителю:

1. Внесение последних изменений в текст Пленума² нельзя признать удачным. Отмечается, что «под целью придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению денежными средствами или иным имуществом, приобретенными преступным путем ... следует понимать сокрытие преступного происхождения, местонахождения, размещения, движения имущества или прав на него». В результате, содержание цели, которое охватывается одним пунктом ст. 6 Конвенции³, предлагается раскрывать через содержание другого пункта этой же статьи Конвенции (хотя документ рассматривает их как две автономные категории). Думается, что такое положение вряд ли внесет ясность в ныне существующую судебную-следственную практику, имеющей сложности с толкованием цели, закрепленной в ст. ст. 174, 174.1 УК РФ⁴. Это служит наглядным доказательством того, что российский законодатель необоснованно стремится подменить одно понятие другим, не определяя содержание ни одного из представленных, что недопустимо.

2. Более подробное содержание цели раскрывается в п. 10 - 11 Постановлении Пленума по делам о легализации путем указания на направленность умысла лица, а также путем перечисления фактических обстоятельств, позволяющих суду констатировать наличие цели⁵. При этом Пленум перечисляет конкретные способы совершения преступления, что, как нам видится, является неразумным. К чему данная практика приводит: суд расширительно толкует понятие цели, и как следствие - неизбежно отходит от рекомендаций высшей судебной инстанции с последующим поиском иных обстоятельств, подтверждающие уже те, которые Верховный Суд РФ уже приводит. А поскольку судья, как правило, не находит иных обстоятельств в подтверждение уже имеющихся в деле в соответствии с п. 10 Постановления, то прекращает дело на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ за отсутствием состава⁶.

3. Остается не выясненным вопрос, какое содержание вкладывает законодатель в понятие цели, предусмотренной ст. ст.174, 174.1 УК РФ и действительно ли это можно назвать целью в уголовно-правовом смысле. Цель — это предмет стремления, то, что надо/желательно осуществить. Другими словами, это предвосхищаемый результат. Однако не

¹ Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism // URL: <https://rm.coe.int/168008371f>.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2019 г. N 1 г. Москва "О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 7 июля 2015 года N 32 "О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем".

³ Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism // URL: <https://rm.coe.int/168008371f>.

⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации // Собрание законодательства РФ, 17.06.1996, № 25, ст. 2954.

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 07.07.2015 № 32 «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем».

⁶ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации // Российская газета, № 249, 22.12.2001.

стоит забывать о том, что проблема отмыывания исторически возникла тогда, когда доходы, полученные в результате преступной деятельности, «инвестировались» в законную деятельность, потому что превышали запросы личного потребления. В связи с этим, к чему стремились преступники, что желали осуществить? Не отмыть имущество, приобретенное преступным путем, а получить к нему беспрепятственный доступ, создать такие условия владения, пользования и распоряжения имуществом, приобретенного преступным путем, чтобы можно было сослаться на источник их происхождения и затруднить выявление их истинной природы. А значит, целью данного преступления является само по себе владение, пользование и распоряжение имуществом, приобретенным преступным путем.

Получается, что объективно наличие состава будет обнаруживаться самим фактом обращения преступника к легальным учреждениям и институтам (например, к кредитным организациям) при условии осознания введения преступных доходов в легальный оборот. Вполне логично возникает следующий вопрос: как в таком случае мы будем отграничивать предикатное (основное) преступление от предикативного, если оно тоже преследует цель владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом (например, в случаях, если основное преступление - хищение)?

Вопрос заведомости преступного характера приобретения денежных средств и иного имущества для лица, совершившего преступление, является не менее актуальным при рассмотрении состава легализации. Проблема презумпций не является типичной для уголовного законодательства РФ. Одной из них является презумпция добросовестности и добропорядочности граждан. Доктрина гражданского права понимает «добросовестность» в субъективном (извинительное незнание) и в объективном (внешнее мерило поведения известное еще римским юристам) смыслах¹. Если исходить из содержания принципа добросовестности и добропорядочности, изначально предполагается соблюдение лицом действующего законодательства при условии его надлежащего опубликования, а значит, достаточно знать только сам факт преступного приобретения другими лицами денежных средств и иного имущества и не имеет значения знание лица обо всех мельчайших подробностях совершения предикатного преступления. Международные документы толкуют принцип добросовестности иначе: грубая неосмотрительность лица при отсутствии осознания преступного происхождения предмета преступления, тем не менее, достаточна для констатации состава преступного деяния.

Наш законодатель, судя по всему, исходит из того, что субъективная сторона преступления, основанная исключительно на подозрении, расширит уголовную репрессию. Действительно, как лицо должно оценивать свои подозрения в отношении денежных средств и иного имущества на возможность их преступного происхождения? Текст ГК РФ также чаще всего использует не термин «добросовестно, добропорядочно», а оборот «не знал и не должен был знать», хотя, по сути, последний означает лишь проявление добросовестности в субъективном смысле². Однако если смотреть на практику применения норм о добросовестности, то когда говорят «должен был знать» говорят об известном вменении лицу

¹ Егоров А. В. Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // LegalInsight. 2013, № 2 (18).

² Гражданский кодекс Российской Федерации // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

того, чего он мог в действительности не знать, но что на его месте знал бы любой средний человек в тех же условиях.

При этом следует помнить, что финансовые операции с денежными средствами и иным имуществом могут быть не только односторонними, а значит, что при наличии двух и более сторон в соответствии с ч. 1 ст. 154 ГК РФ, при осведомленности о преступном характере происхождения имущества, ответственность за легализацию несет каждая из них¹.

Итог: мы предлагаем убрать существующее понятие цели в диспозиции ст. ст. 174, 174.1 УК РФ, отказаться от перечисления обстоятельств, указанных в п. 10 Постановления Пленума о легализации и изложить ст. ст. 174, 174.1 УК РФ в следующей редакции:

«Совершение финансовых операций и других сделок с денежными средствами или иным имуществом, заведомо приобретенными другими лицами преступным путем (приобретенными лицом в результате совершения им преступления), совершенное путем придания правомерного вида владению, пользованию и (или) распоряжению ими.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

Дегтярева Ольга Игоревна (Московский Государственный Университет имени М.В. Ломоносова)

Интервенция в договорные правоотношения: актуальные проблемы российской практики и опыт зарубежных государств

Ключевые слова: интервенция, договор, деликт.

Interference with contractual relations: urgent issues of Russian court practice and foreign countries' experience

Keywords: interference, contract, tort.

Доктрина российского гражданского права утверждает: обязательство из гражданско-правового договора существуют лишь для его сторон и могут быть нарушены только ими. Однако зарубежные правовые порядки знают случаи вмешательства в договор третьих лиц – интервентов¹.

Возникает проблема возможности защиты стороны относительного отношения против третьего лица, что характерно для отношений абсолютных. Разумной представляется позиция о том, что обязательство из соглашения может нарушить все-таки только его сторона, интервент же создает внешний фон, стимул для такого нарушения. Большинство зарубежных государств рассматривают интервенцию в качестве деликта. Таким образом, действия интервента носят внедоговорной характер, и институт вмешательства третьих лиц в договорные отношения не противоречит делению правоотношений на относительные и абсолютные².

Наиболее распространенным случаем интервенции является т.н. «двойная продажа», когда должник продает вещь интервенту (минуя контрагента) из-за более высокой цены и пр. Тем не менее, третье лицо может причинить вред и напрямую, например, уничтожив вещь, являющуюся предметом аренды или ссуды. Известны ситуации, когда интервент совершает указанные действия, находясь в сговоре с одной из сторон. Существуют и более радикальные случаи, такие как воздействие на личность стороны договора (взятие в заложники, причинение вреда здоровью, убийство и т.д.). В качестве иллюстрации можно привести дело, где руководитель, зная о наличии у своего подчиненного других выгодных проектов, заказов и т.п., специально нагружает его рутинной и бесполезной работой, чтобы тот не смог качественно исполнить обязательства перед заказчиками³.

Интервент может воздействовать не только на саму сторону договора, но и на третьих лиц, с которыми должника связывают какие-либо договорные отношения, как, например, в договоре субподряда. Интервенция возможна и в корпоративных правоотношениях, в частности в деятельности контролирующих лиц, которые могут оказывать влияние на

¹ Black's Law Dictionary. Ninth edition, 2009. Tortious interference with contractual relations. P. 1627.

² Синицын С. А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия, соотношения с принятой классификацией субъективных прав // СПС Консультант Плюс.

³ Гутников О. В. Деликтная ответственность за нарушение относительных прав: перспективы развития в российском праве // СПС Консультант Плюс.

исполнение юридическим лицом своих обязательств¹. Разнообразие сфер вмешательства третьих в договор лишней раз доказывает: проблема интервенции заслуживает внимания.

Знаковым делом, с которого начинается признание и развитие института интервенции в англо-саксонском праве, является *Lumley v Gye* case, где оперную певицу Джоанну Вагнер, заключившую контракт с театром, «переманил» к себе конкурент, пообещав более высокую плату².

В США сегодня практически любой договор подлежит защите против интервенции, а в некоторых случаях необязательно даже его наличие (например, при вмешательстве в т.н. коммерческие ожидания – *interference with prospective advantage* или *interference with business relations*: речь здесь также идет об интервенции, только не в существующие правоотношения, а в будущие (например, в еще не возникшие отношения между компанией и возможными клиентами³)).

В англо-американском законодательстве для привлечения интервента к ответственности необходимо доказать, что договор между должником и кредитором уже существовал. Побуждение интервента не заключать договор не считается противоправным. Интервентом обязательно должен знать существование этого договора и понимать, что он причинит своим действиями убытки одной из сторон соглашения. Без этих условий ответственность интервента могла бы приобрести почти безграничный характер. В ранее приведенном деле *Lumley v Gye* возмещения убытков стали бы требовать и таксисты, которые оставляли машины около театра, или рестораны, находившиеся поблизости⁴.

Квалификация вмешательства третьих лиц в договор в качестве деликта предопределяет способ защиты пострадавшего лица - возмещение убытков. В случае интервенции причиненные интервентом убытки (особенно отчетливо это видно в *interference with prospective advantage*) имеют характер чисто экономических⁵.

Интересно, что англо-американская практика знает еще один способ защиты прав, который может применяться против тех, кто вторгается в чужие договорные отношения. Таким способом является судебный запрет (*injunction*). Однако, по общему правилу, судебный запрет может быть наложен лишь в том случае, если заявитель докажет, что иного способа защиты его права нет (или все существующие способы не будут эффективными), и без судебного запрета этому лицу будет причинен существенный вред⁶.

Отличие от английского права, в Германии в само понятие деликта вложен моральный принцип. Интервент по законам Германии должен осознавать еще и то, что своими

¹ Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ Об акционерных обществах, ред. от 15.04.2019, ст. 81; Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ Об обществах с ограниченной ответственностью, ред. от 23.04.2018, ст. 45 // СПС Консультант Плюс.

² *Lumley v Gye* 1853/URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J73.html>.

³ Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве / отв. ред. Егорова М.А. М., 2017. С.133 и далее; Grother G. M. *Interference with contract in the competitive market place* // *William Mitchell Law Review*. 1989, Vol.16. Issue 2, art.6. P. 454.

⁴ Там же.

⁵ Bussani M., Palmer V.V. *Pure economic loss in Europe*. Cambridge, 2003. P.5

⁶ Tibbs B. *Relief by injunction against interference with contract* // *Marquette Law Review*. Vol. 16, 1932, issue 4, Art. 4. P. 251.

действиями он нарушает добрые нравы¹. Тем не менее, четких критериев, которые позволили бы отнести интервенцию к противоречащему добрым нравам поступку, ГГУ не содержит. Немецкие суды рассматривают интервенцию с точки зрения противоправности в каждом конкретном случае. Практика показала, что вмешательство в договорные отношения незаконно и недобросовестно, к примеру, когда действия интервента, побуждающие должника к нарушению своего обязательства, носили систематический и целенаправленный характер, имели четкий план и др. Аналогично рассматриваются случаи сговора интервента с должником. При этом знание интервента о договоре и понимание того факта, что своими действиями он причиняет убытки первому кредитору, также являются необходимыми.

Интервенция во Франции признается деликтом. Распространение принципа генерального деликта, закрепленного в ст. 1382 ФГК, на интервенцию позволяет существенно сузить круг условий, необходимых для наступления гражданско-правовой ответственности у интервента. Достаточным будет установить факт наличия убытков, причинно-следственную связь их возникновения с действиями интервента и знание интервента о существующем между сторонами договоре².

В отличие от большинства зарубежных государств, какое-либо «вторжение» лица в договор не рассматривается законодательством РФ в качестве гражданского правонарушения. Как было отмечено ранее, институт вмешательства не знаком российскому правопорядку. Тем не менее, в случаях, когда должник впоследствии заключает соглашение с интервентом, противоправность вмешательства вытекает из судебной практики. Суды защищают права и законные интересы добросовестной стороны договора, пострадавшей от действия третьего лица, признавая заключенную с интервентом сделку недействительной. Оспаривание сделки - российская альтернатива привлечения интервента к деликтной ответственности.

Такой подход ограничивает права пострадавшей стороны. Во-первых, в законодательстве нет специального основания для оспаривания сделки, совершенной с интервентом. Каждый раз суды будут исходить из каждого конкретного случая, не делая акцент именно на вмешательстве. К примеру, если в договоре был предусмотрен запрет на уступку права требования, но сторона договора этот запрет нарушила, то при условии недобросовестности цессионария (когда он знал или должен был знать о данном запрете) сделка может быть оспорена в суде³. Основанием признания сделки недействительной в этом случае будет противоречие сделки договору. Однако сделка с интервентом не всегда будет нарушать норму закона или положение первоначального договора.

Во-вторых, кредитор лишается права обратиться к интервенту напрямую, что существенно усложняет восстановление его нарушенного права.

¹ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С.20-21.

² Eulau H. P. Educing a breach of contract: a compassion of laws of The United States, France, The Federal Republic of Germany and Switzerland // Boston College International and Comparison Law Review. 1978, Vol. 2, issue 1, art.3. P.55-56.

³ П. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» № 54 от 21.12.2017 // СПС Консультант Плюс

Наконец, должник в принципе не всегда заключает с интервентом сделку. Это лишь частные случаи интервенции, которыми, как было указано выше, не исчерпывается практика вмешательства третьего лица в договор.

Действия интервента подрывают стабильность гражданского оборота и признаются неправомерными в большинстве развитых правовых порядков. Российскому правовому порядку нужно обеспечить пострадавшей стороне возможность эффективной защиты своего права - с помощью привлечения интервента к деликтной ответственности.

Произведения-сироты

Ключевые слова: произведения-сироты, блокчейн, право интеллектуальной собственности, авторское право

Orphan works

Keywords: orphan works, blockchain, intellectual property right, copyright

1. Произведение-сирота представляет собой произведение, которое еще охраняется авторским правом (срок охраны не истек), но для него нет возможности установить правообладателя. Любой добросовестный пользователь, желающий приобрести права на произведение автора на законных основаниях (будь то договор о передаче авторских прав или лицензионное соглашение), оказывается не у дел, так как не может определить человека, который обладает авторским правом¹.

2. В настоящий момент проблема произведений-сирот (orphanworks) является фактически новой, в какой-то степени обнаруживающей неподготовленность всей системы защиты авторских прав различных стран. В первую очередь, это связано с возросшим влиянием интернета, увеличением количества различных виртуальных ресурсов, откуда можно скачивать онлайн все, что раньше хранилось на тех или иных материальных носителях. Еще пару десятилетий назад люди по всему миру посещали книжные магазины, а сегодня многим проще в один клик скачать pdf-файл и установить его на электронный носитель. Действительно, зачем, если ты в любой момент сможешь перечитать все заново, совершенно не беспокоясь о том, сколько автор произведения рассчитывал получить от продажи экземпляров. В связи с этим подаются жалобы, иски о защите авторских прав, выплачиваются компенсации, блокируются целые сайты и торрент-системы.

3. Основные подходы к установлению правового режима произведений-сирот сводятся к **opt-in** и **opt-out**². При подходе «opt-in» автор презюмируется несогласным с использованием своего произведения, однако может разрешить его публикацию/использование через специальную лицензию, авторский договор. При подходе «opt-out» автор изначально считается согласным с тем, что его произведение будет использовано, однако в любой момент имеет право отказаться.

4. Система блокчейн, предлагаемая исследователями проблем авторского права могла бы помочь в создании единой базы произведений по всему миру. С ее помощью любое лицо имело бы возможность не только отыскать интересующее его произведение и проверить правовой режим, – но и получить авторские права по аналогии с британской системой Торренса³, позволяющей закрепить права на какое-либо недвижимое имущество на

¹ Дорофеев Р. С. Правовой режим произведений-сирот // Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет: Ежегодник. Вып. 2 / отв. ред. Афанасьева Е.Г. – М., 2019.

²Лева И. Ю., Винник Д. В. Моисеева А. Ю. Сиротские произведения в России: Статус, пути решения проблемы. М., 2016. // URL: <https://noosphere.ru/uploads/doc/56f72d445f1be720e8026058.pdf>.

³Torrens System – An Explanation // URL: <https://www.bcrealestatelawyers.com/torrens-system-an-explanation/>

основании записи в специальном реестре. Многие цивилисты отмечают возможность его применения и в России¹.

¹ Бевзенко Р. Перевод работы Р. Торренса о регистрации недвижимости и вступительная статья к нему // URL: https://zakon.ru/blog/2018/8/7/perevod_raboty_r_torrensa_o_registracii_nedvizhimosti_i_vstupitelnaya_statya_k_nemu

Егорова Злата Сергеевна(Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации)

Правовые проблемы охраны некоторых объектов всемирного наследия России

Ключевые слова: особо охраняемые природные территории, всемирное природное наследие ЮНЕСКО, охрана окружающей среды, экологическое право

Legal issues of the protection of the world natural heritage of Russia

Keywords: protected areas, UNESCO world natural heritage, environmental protection, environmental law

Природное наследие – это природные достопримечательные места или строго ограниченные природные зоны, имеющие выдающуюся универсальную ценность с точки зрения науки, сохранения или природной красоты¹.

На международном уровне природное наследие защищается ЮНЕСКО. Под ее охраной уже 223 природных объекта Всемирного наследия, и 11 из них расположены в России. Недавно на сессии комитет ЮНЕСКО грозил внести в Список объектов всемирного наследия, находящихся под угрозой ряд природных российских объектов. К ним относятся: Западный Кавказ, Озеро Байкал, Золотые горы Алтая и некоторые другие. Эти объекты подвержены экологической серьезной опасности, в первую очередь, со стороны человека. К перечисленным территориям применяется законодательство об охране окружающей среды, водное законодательство и, в силу экономического интереса к объектам и необходимости обеспечения жизни населения в таких регионах, нормы о хозяйственной деятельности. Однако удастся ли сбалансированно сочетать эти отрасли законодательства? Анализируя ситуацию, происходящую сегодня, положительный ответ, к сожалению, дать нельзя.

С какими правовыми проблемами столкнулась Россия? Предпосылками к возникновению правовых проблем являются действия власти, написание неточных и противоречивых законов.

Правовые проблемы охраны Западного Кавказа (включающего в себя Сочинский общереспубликанский государственный природный заказник и Сочинский национальный парк) сводятся к следующим. Это нерегламентированный в соответствии с экологическими требованиями туризм и легализация капитального строительства², переквалификация большинства кварталов Аибгинского участкового лесничества в рекреационную зону³, разные природоохранные режимы с 2018 г. теперь объединенной территории Кавказского биосферного заповедника и Сочинского национального парка. В 2018 году на законодательном уровне был введен запрет приобретать участки заповедников и

¹Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия 1972 г. // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/heritage.shtml.

²Приказ Министерства природных ресурсов РФ от 29 октября 2015 года N 452 «Об утверждении Положения о Сочинском общереспубликанском государственном природном заказнике» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_189378/2ff7a8c72de3994f30496a0ccbb1ddafdaddf518/.

³Приказ Министерства природных ресурсов РФ от 29 октября 2015 года N 451 «О внесении изменений в положение о Сочинском национальном парке» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_189377/2ff7a8c72de3994f30496a0ccbb1ddafdaddf518/.

национальных парков в частную собственность¹, но одновременно с этим до сих пор остаётся возможность устанавливать на заповедных участках биосферные полигоны, где допускается строительство.

Правовая проблема охраны Озера Байкал – изменение (сокращение) границ водоохранной зоны и расширение Центральной экономической зоны, на которой действует ослабленный режим. Распоряжением правительства от 26 марта 2018 года N507-р зона была сокращена с 57,2 тысяч квадратных километров до менее 6 тысяч. Территория регулируется постановлением Правительства РФ от 30.08.2001 №643 «Об утверждении перечня видов деятельности, запрещённых в Центральной экологической зоне Байкальской природной территории», ограничения которых гораздо менее строгие, чем нормы, предусмотренные в Водном кодексе. Ст. 104 Лесного кодекса РФ, регламентируя правовой режим лесов, расположенных в водоохраных зонах, устанавливает запрет размещения объектов капитального строительства. Ст. 103 Лесного кодекса РФ регулирует правовой режим лесов, расположенных на особо охраняемых природных территориях и отсылает к Приказу МПР РФ от 16.07.2007 N 181, который раскрывает особенности использования лесов, расположенных на особо охраняемых природных территориях, среди которых единственным упоминанием о возможности строительства является положение: «в лесах, расположенных на особо охраняемых природных территориях, запрещается осуществление деятельности, несовместимой с их целевым назначением и полезными функциями»². Таким образом, в ЦЭЗ становится допустимым строительство капитальных объектов, что легализует постройку гостиниц, привлечет очередной поток туристов, а значит, усугубится проблема загрязнения окружающей среды на территории, что негативно скажется на природе Байкала.

Правовая проблема охраны Золотых гор Алтая исходит из невозможности обжалования муниципалитетом решения органа, выдавшего лицензию на золоторудные участки. Департамент по недропользованию по Сибирскому федеральному округу выдал лицензии на золоторудные участки в долине рек Чурия и Малый Калычак, которые находятся очень близко от места работ (до 8 км). Это негативно скажется на состоянии объектов.

Согласно ст. 11 Закона РФ от 21.02.1992 N 2395-

1 «О недрах» государственный орган выдает лицензию на пользование недрами без учета мнения муниципалитета района, где

расположена территория, на которой планируется пользование недрами³. В законодательстве не имеется механизма обжалования выдачи лицензии. Согласно ч. 3 ст. 25.1 Закона РФ «О недрах» участок, находящийся в муниципальной собственности, безоговорочно предоставляется пользователю недрами. Требования к недропользователю о проведении соответствующей экспертизы, необходимость в которой ярко наблюдается в ситуации с Золотыми горами Алтая, отсутствует.

¹ Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «Об особо охраняемых природных территориях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_156527/.

² Приказ Министерства природных ресурсов РФ от 16.07.2007 года N 181 «Об утверждении Особенности использования, охраны, защиты, воспроизводства лесов, расположенных на особо охраняемых природных территориях (с изменениями на 12 марта 2008 года)» // URL: <http://docs.cntd.ru/document/902055496>.

³ Закон РФ от 21.02.1992 N 2395-1 «О недрах» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_343/.

Несомненно, законодательство должно своевременно обновляться, чтобы учитывать реалии общественных отношений в сфере защиты окружающей среды в целом и объектов природного наследия в частности. Во-первых, следует отменить нормы, противоречащие цели сохранения природных объектов. В частности, необходимо привести организацию туризма в соответствие с экологическими требованиями и следить за их исполнением. Во-вторых, запретить возможности капитального строительства и убрать противоречивую норму о возможности выделения биосферных полигонов на ООПТ. В-третьих, ввести требование о проведении экологической экспертизы при принятии решения о переквалификации земель в рекреационную зону, а также при решении вопроса об объединении охраняемых территорий с разными охранными режимами. Далее, проработать меры обеспечения сохранности Озера Байкал в ФЗ, а именно, усилить правовой режим в Центральной экономической зоне, ввести ограничения на объемы строительства. Наконец, ввести правовой инструмент для возможности муниципалитета обжаловать решение выдавшего лицензию органа. Думается, благодаря такому регулированию удастся улучшить контроль над экологической ситуацией ООПТ.

Жукова Олеся Александровна(Национальный Исследовательский Томский Государственный Университет)

Эволюция правового регулирования в сфере использования возобновляемых источников энергии: сравнительный анализ

Ключевые слова: электроэнергетика, возобновляемые источники энергии, возобновляемая энергия, нетрадиционная энергия, правовое регулирование.

The evolution of legal regulation in the area of renewable energy: comparative analysis

Keywords: electric power engineering, renewable energy sources, renewable energy, nontraditional energy, legal regulation.

Согласно новому докладу Международного агентства по возобновляемой энергетике (IRENA)¹, опубликованному в начале 2019 года, использование возобновляемых источников энергии (ВИЭ) в качестве топлива и для производства электричества продолжает активно расти, в то время как использование углеводородного топлива достигнет предела примерно уже к 2050 году, что повлечёт за собой в скором времени как экономические изменения внутри стран, так и перемены в положении государств на международной арене, смены лидеров в области энергетике, увеличение количества энергетических субъектов, модификацию торговых отношений и возникновение новых альянсов. Как следствие, в скором времени преимущество будет на стороне государств, адаптирующих свою систему законодательства и экономику под новые энергетические реалии использования ВИЭ и инвестирующих в развитие новых технологий.

Правовые системы многих развитых стран уже ориентированы на развитие возобновляемых источников энергии и повышение энергоэффективности. Так, в Германии соответствующее законодательство развивается с 2000 года, когда был принят Закон о возобновляемой энергии (далее — EEG)². Данный Закон с момента его принятия способствовал активному внедрению ВИЭ в повседневную жизнь и установлению приоритета альтернативной энергии перед традиционными источниками. EEG закрепляет 3 основных принципа (§2 EEG): 1. Приоритет электрического тока, произведенного при помощи возобновляемой энергии; 2. Размер выплат за альтернативную энергию определяется путём проведения тендеров; 3. Снижение стоимости энергии для конечного потребителя, исходя из правила «платит загрязнитель». Инструментом реализации данных положений выступает обязанность операторов покупать электроэнергию, производимую объектами ВИЭ (§12 абз. 1 EEG).

В январе 2017 года в EEG были внесены существенные поправки, связанные с переходом от практики установления льготных правительственных тарифов к аукционной

¹World: The Geopolitics of the Energy Transformation. IRENA // URL: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2019/Jan/Global_commission_geopolitics_new_world_2019.pdf (дата обращения: 29.09.2019).

²Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). URL: https://www.gesetze-im-internet.de/eeg_2_014/ (дата обращения: 29.09.2019).

системе в целях снятия расходов за возобновляемую электроэнергию с конечного потребителя. Совершенно новый 3 раздел EEG регламентирует строгую систему тендеров для новых объектов возобновляемой энергетики, согласно которой операторы энергии могут претендовать на государственные субсидии только через открытую систему аукционов. Субсидии получают наиболее надежные и наименее затратные проекты. Наряду с этим, вводятся пределы для субсидий на каждый объект заявленной установленной мощности. Нормы EEG обеспечивают прозрачность информации о стоимости возобновляемой электроэнергии. Издержки регенеративного производства электроэнергии не являются субвенциями и не возмещаются за счет налогов.

Таким образом, Закон о возобновляемой энергии имеет достаточно детализированные положения, регламентирующие использование ВИЭ, с учетом разграничения альтернативной энергии по видам и, исходя из этого, устанавливаются размеры тарифов.

Россия заинтересована в диверсификации электроэнергии исключительно с продажи газа и нефти и развитии альтернативных источников с целью обеспечения энергетической безопасности и содействия сокращению выбросов загрязняющих веществ. Однако в настоящий момент, как сама «зелёная» отрасль энергетики, так и законодательство в этой сфере находятся лишь в стадии формирования¹. Среди источников правового регулирования общественных отношений в сфере ВИЭ стоит отметить Федеральный закон от 26.03.2003 N 35-ФЗ «Об электроэнергетике»² (далее – закон), Энергетическую стратегию России на период до 2030 года³, Постановление Правительства Российской Федерации от 03.06.2008 N426 «О квалификации генерирующего объекта, функционирующего на основе использования возобновляемых источников энергии»⁴, а также Постановление Правительства от 23.01.2015 N 47 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам стимулирования использования возобновляемых источников энергии на розничных рынках электрической энергии»⁵. Глава 6 Закона закрепляет методологический подход в целях поддержания альтернативной энергии на оптовом рынке, который закрепляет в качестве основного критерия субсидирования – объем произведенной и проданной на рынке возобновляемой энергии и мощности, но в пределах ограничений, установленных

¹ Козлов С. В. Возобновляемая энергетика в России и Германии: состояние и перспективы правового регулирования // Юридический вестник молодых ученых. 2015. №1. С. 31 — 40. // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/vozobnovlyаемaya-energetika-v-rossii-i-germanii-sostoyanie-i-perspektivy-pravovogo-regulirovaniya> (дата обращения: 29.09.2019).

² Федеральный закон от 26.03.2003 N 35-ФЗ (ред. от 02.08.2019) «Об электроэнергетике» (с изм. и доп., вступ. в силу с 13.08.2019) // КонсультантПлюс: справ. правовая система. – Версия Проф. – Электрон. дан. – М., 2019. – Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та. (дата обращения: 29.09.2019).

³ Распоряжение Правительства РФ от 13.11.2009 N 1715-р // КонсультантПлюс: справ. правовая система. – Версия Проф. – Электрон. дан. – М., 2019. – Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та. (дата обращения: 29.09.2019).

⁴ Постановление Правительства РФ от 03.06.2008 N 426 (ред. от 27.09.2018) «О квалификации генерирующего объекта, функционирующего на основе использования возобновляемых источников энергии» // КонсультантПлюс: справ. правовая система. – Версия Проф. – Электрон. дан. – М., 2019. – Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та. (дата обращения: 29.09.2019).

⁵ Постановление Правительства РФ от 23.01.2015 N 47 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам стимулирования использования возобновляемых источников энергии на розничных рынках электрической энергии» // КонсультантПлюс: справ. правовая система. – Версия Проф. – Электрон. дан. – М., 2019. – Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та. (дата обращения: 29.09.2019).

Правительством, по объемам вводов мощностей генерации по годам и по технологиям генерации. В соответствии с главой 7 Закона, поддержка объектов ВИЭ на розничном рынке осуществляется за счет обязательной покупки производимой ими электрической энергии сетевыми организациями для компенсации своих технологических потерь , предельный индикатор которых составляет 5.

Энергетическая стратегия не является нормативно-правовым документом и носит программный характер¹. Однако, отечественное законодательство в сфере ВИЭ на данном этапе находится на стадии своего становления, а посредством стратегических документов, государство ставит глобальные цели и регламентирует порядок и средства их достижения . Утвержденная ЭС-2030 подтверждает, что существует острая необходимость в формировании комплексной системы российского законодательства в энергетической области , которая станет основой для подзаконных и других нормативных актов федеральных органов исполнительной власти страны².

Таким образом, Россия имеет огромный потенциал и необходимые природные ресурсы и территорию для развития ВИЭ, но требуется создание прозрачных, понятных механизмов стимулирования производства энергии из возобновляемых источников и мер по стимулированию разработки и внедрения соответствующих технологий . При этом целесообразно учитывать зарубежный опыт, в том числе Германии, по последовательному регулированию общественных отношений на каждом из этапов.

¹ Мартынов П. А. Рабочий учебник «Энергетическое право» // Российский новый университет, 2014. С. 4. // URL: <http://professor.rosnou.ru/sites/default/files/osnmaterial/Учебник%20Энергетическое%20право.docx> (дата обращения: 29.09.2019).

² Белокрылова Е.А., Кологерманская Е.М. Современные политико-правовые аспекты развития возобновляемых источников энергии в Российской Федерации // Вестник Удмуртского университета. Серия «Экономика и право». 2017. № 2. С. 85 — 93. // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sovremennye-politiko-pravovye-aspekty-razvitiya-vozobnovlyaemyh-istochnikov-energii-v-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 29.09.2019).

Загнойко Елена Сергеевна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Суррогатное материнство: конституционно-правовые проблемы и пути их решения

Ключевые слова: суррогатное материнство, донорство, экстракорпоральное оплодотворение, эмбрион

Surrogacy: constitutional issues and their solution

Keywords: surrogacy, donation, IVF, embryo

1. Актуальность темы исследования обусловлена необходимостью тщательного нормативного регулирования применения технологии суррогатного материнства.

В результате исследования проблем, возникающих на каждом из этапов реализации технологии суррогатного материнства, были сделаны следующие выводы.

2. Понятие вспомогательных репродуктивных технологий и их цели, закрепленные в действующем законодательстве¹, представляются неполными. Видится целесообразным обозначить указанные технологии как методы не только медицинской, но и социальной помощи, поскольку репродуктивное здоровье – это «состояние полного физического, умственного и социального благополучия, а не просто отсутствие болезней или недугов во всех вопросах, касающихся репродуктивной системы и ее функций и процессов»². Такой подход позволит расширить круг субъектов, которые могут обращаться к услугам суррогатной матери.

3. Отвечая на вопрос о том, допускать ли вообще реализацию суррогатного материнства, стоит, руководствуясь правом суррогатных матерей на труд и правом потенциальных родителей на жизнь³, разрешить применение технологии.

4. При определении требований, предъявляемых к потенциальным родителям, возникают следующие проблемы: необходимость наличия генетической связи хотя бы с одним из родителей, возрастные рамки, гендерная принадлежность родителя и возможность потенциальных бабушек и дедушек обращаться к суррогатному материнству.

Решать вопрос о необходимости наличия генетической связи хотя бы с одним из потенциальных родителей в процедуре суррогатного материнства следует руководствуясь целью технологии – рождением генетически родного ребенка.

Проблема возраста генетических родителей, на мой взгляд, должна быть решена путем установления нижней границы на уровне совершеннолетия.

Решение проблемы доступа одиноких мужчин к процедуре суррогатного материнства видится в закреплении такой возможности в законодательстве с целью реализации конституционных прав данных субъектов и устранения проблемы регистрации рожденных у одиноких мужчин детей.

¹Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

²Программа действий международной конференции по народонаселению и развитию, 1994г. URL: http://www.r-komitet.ru/s_i_d/Kair2.htm

³Романовский Г. Б. Гносеология права на жизнь. СПб., 2003. 370 с.

Кроме того, видится необходимым в социальном государстве предоставление одиноким отцам, обратившимся к суррогатному материнству, государственной поддержки в виде материнского капитала.

Рассматривая вопрос о возможности потенциальных бабушек и дедушек обращаться к услугам суррогатной матери с применением посмертной репродукции, следует устранить возникающие на практике сложности с регистрацией рожденных таким способом детей и привести в соответствие положения Семейного Кодекса¹ и ФЗ «Об актах гражданского состояния»² с нормами ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ», чтобы избежать возможность дискриминации по признаку семейного положения и обеспечить гарантированную Конституцией³ защиту семьи.

5. Вопрос о сохранении анонимности доноров половых клеток следует решать, соблюдая право донора на неприкосновенность частной жизни, но предъявляя требования к состоянию здоровья потенциального донора с целью обеспечения права будущего ребенка на охрану здоровья. Также видится целесообразным ведение реестра доноров без раскрытия их личности и предоставление будущим детям возможности поиска своих не полнородных братьев и сестер.

6. При решении проблемы редукции «лишних» эмбрионов законодателю следует быть последовательным в регулировании и не допускать нарушения конституционного принципа равенства.

7. Решая вопрос о праве на криоконсервацию половых клеток, социальное государство в целях обеспечения соблюдения права на жизнь и права на охрану здоровья должно гарантировать соответствующее право в случаях риска утраты способности к воспроизводству в связи с профессиональной деятельностью⁴.

8. Проблема судьбы эмбрионов в случае расставания пары должна решаться путем соглашения, заключаемого между партнерами и распространяющегося на всю процедуру в целом.

9. Для эффективности реализации технологии есть необходимость расширить перечень случаев доступа к врачебной тайне⁵ с целью предоставления потенциальным родителям информации о состоянии здоровья друг друга, суррогатной матери и будущего ребенка. Суррогатной матери, в целях соблюдения принципа равенства, должна быть предоставлена возможность произвести прерывание беременности.

10. Решение вопроса о том, кого считать законными родителями ребенка видится в изменении существующего приоритета прав суррогатной матери на приоритет генетических родителей. В ситуации, когда родители отказываются от ребенка, право на материнство у суррогатной матери следует сохранять.

¹ Федеральный закон от 29.12.1995 № 223-ФЗ «Семейный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

² Федеральный закон от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» // СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5340.

³ Конституция Российской Федерации // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

⁴ Романовский Г. Б. Правовое регулирование хранения половых клеток и эмбрионов // Медицинское право. 2010. № 2. С. 12 - 17.

⁵ Алборов С. В. Врачебная тайна в правоотношениях суррогатного материнства // Медицинское право. 2017. № 2. С. 42 - 46.

11. Проблема социальной поддержки семьи, обратившейся к технологии суррогатного материнства должна решаться с целью реализации провозглашенной в Конституции поддержки семьи. Социальному государству следует предоставить возможность получения соответствующих пособий и отпусков родителями, прибегнувшими к процедуре суррогатного материнства.

12. Вопрос о том, сообщать ли ребенку его происхождение от суррогатной матери, должен решаться с учетом права ребенка и его родителей на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Видится необходимым содействие государства в обеспечении соблюдения «репродуктивной тайны»¹.

13. В связи с тенденцией «репродуктивного туризма» представляется целесообразным регулирование вопросов применения суррогатного материнства не только на национальном, но и на международном уровне.

¹Кириченко К. А. Охрана тайны информации о рождении ребенка: перспективы российского права и развитие вспомогательной репродукции // Медицинское право. 2015. № 1. С. 24 - 28.

Зенцова Валерия Михайловна(Научно-исследовательский университет Высшая школа экономики)

Практика реализации адвокатом принципа «Благоприятствование защите» в уголовном процессе

Ключевые слова: благоприятствование защите, обвиняемый, уголовный процесс.

The practice of realization «favor defensionis» principle by the lawyers

Keywords: Favor defensionis, accused, criminal process.

Цель исследования, проведенного в рамках настоящей статьи, в некотором смысле пропагандистская и ориентированная на решение существующей, но непризнанной проблемы - отсутствие справедливого судебного разбирательства, приводящего к нарушению прав обвиняемого в российском уголовном процессе.

Ключевым объектом исследования является фигура обвиняемого в российском уголовном процессе, присущие ей права и процессуальные гарантии, а также роль адвоката, призванного обеспечить их достижение и соблюдение.

Как известно, правосудие по уголовным делам в Российской Федерации имеет крайне репрессивный характер, что подтверждается открытыми статистическими данными. Согласно данным Департамента Верховного Суда Российской Федерации, всего за 2017 год были осуждены 697 174 обвиняемых, а оправдательный приговор услышали лишь 1 563¹. В 2018 году обвинительный приговор был вынесен в отношении 685 300 обвиняемых, оправдательный в отношении 2 082 лиц². Таким образом, суд выносит оправдательный приговор чуть более чем в 0,2 % случаев³. Также, согласно открытым статистическим данным, ежегодно, порядка 65 - 70 % уголовных дел рассматриваются в особом порядке уголовного судопроизводства, при котором не происходит исследования доказательств в судебном заседании, обвиняемый признает себя виновным и соглашается с предъявленным обвинением. Количество приговоров, обжалуемых в апелляционном порядке ежегодно составляет приблизительно 20 % от общего числа.

Подобные данные, описанные в самых общих чертах, свидетельствуют о критическом положении обвиняемого в российском уголовном процессе. Отсутствие возможности для стороны защиты добиться оправдательного приговора суда доказывает репрессивный характер уголовного процесса, подтверждает отсутствие и (или) неэффективность справедливых процедур, презумпций и процессуальных гарантий, призванных обеспечить право на справедливое судебное разбирательство обвиняемому.

В рамках научного доклада планируется продемонстрировать механизм работы и эффективности существующих прав, процедур, презумпций и процессуальных гарантий, предусмотренных для обвиняемого в уголовном процессе. Доказать их неэффективность и

¹ URL: <http://www.supcourt.ru/documents/statistics/26563/>

² URL: <http://www.supcourt.ru/documents/statistics/?year=2019>

³ URL: <https://pravo.ru/news/201858/>

недостаточность, тем самым доказав факт отсутствия равенства процессуального оружия между сторонами защиты и обвинения.

Вторую часть научного доклада планируется посвятить принципу «Благоприятствование защите» («Favor defensionis») и способам его реализации в российском уголовном процессе. Исследовать правовые институты, процессуальные гарантии, презумпции и конструкции, способствующие реализации принципа «Благоприятствование защите»:

- 1) Недопустимые доказательства в уголовном процессе;
- 2) Асимметрия доказательств в уголовном процессе;
- 3) Презумпция невиновности;
- 4) Преюдиция и возможность ее использования в качестве доказательства стороны защиты;
- 5) Суд присяжных как наиболее эффективный институт, позволяющий обеспечить обвиняемому право на справедливое судебное разбирательство.

Заключительным объектом исследования, освященным в рамках настоящего доклада, является практика Европейского суда по правам человека в вопросах признания нарушений ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод, гарантирующей право на справедливое судебное разбирательство и возможность применения высоких стандартов ЕСПЧ в российской правовой действительности.

Эффективное соблюдение предусмотренных законодательством для обвиняемого прав, процессуальных гарантий, презумпций и механизмов невозможно без активного участия независимого защитника в уголовном процессе. Именно на институте адвокатуры лежит обязанность по достижению столь высоких целей.

Влияние международного уголовного права на национальное уголовное право на примере Российской Федерации

Ключевые слова: международное уголовное право, российское уголовное право, уголовная политика, международные преступления.

The influence of international criminal law on national criminal law on the example of the Russian Federation

Keywords: international criminal law, Russian criminal law, criminal policy, international crimes.

1. Российское международное уголовное право образуют уголовно-правовые нормы, ратифицированные в установленном порядке РФ, а также уголовно-правовые предписания, исходящие из общих принципов международного уголовного права.

2. Нормы международного уголовного права можно классифицировать следующим образом: 1) предписания, предусмотренные международными договорами; 2) обычные нормы права; 3) судебные прецеденты; 4) решения международных организаций; 5) общие принципы права. Все они имеют определенную степень влияния на российское уголовное право.

3. УК РФ¹ 1996 года выделил группу преступлений против мира и безопасности человечества в самостоятельную главу – 34 УК РФ. Впервые были криминализованы преступления, связанные с агрессией (ст. 353, 354 УК РФ), реабилитацией нацизма (ст. 354.1 УК РФ), реализацией оружия массового поражения (ст. 355 УК РФ); определенным образом формализованы военные преступления (ст. 356 УК РФ), геноцид (ст. 357 УК РФ), экоцид (ст. 358 УК РФ), наемничество (ст. 359 УК РФ), нападение на лиц или учреждения, которые пользуются международной защитой (ст. 360 УК РФ) и акт международного терроризма (ст. 361 УК РФ). Особенность главы состоит в том, что в нее включены как международные уголовные преступления, так и преступления международного характера (конвенционные).

4. П. 1 ст. 1 УК РФ устанавливает принцип наибольшей кодифицированности уголовного законодательства. Так, УК РФ является единственным источником уголовного права России, устанавливающим преступность и наказуемость деяния.

5. Международное уголовное право является самостоятельной независимой отраслью права, которое опосредует свой собственный объект – мирное сосуществование государств; имеет свои собственные разнородные правовые источники и принципы, а также систему реализации собственных норм. Пролегивается явная историческая связь между международным уголовным правом и правом вооруженных конфликтов, правом прав человека².

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 27.12.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019).

² Верле Г. Принципы международного уголовного права / Т. Верле. М., 2011.

6. Модели имплементации норм международного уголовного права каждого государства обладают присущими только ей чертами и особенностями¹.

7. Российская модель имплементации нуждается в существенном совершенствовании, ведь на данный момент Россия едва ли может выполнить свои обязательства по преследованию лиц, совершивших преступления против международного права. Структура современного УК РФ не показывает местонахождение международного уголовного права в системе национального права России, судебная практика высших судов также не пытается утвердить четкое понимание о соотношении международного и национального уголовного права, а некоторые составы преступлений главы 34 УК РФ указывают на существенное разногласие с международным пониманием².

8. Создание единого кодифицированного акта по международным уголовным преступлениям является наиболее благоприятным вариантом для континентально-правовой России, который также будет соотноситься с национальным уголовно-правовым принципом законности. Для осуществления данных мер придется начать реформирование Общей части УК РФ, которым абсолютная (или наиболее высокая степень) кодифицированности кодекса будет изменена. В рамках нового кодекса удобнее провести детализацию и расширение норм, посвященных, например, «Гаагскому» и «Женевскому» праву. Внесение изменений в УК РФ не представляется успешным – международные преступления обладают особым характером, для их детальной регламентации необходим новый кодекс. Если производить внедрение новых норм в действующий УК РФ, представляется ожидаемым получение множества несостыковок и ошибок, появится «громоздкость» кодекса; степень осведомленности граждан о наличии международных уголовных преступлениях и ответственности за них (не только по национальному, но и по международному законодательству) возрастет; «Кодекс преступлений против международного права» позволит сохранить действующую в настоящее время смешанную теорию взаимодействия внутреннего права и межгосударственного (международное право является частью внутригосударственной системы, но с приоритетом положений Конституции РФ) посредством указания круга вопросов, подлежащих разрешению исключительно в соответствии с национальным правом; отсутствие преступлений или их малое количество не могут быть аргументом для неприсоединения к Римскому Статуту, ведь для того, чтобы иметь возможность повлиять на отправление международного правосудия в будущем России необходимо ратифицировать Римский Статут и привести законодательство в соответствии с ним;

9. В случае же присоединения Российской Федерации к Римскому статуту Международного уголовного суда необходимо будет внести в УК РФ более 35 новых составов преступлений, подпадающих под юрисдикцию Международного уголовного суда. Кажется обоснованным, что присоединение к Статуту пойдет на пользу регулированию

¹ Субботина Е. Н. Механизм имплементации международного уголовного права в зарубежных странах и в России. М., 2012.

² Богуш Г. И., Есаков Г. А., Русинова В. Н. Международные преступления: модель имплементации в российское уголовное законодательство: монография. М., 2018.

уголовных правоотношений в стране, позволит РФ наиболее эффективным образом бороться с преступностью против международного права.

Кануков Темирлан Бесланович(Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова)

О принципах «EnlightenedShareholderValue» и «praktischeKonkordanz» в корпоративном управлении

Ключевые слова: корпоративное управление, EnlightenedShareholderValue, praktischeKonkordanzprinzip.

About «Enlightened Shareholder Value» and «praktische Konkordanz» principles of corporate governance

Keywords: corporate governance, Enlightened Shareholder Value, praktische Konkordanz prinzip.

Одной из важнейших проблем корпоративного права в части привлечения директоров к ответственности является определение интересов компании. Вопрос возникает, когда суд квалифицирует действия директора как неразумные или недобросовестные, т.е. предпринятые в ущерб интересам компании.

Английский правопорядок столкнулся с серьезной проблемой при принятии нового Закона о компаниях (CompaniesAct 2006), поскольку старый CompaniesAct 1985, по мнению плюралистов в лице комитета Буллока, слишком узко понимал интересы, которые директор должен был учитывать при принятии решений (по нему - только интересы акционеров, работников и кредиторов).

Позиция плюралистов заключалась в том, чтобы расширить этот перечень и включить в него интересы поставщиков, клиентов, окружающей среды и всего общества¹. Обосновывалась концепция тем, что уравнивая интересы всех заинтересованных сторон, можно достичь высокой стабильности компании, что неизбежно приведет к повышению прибыльности². Так, например, поставщики, зная, что их интересы учитываются при принятии ключевых решений, будут более охотно и честно работать с компанией; это повышает, своего рода, деловую культуру.

Проведенные сторонниками эксклюзивности интересов акционеров исследования показали, что более прибыльные компании-те, в которых за основу берутся интересы акционеров, а не всех стейкхолдеров в равной степени. Более того, директора не знали бы, кому они подотчетны и «это опасно отвлекало бы управление в стиль политического равновесия в ущерб экономическому росту и международной конкурентоспособности»³.

Результатом продолжительных споров стала новая смешанная концепция, довлеющая более к плюралистическому подходу. Статья 172 гласит, что директор должен действовать добросовестно и разумно, учитывать интересы акционеров, *в числе прочего* заботиться также и об интересах работников, клиентов, партнеров (поставщиков), о благоприятном воздействии на общество и окружающую среду, а также сохранять этическую репутацию компании и справедливо ко всем относиться.

¹ Report of the Committee of Inquiry on Industrial Democracy (Cmnd.; 6706).

² Modern company law for a competitive economy: the strategic framework', consultation document, February 1999, P. 42.

³ Ibid. P.44

Такая модель была названа профессором Матиасом А. Симсом «enlightened shareholder value» (ESV)¹. Суть ее заключается в том, что директор должен стремиться к обогащению акционеров в долгосрочной перспективе, основываясь на ответственном отношении к интересам стейкхолдеров.

В качестве основного преимущества данной модели отмечается, что директора теперь могут ориентироваться на мнение третьих лиц в долгосрочной перспективе, а не слепо следовать краткосрочным интересам акционеров, что дает директорам некоторую свободу. Проводившиеся среди директоров опросы показывали, что директора боятся исков со стороны акционеров о нарушении фидуциарных обязанностей перед ними, когда они учитывают интересы третьих лиц. Теперь учет интересов третьих обязателен для директоров, поэтому им стало легче принимать сбалансированные решения².

Вторым преимуществом считается увеличение инвестиционной привлекательности компаний из-за нацеленности на долгосрочную перспективу³. Ведь для инвесторов важна устойчивость компании на рынке. Считается, что даже если краткосрочная стратегия успешнее в данный момент, но директор посчитал долгосрочную более стабильной для компании в целом, то его нельзя привлечь к ответственности⁴.

Признавая слишком широким перечень стейкхолдеров, мы считаем, что просвещенная модель акционеров не выдерживает критики, высказываемой оппонентами данной модели. Среди них: размытость списка третьих лиц, а также ее бессистемность в смысле отсутствия иерархии при столкновении интересов⁵; несоответствие предоставленных директору широких дискреционных полномочий меньшему размеру ответственности за свои действия; невозможность принудительно требовать учитывать их интересы, поскольку отсутствует право третьих лиц на иск⁶.

Нам кажется, что вопрос лежит в совершенно иной плоскости. Компания - в первую очередь, экономический институт, который служит конкретным экономическим целям - максимизации богатства лиц, которые создали компанию. Навязывание корпоративной социальной ответственности и размывание внимания директоров на различные социальные группы, а также стремление учесть всевозможные интересы общества будут сказываться на компании отнюдь не положительным образом. В крайнем случае, такими темпами экономический институт, поддерживающий рыночные механизмы, превратится в чисто социальный, что будет тормозить экономическое развитие страны⁷. Возникает вопрос: достигает ли тогда компания своих целей? Не меняется ли экономическая сущность компании, на некоммерческую?

¹ Siems M. M. *Convergence in Shareholder Law*. Cambridge University Press. 2008.

² Keay, A. *Tackling the issue of the corporate objective: An Analysis of the United Kingdom's Enlightened Shareholder Value Approach* // *Sydney Law Review*. 2007, № 29 (4). P. 577-612.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Kiarie S. *At Crossroads: Shareholder Value, Stakeholder Value and Enlightened Shareholder Value: Which Road Should the United Kingdom Take?* // *International Company and Commercial Law Review*. 2006, № 17(11). P.329-343.

⁶ Mudawi T. *Does the Concept of Enlightened Shareholder Value Succeed in Bridging the Gap between the Shareholders and Stakeholders Value Theories?* // *Business and Economic Research*. 2018. No. 2.

⁷ Talbot L. *Critical company law*. Taylor & Francis Group. 2008. P. 51-52.

Приведенный первый аргумент в пользу новой модели разбивается о то, что слишком велик риск злоупотреблений со стороны директоров, которые, прикрываясь якобы «интересами третьих лиц», смогут уходить от ответственности. Такая практика имела место до принятия нового закона о компаниях и оппортунистическое поведение директоров не всегда удастся распознать. А принятие подобного широкого перечня теперь и вовсе даст фору директорам.

Контраргументом второго преимущества модели можно посчитать то, что не все инвесторы хотят долгосрочных вложений. Многие компании вкладывают друг в друга свободные деньги на короткий период времени, тем самым преумножая свои активы.

В немецкой литературе идут споры о том, является ли компания «предприятием», в котором директор должен учитывать интересы всех лиц (*Unternehmensinteresse*)¹. В свою очередь, судебная практика установила, что интересы предприятия совпадают с благосостоянием компании, т.е. у акционеров не может быть своего личного интереса отличного от интересов самой компании. Это означает, что директор не обязан беспрекословно следовать указаниям акционеров при условии, что его действия обеспечат прибыльность компании в долгосрочной перспективе².

На практике директору вменяется обязанность учета соответствующих интересов. В т.н. мягком корпоративном праве Германии содержится норма о том, что «правление несет ответственность за самостоятельное управление предприятием в ее интересах, принимая во внимание интересы акционеров, его сотрудников и других заинтересованных сторон, с целью устойчивого создания экономического потенциала компании» (п.4.1.1 Кодекса корпоративного управления Германии). После финансового кризиса Комиссия по корпоративному управлению приняла поправку, дополняющую текст кодекса словами «в соответствии с принципами социальной рыночной экономики»³. После соответствующих поправок и деловой культуры следования кодексу корпоративного управления в Германии по принципу «complyorexplain» не возникает вопросов в социальной ответственности компаний.

В случаях несовпадения интересов акционеров с интересами стейкхолдерами директор должен руководствоваться принципом «практической согласованности» (*praktische Konkordanz*), широко применяемом в конституционном праве Германии. Он заключается в ограничении интересов всех заинтересованных лиц, чтобы каждый из них достиг оптимального эффекта⁴. Но они не могут быть ограничены больше, чем это необходимо для их минимального согласования. Иное будет нарушением принципа соразмерности и будет означать, что одной из сторон отдается предпочтение. Очень хорошо данная проблема проявляется при поглощениях, когда требуется учитывать интересы не только и не столько акционеров, сколько всех заинтересованных лиц. Указанный принцип более-менее помогает

¹ Fleischer H., Hansen J. L., Ringe W. German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 109), Mohr Siebeck, Tübingen 2015. P. 18-19; Annex to Study on Directors' Duties and Liability. Op cit. A.332.

² Gerner-Beuerle C., Paech P., Schuster E.P. Annex to Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Markt LSE Enterprise. 2013. P. 332.

³ Ibid.

⁴ Kommers D. P. German Constitutionalism: A Prolegomenon // Emory Law Journal. 1991, № 40 P. 851 // URL: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/98.

соотнести все интересы и прийти к компромиссу, что все же не исключает злоупотреблений со стороны директоров. К тому же все вышеперечисленные при анализе ESV недостатки, также относимы к немецкому принципу практической согласованности.

В заключение хотелось бы отметить, что английский и немецкий подходы к определению интересов компании очень похожи. Обе модели представляют собой своего рода компромиссы, что позволяет балансировать между сторонниками различных моделей корпоративного управления. Безусловно, у каждой из них есть свои преимущества и недостатки, но на данном этапе мы считаем эффективным умеренный проакционный подход, нежели пока еще недоработанный институт широкого учета интересов третьих лиц.

Незаконные доказательства и международный коммерческий арбитраж

Ключевые слова: допустимость, доказательства, третейский, незаконный

Illegal evidence and international commercial arbitration

Keywords: admissibility, evidence, arbitral, illegal

1. Выбирая международный коммерческий арбитраж, контрагенты выбирают конфиденциальность будущего разбирательства, правовую определенность, значительную гибкость процесса и относительно облегченный режим приведения решения в исполнения¹. В этих условиях у сторон возникает соблазн воспользоваться недобросовестными методами доказывания. В этом случае правильно определить допустимость той или иной информации в качестве доказательства в процессе бывает крайне затруднительно. Пример тому - многочисленные попытки использовать в качестве доказательств в международном арбитражном разбирательстве информацию, незаконно обнародованную на сайте Wikileaks, тайно записанную журналистами и иных сомнительных источников. В научном сообществе неоднократно высказывались опасения в отношении неопределенности, которая неизбежно создается в отсутствие четких правил о допустимости доказательств². Нами предпринята попытка, с опорой на практику разрешения дел и немногочисленные императивные нормы, сформулировать ориентиры для формирования правил о допустимости доказательств в международном коммерческом арбитраже.

2. Одним из наиболее важных критериев, выработанный международной коммерческой арбитражной практикой - участие или неучастие стороны, предоставляющей спорные доказательства, в процессе их незаконного получения. Это правило часто ложилось в основу мотивировки трибунала. Так, например, в арбитраже³, проведенном в Женевской Торговой Палате между частной компанией и принадлежащим государству юридическим лицом, последнее возражало против допустимости ряда документов и их фотокопий, полученных незаконно. Трибунал данное возражение отклонил, указав что Принцип процессуальной справедливости требует признать допустимыми не только сами документы, но и их фотокопии, представленные Истцом. Ответчиком не было доказано, что указанные копии были получены незаконно».

3. Другим важным критерием является существенность спорного доказательства для разрешения спора. В рамках анализа допустимости информации, полученной из сомнительных источников, трибунал вынужден решать вопрос о том, требует ли право одной стороны на представление своей позиции исследования незаконно полученного доказательства, неминуемо нарушающее права противной стороны. Например, в деле

¹Born G. International Commercial Arbitration. KluwerLawInternational. 2014. P. 30

²Цветкова О. А. Незаконные доказательства в международном арбитраже: время для единых стандартов? // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 4: Сборник статей / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходькина – М., 2018. С. 295.

³Geneva Chamber of Commerce. Decision of 28 February. ASA Bulletin. 1995. Vol. 13. N. 84. P. 316.

Methanex v. UnitedStates¹ незаконно полученные истцом доказательства были не приняты к исследованию не только по причине того, что истец сам был причастен к незаконному их получению, но и потому, что они имели «незначительное» доказательственное значение для обоснования требования истца. Таким образом, на основании данного примера можно сделать вывод, что в отношении незаконно полученного доказательства критерий существенности для разрешения спора оказывается чрезвычайно важным

4. Не последнее значение оказывает характер права, нарушаемого допущением спорного доказательства. Множество возражений вызывает возможность исследования доказательств, полученных, в частности, с нарушением конфиденциальности или адвокатской тайны. Как показывает практика, трибуналы, руководствуясь тем, что конфиденциальность - не абсолютная защита информации², склонны допускать такую информацию в процесс. И наоборот - противоположное решение достигается в случае с адвокатской тайной. В контексте соблюдения базовых норм процессуальной справедливости это можно объяснить тем, что в отличие от конфиденциальности, которую можно раскрыть в интересах справедливости разбирательства, адвокатская тайна - наоборот, сама по себе служит интересам справедливости, что не дает оснований к ее нарушению путем приобщения в процесс.

5. В заключение, приходится констатировать, что четких и определенных правил допустимости доказательств в международном коммерческом арбитраже до сих пор не существует. При этом все более отчетливо формируются критерии, позволяющие решать вопросы допустимости.

¹Methanex Corporation v United States of America. UNCITRAL. Final Award (3 August 2005) P. 55.

²Smeureanu I. Confidentiality in International Commercial Arbitration. Kluwer Law International. 2011. P. 90.

Котленко Наталия Сергеевна(Московский Государственный Университет имени М.В. Ломоносова)

Эволюция толкования принципа равноправия Верховным Судом Соединённых Штатов Америки

Ключевые слова: принцип равноправия, Конституция США, текстуализм, судебное толкование

The developing interpretation of the principle of equality in the United States of America

Keywords: principle of equality, Constitution of the USA, textualism, judicial interpretation

1. Толкование принципа равноправия с течением времени изменяется, и современная его интерпретация сильно отличается от того, что под ним понимали в 19 веке. Принцип равноправия подразумевает формальное равенство людей перед законом и судом. Он закреплен в 14 поправке к Конституции США¹. Однако её толкование в правовой системе США менялось. Можно говорить о трех сложившихся школах толкования Конституции США: текстуализм, подразумевающий буквальное толкование, судебный оригинализм, стремящийся выяснить намерения отцов-основателей и свободное толкование, допускающий судебное усмотрение².

Далее будет рассмотрено несколько сфер общественной жизни, в которых наиболее ярко отразилась эволюция принципа равноправия в США.

2. Одним из проявлений развития толкования принципа равноправия является изменение статуса женщин. Впервые идея о распространении действия 14 поправки к Конституции США на дискриминацию по половому признаку была выражена в решении Верховного Суда США в деле «Рид против Рид»³, которое было вынесено в 1970 году. В дальнейшем в решениях поднимался вопрос позитивной дискриминации. Например, в решении по делу «Майкл М. против Верховного суда округа Сонома»⁴ было сказано, что подобная политика соответствует государственным интересам. В деле же «Университет штата Миссисипи для женщин против Хогана»⁵ наоборот, Верховный Суд США не нашёл оснований для дискриминирующей мужчин политики и призвал университет изменить политику по приему исключительно лиц женского пола.

3. Эволюция толкования принципа равноправия также затронула проблему расовой сегрегации и дискриминации чернокожего населения. В середине 19 века было вынесено решение по делу «Дредд Скотт против Стэнфорда»⁶, которое утвердило бесправное положение чернокожего населения. В дальнейшем, уже после принятия 14 поправки,

¹Конституция Соединённых Штатов Америки // URL: www.archives.gov.

² Лафитский В. И. Конституционный строй США. М., 2007. 320 с.

³ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Рид против Рид // 404 U.S. 71.

⁴ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Майкл М. против Верховного суда округа Сонома // 450 U.S. 464.

⁵ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Университет штата Миссисипи для женщин против Хогана // 458 U.S. 718

⁶Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Дред Скотт против Стэнфорда // 60 U.S. 393

Верховный Суд обосновывал невозможность насильственной ее реализации. В деле «О гражданских правах» он установил, что действие 14 поправки не распространяется на частных лиц и признал вмешательство в частные дела недопустимым. В решении по делу «Плесси против Фергюсона»¹ им была установлена концепция «разделены, но равны». Однако в середине 20 века ситуация начала меняться. В решении по делу «Браун против Совета Образования»² прозвучала мысль о недопустимости политики расовой сегрегации. В дальнейшем эта идея получила свое развитие в решениях по делу Джеймса Мередита и делу «Палмор против Сидоти»³, в котором было сказано, что подобная политика противоречит интересам общества. Сейчас активно обсуждается вопрос позитивной дискриминации, что особенно видно в деле «Фишер против Техаса»⁴.

4. Помимо этого, постепенно принцип равноправия получил свое распространение в сфере предоставления юридических услуг малообеспеченным слоям общества. Например, в решении по делу «Гриффин против Иллинойса»⁵, говорится, что неспособность стороны нести судебные издержки не является основанием для отказа в возбуждении дела, а в решении по делу «Дуглас против Калифорнии»⁶ закреплено право на бесплатную юридическую помощь.

5. Эволюция данного принципа наблюдается и в других сферах общественной жизни. Так, в решении по делу «Обергефелл против Ходжеса»⁷ была запрещена дискриминация ЛГБТ сообщества.

6. Таким образом, неоспорим тот факт, что круг лиц, на которых распространялось действие этого принципа значительно расширился. Постепенно развивался и подход судей к толкованию Конституции США и принципа равноправия. Если изначально в судебных решениях отчетливо наблюдается принцип текстуализма, то впоследствии стал преобладать судебный оригинализм и более свободное толкование. Тот факт, что судьи стали более свободно толковать Конституцию США, позволило достаточно видоизменить восприятие принципа равноправия. Интересно отметить, что несмотря на общую тенденцию «расширения» принципа равноправия, в некоторых случаях дискриминация продолжает считаться допустимой при условии соответствия национальным и государственным интересам.

Эволюция толкования Конституции США и принципа равноправия — неизбежный процесс в силу изменения исторических, политических и социальных реалий.

¹ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Плесси против Фергюсона // 163 U.S. 537

² Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Браун против Совета по образованию // 347 U.S. 483

³ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Палмор против Сидоти // 466 U.S. 429

⁴ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Фишер против Техаса // 579 U.S.

⁵ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Гриффин против Иллинойса // 351 U.S. 12

⁶ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Дуглас против Калифорнии // 372 U.S. 353

⁷ Решение верховного суда Соединённых Штатов Америки по делу Обергефелл против Ходжеса // URL: www.supremecourt.gov

Особенности юрисдикции МЦУИС по урегулированию инвестиционных споров с участием государственных компаний, осуществляющих коммерческую деятельность

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, инвестор, коммерческая деятельность

Jurisdiction of ICSID over the investment disputes with state-owned companies involved in commercial activities

Keywords: investment arbitration, investor, commercial activities

1. Основопологающей целью инвестиционного арбитража была и остается защита частных иностранных инвесторов от незаконных действий принимающего государства. Однако с изменением инвестиционных потоков, а именно со значительным увеличением числа государственных компаний в качестве инвесторов, в том числе российских компаний, возникла необходимость защиты их инвестиций с помощью такого механизма как инвестиционный арбитраж.

2. На основании ст. 25 Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (далее – Конвенция МЦУИС) в компетенции Центра находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, *между Договаривающимся государством (или любым уполномоченным органом Договаривающегося государства, о котором сообщено Договаривающимся государством Центру) и лицом другого Договаривающегося государства*¹. Из содержания данной статьи следует, что МЦУИС обладает компетенцией в отношении споров между государством и лицом другого государства. Таким образом, из-под юрисдикции Центра выведены межгосударственные споры и споры между частными инвесторами. Данное положение было включено с целью урегулирования существовавшего процедурного пробела. Так, споры между физическими или юридическими лицами обычно разрешаются в национальных судах, а государства, в свою очередь, могут разрешать свои правовые споры в Международном суде ООН².

3. При анализе данного положения возникают следующие вопросы: к какой категории следует относить споры с участием государственных компаний? Являются ли их действия действиями государства? Или они выступают как самостоятельные участники, и споры с их участием входят в компетенцию МЦУИС?

4. При решении поставленных вопросов необходимо обратить внимание на статус инвестора, а также на цель его деятельности. Если государственная компания выступает в качестве агента государства или выполняет отдельные государственные функции, то,

¹ Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами. Вашингтон, 18 марта 1965 г.

² Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge University Press. 2009. P. 82.

очевидно, что стороной в споре будет выступать данное государство. Более того, если такая организация занимается коммерческой деятельностью, то она также будет признана «лицом» соответствующего государства, способным предъявлять иски против принимающих государств.

5. Вопрос относительно статуса государственных компаний и их возможности передавать споры на рассмотрение МЦУИС возник во время разработки текста Конвенции. «Отец-основатель» Конвенции и первый генеральный секретарь Центра Аарон Брош в целях устранения пробела в регулировании данного вопроса сформулировал стандарт, который известен как «тест Броша». Он пришел к выводу, что государственная компания имеет право на предъявление иска против принимающего государства в МЦУИС только в случае, если она не действует в качестве представителя правительства или не выполняет правительственную функцию¹.

6. Буквальное толкование данного стандарта позволяет говорить об альтернативности критериев, однако автор не расшифровывает их содержание, а судебная практика предлагает разные варианты при его применении.

7. Данный тест был применен неоднократно МЦУИС при урегулировании инвестиционных споров с участием государственных компаний. В деле *Чехословацкого торгового банка против Словакии* банк, принадлежавший чешскому и словацкому правительствам, подал иск против Словакии. Ответчик попытался оспорить наличие у МЦУИС компетенции на основании ст. 25 Конвенции МЦУИС. Арбитры пришли к выводу, что до тех пор, пока деятельность банка носит коммерческий характер, рассматриваемый спор будет являться спором между инвесторами и государством, а не между государствами². Состав арбитража признал, что банк выступает в качестве представителя государства, но затем перешел к анализу второго критерия, сделав вывод о наличии собственной компетенции на его основании. В деле *BUCG против Йемена*, которое было рассмотрено в 2017 году, Центр также применил данный тест при анализе вопроса о наличии компетенции на его рассмотрение. BUCG, китайская государственная строительная компания, заключила контракт на строительство нового международного терминала аэропорта г. Саны. Компания подала иск, утверждая, что власти Йемена незаконно экспроприировали инвестиции, используя военных и службу безопасности для нападения на сотрудников компании и создания им препятствий в доступе на строительную площадку. Арбитры отметили, что поскольку BUCG занимался чисто коммерческой деятельностью именно при строительстве терминала аэропорта, несмотря на его принадлежность государству и выполнение отдельных государственных функций в иных сферах, МЦУИС обладает компетенцией на рассмотрение данного спора³.

8. Таким образом, с увеличением количества государственных компаний-инвесторов возникла потребность в решении вопроса о наличии компетенции МЦУИС на рассмотрение

¹ Broches A. Selected Essays. World Bank, ICSID, and other Subjects of Public and Private International. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

² Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB), AS v The Slovak Republic (ICSID Case No ARB/97/4), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.

³ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v Republic of Yemen (ICSID Case No ARB/14/30), Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.

споров с их участием. На основании судебной практики можно сделать вывод о том, что Центр активно применяет тест Броша при решении данного вопроса. По мнению автора статьи, данный тест подлежит применению только при рассмотрении спора в МЦУИС, поскольку он был разработан в продолжение Конвенции МЦУИС и с целью устранения пробела в регламентации компетенции Центра. Так, например, суд, рассматривая дело *Beijing Shougang и другие против Монголии* на основании Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, принимал во внимание и делал вывод лишь на основании положений двухстороннего соглашения о защите иностранных инвестиций между Китаем и Монголией, не используя тест Броша¹.

9. Однако открытым остается вопрос относительно содержания его критериев, поскольку ни автор теста, ни МЦУИС при его анализе не расшифровывает их, а также относительно альтернативности или кумулятивности данных критериев. По нашему мнению, критерии являются практически равнозначными и затрагивают функциональный аспект данного вопроса. При его решении следует обращать основное внимание на **цель** деятельности государственной компании. Так, в случае если инвестиции напрямую связаны с коммерческой деятельностью, то государственная компания будет обладать правом на предъявление иска на основании Конвенции МЦУИС. При этом не может быть универсального решения рассматриваемого вопроса на основе данного стандарта, поскольку в каждом конкретном случае требуется учет конкретных фактов и обстоятельств².

¹ Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, PCA Case No. 2010-20, Award, 30 June 2017.

² Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.

Современное состояние регулирования прав плода в антенатальном периоде развития

Ключевые слова: медицинское право, акушерство и гинекология, права плода, правосубъектность, судебно-медицинская экспертиза.

The modern trends in the regulation of fetal rights in the antenatal period of development

Keywords: medical law, obstetrics and gynecology, fetal rights, subject of law, forensic-medical examination.

Актуальность: согласно статистике Следственного комитета РФ, количество уголовных дел, возбуждаемых в отношении медицинских работников, ежегодно растет. В частности, в 2018 году было возбуждено более 2 200 уголовных дел. Стоит отметить, что на долю врачей акушеров-гинекологов приходится 17% преступлений¹.

Показатели перинатальной смертности (12 756 случаев за 2017 год) ввиду различных причин, в том числе действия(бездействия) медицинского персонала, при оказании медицинской помощи роженицам, остаются высокими². В подобных ситуациях в отношении медицинских работников, ввиду жалоб со стороны матерей и их родственников, нередко возбуждаются уголовные дела.

Цель: рассмотреть современное отечественное и зарубежное состояние прав плода на антенатальной стадии развития. на основе материалов комиссионных судебно-медицинских экспертиз (СМЭ), изучить религиозную составляющую данной проблемы.

Материалы и методы: действующая законодательная база России и зарубежных стран материалы комиссионных СМЭ.

Результаты: В рамках комиссионных СМЭ было установлено, что в действующем законодательстве России плод не признается субъектом права. Закономерно, что тяжесть вреда здоровью плода не оценивается и критерии определения степени тяжести вреда здоровью не применяются.

В англосаксонской системе права (Англия, Новая Зеландия, Канада и др.) правосубъектность плода аналогично возникает с момента рождения ребенка. В то же время романо-германская система (страны континентальной Европы, северные штаты США) признает права плода во внутриутробном периоде развития.

Русская православная церковь предусматривает, что посягательство на жизнь плода с момента зачатия, является преступным³. В свою очередь, в исламе оговаривается, что «... каждый из вас формируется в утробе матери своей; в течение сорока дней он, как капля

¹ См.: Количество уголовных дел против врачей за год выросло на 24% URL: https://vrachirf.ru/company-nnouncesingle/57988?utm_source=vrch&utm_medium=dstr_22&utm_campaign=msg_5081.

²Естественное движение населения Российской Федерации за 2017 год (Статистический бюллетень). Федеральная служба государственной статистики. Таб. 17 // URLhttp://www.gks.ru/free_doc/doc_2017/bul_dr/edn/edn17-g.xlsx.

³См.: Основы социальной концепции Русской Православной Церкви // URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html>.

семени, после - он становится сгустком на аналогичный период. Впоследствии – в виде кусочка плоти, на такой же период. После чего, к нему посылается ангел, который вдыхает в него дух (рух)»¹. Этот срок составляет 120 дней, что соответствует примерно 28 неделе беременности.

Выводы: резюмируя, мы приходим к тому, что религия защищает право плода на жизнь антенатально, в то время как законодательство России нет. Очевидно, что образовалось белое пятно в сфере охраны прав плода, так как уголовная ответственность за смерть плода до момента его рождения не предусмотрена законодательством России.

Сложившаяся ситуация требует глубокого изучения и рассмотрения вопроса о признании правосубъектности плода медико-юридическим сообществом, в том числе признания прав на охрану жизни и здоровья плода на поздних сроках внутриутробного развития (свыше 28 недели). Данная позиция находит отражение в мировых практиках развитых стран, а также в религии.

¹См.: Сорок хадисов имама ан-Навави. Хадис № 4 // URL: <https://alhadis.ru/razyasnenie-40-hadisov-imama-an-nauai/>.

Ляхов Владислав Андреевич(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

«Прикладная биоэтика XXI века»: проблемы правового регулирования использования биомедицинских технологий и генной инженерии

Ключевые слова: медицинское право, биотехнологии, генная инженерия

«Applied bioethics of the XXI century»: problems of legal regulation use of biomedical technologies and genetic engineering

Keywords: medical law, biotechnology, genetic engineering

Сегодня все больше проектов, связанных с генной инженерией и биомедицинскими технологиями, переходят от стадии фундаментальных исследований к клиническим испытаниям. Появляются новые революционные методики лечения человека и способы воздействия/редактирования генома живых существ, при этом технологии не просто становятся эффективнее, они становятся более точными, простыми в использовании и доступнее для широкого применения, что требует законодательного регулирования применения данных технологий.

До недавнего времени действующим нормативным правовым актом, регулирующим данную сферу в Российской Федерации являлся Федеральный закон от 05.07.1996 № 86-ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности»¹, который многократно подвергался критике юридическим сообществом, биологами, генетиками и иными специалистами, занимающимися генной инженерией, отмечавшими: «непроработанность используемых терминов, ограниченный круг регулируемых отношений, указывалось на недостаточное научное обоснование принципов безопасного использования генномодифицированных микроорганизмов, а также в целом запретительный характер норм законодательства в сфере генно-инженерной деятельности»².

Тем не менее, в 2012 году была принята Комплексная программа развития биотехнологий в Российской Федерации на период до 2020 г., которая стала стимулом для дальнейшего развития данной отрасли в России.

На международном уровне в сфере регулирования биомедицинских технологий и генной инженерии были приняты Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека, Международная декларация о генетических данных человека и другие акты, которые устанавливали определённые нормативные рамки и некоторые запреты на исследования и эксперименты в отдельных областях, например, клонирование человека или изменение генома эмбриона человека в целях предания ему определенных свойств, по сути, запрет на евгенику. Однако во многом международное, и принятое на его основе национальное законодательство, базируются на идеологическом аспекте.

¹ Федеральный закон от 05.07.1996 № 86-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 28. ст. 3348.

² Шилюк Т. О. Основные направления деятельности федеральных органов исполнительной власти в области генной инженерии // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2019, № 6. С. 147

После бесчеловечных опытов над людьми в нацистской Германии и милитаристической Японии, которые были осуждены на Нюрнбергском и Токийском трибуналах, мировое сообщество признало недопустимым повторение подобных экспериментов и основной угрозой стало принято считать тоталитарные режимы, в которых власти теоретически могут вновь прибегнуть к экспериментам по созданию «сверхчеловека», нарушая тем самым всеобщие права и свободы человека.

После Второй мировой войны подобная точка зрения была более чем оправдана, поэтому именно она послужила «ядром» нынешних правовых установок, однако, сегодня данные установки уже значительно устарели, и мы рассмотрим несколько примеров, которые свидетельствуют о необходимости полной реконфигурации современно законодательства.

Во-первых, это технология CRISPR/Cas 9 - принципиально новый способ редактирования генома. Необходимо пояснить, что существовавшие ранее технологии редактирования генома были значительно дороже и менее эффективны, а также сам процесс редактирования был весьма трудоемким и требовал «ручного подбора» алгоритма редактирования каждого конкретного генома. Сегодня принцип работы CRISPR/Cas 9 стал более универсален, и последствием такого прогресса стало появление «биохакинга». Биохакинг представляет собой «изучение органов, тканей и систем организма с целью внесения положительных изменений», на практике в большинстве случаев биохакинг - это изучение показателей своего организма и подбор такого режима и рациона, которые наиболее эффективны для него». Однако, есть и иные разновидности «биохакеров», которые используя современные достижения медицины, в том числе и методы на основе CRISPR самостоятельно изменяют свой организм, проводя на себе опыты, испытывая различные препараты, и в последствии создают компании для продажи подобных услуг.

В основном государственные структуры видят опасность в развитии подобных технологий, особенно если к ним есть доступ у частных лиц, так ФБР утверждает, что «бесконтрольное развитие подобных технологий может привести к случайному или умышленному созданию новых видов биологического оружия», тем самым предлагая ужесточить контроль за данной отраслью¹.

Однако, некоторые эксперты сравнивают «компании-биохакеров» с «гаражными ИТкомпаниями» 70-х годов (Apple, Google, Amazon, Microsoft), которые в начале своего пути также имели сомнительные перспективы, а теперь оказывают сильнейшее влияние на многочисленные сферы жизни людей. В качестве подтверждения можно привести пример создания искусственной поджелудочной железы для больных диабетом в 2018 году, которая была разработана при активном участии «сообщества биохакеров»².

Во-вторых, необходимо учитывать корреляцию результатов исследования в данной отрасли и способов их применения с текущими проблемами государственного или международного характера. Например, японские ученые нашли упрощенный способ выбора пола ребенка: обработав сперматозоиды «активным веществом» на основе

¹ Whalen J. In Attics and Closets, 'Biohackers' Discover Their Inner Frankenstein // Интернет-ресурс «The Wall Street Journal» // URL: https://www.wsj.com/articles/SB124207326903607931#mod=todays_us_page_one (дата обращения 27.09.2019)

² Ревадзе Д. Биохаkers ускорили создание искусственной поджелудочной // URL: <https://www.wsj.com/europe> (дата обращения 27.09.2019)

иммуномодуляторов и противовирусного средства «Ресиквимод» и «Имиквимод», можно замедлить сперматозоиды с X-хромосомой, что повысит вероятность рождения именно ребенка мужского пола¹. Исследования проводились в целях селекции рогатого скота, однако технология на основе данных исследований может быть применена и к человеку. Стоит отметить, что сегодня существуют технологии выбора пола эмбриона, но доступны они только в специализированных учреждениях, а государства устанавливают запрет на выбор пола ребенка. Но что делать, если появится технология, упрощающая выбор пола ребенка доступная обывателю, необходимо ли её запрещать, а воспользовавшихся ею людей подвергать административному или уголовному наказанию?

Отдельно, в качестве примера, стоит коснуться вопроса о санитарно-эпидемиологическом контроле, так современные исследования подтверждают негативную тенденцию, что множество бактерий и вирусов вырабатывают устойчивость против антибиотиков, из-за чего «старые», простые в создании антибиотики становятся бесполезны, а новые и дорогостоящие долго разрабатываются, но тоже достаточно быстро устаревают. Если говорить о пессимистичных прогнозах, то сейчас от болезней, вызванных резистентными бактериями (устойчивых к антибиотикам) ежегодно умирают около 700 000 человек, к 2050 году эта цифра возрастет до 10 миллионов человек год². Конечно, человечество не так беспомощно, как во времена эпидемий чумы и холеры и даже без антибиотиков, может что-то противопоставить болезням, но подобные показатели смертности от болезней неизбежно станут причиной иных негативных тенденций в социальной, экономической и политической сферах. Чтобы этого не допустить, нужно ликвидировать причину почему бактерии приобретают «иммунитет» к антибиотикам, а причина проста, это бесконтрольное применения антибиотиков в бытовой и в сельскохозяйственной сферах, кроме того определенную негативную роль играют и различные «движения антипрививочников». Возникает вопрос, как должно вести себя государство в данной ситуации, должно ли она применять «тоталитарные механизмы» регулирования?

К сожалению, простых и очевидных ответов на данные вопросы нет, но с уверенностью можно отметить, что действующие международные и национальные принципы и базирующиеся на них нормы значительно устарели и не охватывают весь спектр правоотношений, нуждающихся в урегулировании. Законодательство в сфере регулирования биомедицинских технологий и геномной инженерии должно быть гибким и комплексным: учитывать текущие научно-технические достижения и тенденции; практический результат применения технологий и идеологические ценности, которые лежат в основе использования данных технологий.

¹ Ершов А. Выбирать пол будущего ребенка скоро можно будет без участия врачей. Ученые считают, что это плохая идея // URL: <https://meduza.io/feature/2019/08/19/vybirat-pol-buduschego-rebenka-skoro-mozhno-budet-bez-uchastiya-vrachey-uchenye-schitayut-cto-eto-plohaya-ideya> (дата обращения 27.09.2019)

² Галлахер Д. Ученые: к 2050 году супербактерии будут убивать 10 млн человек в год // URL: https://www.bbc.com/russian/science/2016/05/160519_antibiotics_resistence_report (дата обращения 28.09.2019)

Антимонопольный комплаенс как способ предупреждения алгоритмических сговоров

Ключевые слова: цифровая экономика, антимонопольный комплаенс, алгоритмы ценообразования, искусственный интеллект

Antitrust compliance as a way to prevent algorithmic collusion

Keywords: digital economy, antitrust compliance, pricing algorithms, artificial intelligence

1. В последние годы все большие обороты начала набирать идея внедрения системы антимонопольного комплаенса, то есть внутрикорпоративного механизма, направленного на предупреждение нарушений антимонопольного законодательства и минимизацию рисков таких нарушений в пределах компании. Однако при разработке комплаенс-программы следует учитывать реалии современной экономики, наводненной цифровыми инструментами, способными воздействовать на конъюнктуру рынка. Отсутствие законодательной регламентации деятельности цифровых платформ создает почву для злоупотреблений со стороны крупных компаний в сфере IT. Имея недостаточно правовых средств, чтобы извне повлиять на их поведение, следует обратить внимание на механизмы воздействия изнутри, чтобы пресечь само возникновение потенциальных рисков, а не только их реализацию.

2. Алгоритмы могут способствовать возникновению антиконкурентных сговоров, дискриминационных условий и установлению дополнительных барьеров для входа на рынок, а также введению в заблуждение потребителей относительно условий приобретения товаров, причем подобные нарушения могут исходить не только от волеизъявления пользователей, но и алгоритмов, способных к самообучению и эволюции. Широкое использование алгоритмов создает предпосылки для пересмотра политики антимонопольного комплаенса в пользу разработки особых правовых стандартов, предусматривающих требования к оценке рисков возникновения алгоритмических сговоров. Соответственно, комплаенс-отдел должен выработать рекомендации по проектированию, внедрению и использованию различных типов алгоритмов, нацеленных на оптимизацию бизнес-процессов¹.

3. Во-первых, следует разрабатывать некий типовой дизайн, проекты программного обеспечения алгоритмов, которые будут изначально блокировать любые попытки использования их в антиконкурентных целях. Алгоритм должен быть запрограммирован на выполнение уже заложенных инструкций, не выходя за их рамки. Основная идея такого подхода заключается во введении в параметры модели определенных ограничений, базирующихся на принципах соответствия законодательству. Компании, использующие подобные программы, должны быть нацелены на то, чтобы понимать их функциональное назначение и возможности генерирования отслеживаемых информационных потоков, а также

¹Banicevic A., Kohlmeier G., Pechersky D., Howlett A. Algorithms: Challenges and Opportunities for Antitrust Compliance // URL: https://www.hoganlovells.com/~media/hoganlovells/pdf/2019/2019_01_22_ashley_howlett_article.pdf?la=en

возможности прогнозирования и самостоятельного принятия решений по поводу использования добытой информации. Соответственно, сотрудникам требуется подробное разъяснение видов конфиденциальной информации, в частности сведений о способах функционирования алгоритма, а также правомочий и порядка ее передачи третьим лицам. Кроме того, следует принять дополнительные меры, обеспечивающие прозрачность каналов, через которые проходит отчетность о ходе и результатах активности алгоритма. Чтобы препятствовать алгоритмическим сговорам, следует определить условия, при которых они могут возникнуть, а именно: конкуренты должны обладать достаточными ресурсами и производственными мощностями, чтобы иметь возможность не только расшифровать данные чужого алгоритма, но и перестроить параметры собственной программы в ответ, при этом переход от одного действия к другому занимает время. И именно в этот момент в процесс должен вмешаться такой сдерживающий фактор, как протокол соответствия деятельности алгоритма инструкциям. Для достижения цели пресечения сговора, некоторые исследователи, в частности, Джозеф Харрингтон предложил использовать специальные «инкубаторы сговора», позволяющие протестировать свойства алгоритма на предмет его предрасположенности к сговорам путем искусственного создания соответствующих условий для его возникновения¹.

4. Во-вторых, компания может внедрить алгоритмы антимонопольного аудита, которые отслеживают внутренние коммуникации, включая электронную почту, телефонные звонки и текстовые сообщения, для обнаружения потенциально опасного контакта с учетом сроков, характера и регулярности связей, возникающих между конкретными субъектами. Кроме того, компания может осуществлять мониторинг других пользователей алгоритмов, поведение которых в силу связи с политикой компании, может повлиять на привлечении ее к ответственности. Подобные функции могут выполнять регуляторные технологии (Reg Tech) и технологии обработки естественного языка (NLP).

5. В-третьих, необходимо разрабатывать эффективные процедуры внутреннего контроля и управления действиями алгоритмов. Для данной цели в течение определенного периода времени должна проводиться диагностика состояния программы на предмет сбоя или несоответствия заданной модели поведения, обеспечивающей следование требованиям антимонопольного законодательства. Причем для этого можно использовать также алгоритмические инструменты, осуществляющие автоматизированный мониторинг состояния других алгоритмов. Подобные меры позволят выявлять так называемые «плюс-факторы», сигнализирующие о потенциальной координации действий и других аномальных изменениях в поведении конкурентов, предположительно нарушающих законодательство. Некоторыми исследователями предлагается состязательная тренировка сетей, при которой один алгоритм будет пытаться реализовать цель по максимизации прибыли, а другой – провести оценку соответствия указанной цели со средствами ее достижения.

6. Необходимо документировать и обосновывать любые проявления внутренней активности независимого и одностороннего характера со стороны алгоритма, принимающего решения по вопросам структурирования рыночной политики. Причем в последние годы

¹Deng A. From the Dark Side to the Bright Side: Exploring Algorithmic Antitrust Compliance // URL: <https://ssrn.com/abstract=3334164>.

предлагается делать это посредством использования «объяснимого ИИ», который обеспечивал бы понимание человеком решений, принятых в процессе машинного обучения. Таким образом, при использовании «объяснимого ИИ» компании уже не смогут скрываться за действиями алгоритмов и пытаться уклониться от ответственности, поскольку у них уже не будет причин не понимать динамику ценового поведения своих алгоритмов.

7. Кроме того, есть смысл предусмотреть и некоторые императивные требования к содержанию системы, которую фирма собирается установить. То есть при добровольном изъявлении желания внедрить данный механизм, компания должна будет подвергнуть используемые технологии дополнительным контрольным мероприятиям и при этом обеспечить условия самоконтроля таких технологий. Однако такие инструменты могут стать эффективными только при открытом, конструктивном и постоянном сотрудничестве со всеми заинтересованными сторонами, начиная с компаний и заканчивая проектировщиками алгоритмических программ.

Эффективность и пути совершенствования медиации как института трудового права

Ключевые слова: медиация, трудовой спор, суд, примирение сторон

Efficiency and ways to improve mediation as an institution of labor law

Keywords: mediation, labor dispute, court, reconciliation of the parties

Институт медиации в России появился 9 лет назад¹. Однако, несмотря на столь долгий срок «жизни» данный институт не получил широкого распространения. Согласно данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ, в 2018 г. суды рассмотрели 431 989 тыс. трудовых споров, из которых лишь 55 урегулировали с помощью медиации². Это составляет 0,01% от общего числа трудовых споров. Отсюда можно заключить, что медиация в рамках рассмотрения трудовых споров применяется крайне редко. Отчасти это связано с опасениями суда в части срыва процессуальных сроков³, а также с низким количеством желающих прибегнуть к медиации.

Данная проблематика предопределяется невысоким уровнем отечественного правосознания⁴. И хотя правосудие в РФ занимается правовым просвещением (п.5 ч.3 ст.3)⁵, относительно медиации эта деятельность ограничивается на формальном разъяснении права на нее⁶. Возможно, поэтому граждане считают судебное решение более ценным, нежели мировое соглашение и т.д. пп. «б», п. 16 Справки, а также воспринимают медиацию как нечто чуждое. Думается, что это связано с высоким уровнем конфликтности в обществе. Истец по трудовому спору, как правило, не желает договариваться, и даже не ставит целью привлечение оппонента к ответственности, а пытается причинить ответчику наибольший урон. Соответственно в данной ситуации государству необходимо уделить внимание правовой культуре населения.

Нынешние правовые реалии определяют для развития медиации несколько приоритетных направлений:

Создание социальной опоры. Под ней подразумевается деятельность медиаторского и юридического сообществ по популяризации медиации среди граждан. Необходимо

¹ Федеральный закон от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ (в редакции от 23 июля 2013 года) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ.2010. № 31. Ст. 4162.

² Данные судебной статистики судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 15.04.2019 г. «Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2018 год» // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4891>.

³ Справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" за период с 2013 по 2014 год (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 1 апреля 2015г.) п.18.

⁴ Красильникова, Ю. В. Анализ современного состояния правосознания российского общества // Власть. 2010. № 7. С. 122.

⁵ Закон РФ от 26 июня.1992 года № 3132-1 (в ред. от 18 июля 2019 года) «О статусе судей в Российской Федерации» // РГ. 1992. № 170.

⁶ Ст.150 Федерального закона от 14 ноября.2002 года № 138-ФЗ (в ред. от 27 декабря 2018 года) «Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

популяризировать у работников судебной системы медиативные процедуры включив в их программы дополнительного профессионального образования курсы медиации. Также предоставить судам материально-технические возможности для проведения медиативных процедур. Известно, что юридическое сообщество дуально в вопросах медиации. Одни отказываются от медиации, считая ее уделом психологов, другие же, понимая, что в правовом поле можно защитить доверителя лишь отчасти, являются ее активными сторонниками. Ликвидировав раскол в юридической среде, удалось бы повысить уровень распространённости медиации среди населения.

Изменения, внесенные в 2019 году в закон «О медиации»¹ позволили судьям в отставке быть медиаторами. Данные поправки можно расширить с помощью внедрения «судебных миротворцев» т.е. медиаторов, работающих исключительно в суде. Штат состоял бы из работников аппарата суда с высшим юридическим образованием, а также помощников судьи. Они занимались бы не только самой медиацией, но и обязательными информационными встречами со сторонами, как это предлагает С.И. Калашникова². Однако, «необходимо детальное регулирование должности медиатора в трудовом законодательстве, поскольку такой медиатор будет зависимым лицом, что может стать причиной нарушения принципа нейтральности медиатора» – считают А.И. Рашидова и З.М. Дарчинян³. Поправки позволят снизить нагрузку на судей, т.к. споры будут урегулированы «миротворцами», а судья будет разрешать споры, прошедшие этот «фильтр». Кроме того, увеличится число квалифицированных медиаторов. Работники судебной системы достаточно опытны для того, чтобы оценить медиабельность спора, раскрыть правовой потенциал сторон, а также составить законное медиативное соглашение.

Необходимо решить вопрос о применении медиации к коллективным трудовым спорам. Пункт 5 статьи 1 закона «О медиации» прямо запрещает применять медиацию к коллективным трудовым спорам, т.к. согласно ст. 401 ТК РФ⁴ для этого используется посредник, однако ст. 2 закона «О медиации» прямо указывает, что медиатор – это посредник. Медиация – вид посредничества, а отличие лишь в том, что посредник-медиатор не обладает правомочием консультирования сторон. Исходя из этого, необходимо дать допуск медиаторам к разрешению коллективных трудовых споров.

Медиация открывает широкие перспективы для нормализации делового оборота и снижения нагрузки на судебную систему, однако, особенности отечественного правосознания не позволяют раскрыться данному институту в полной мере. Предложенные изменения позволят повысить эффективность медиации, а также популяризировать данный правовой институт у граждан.

¹ Ст. 1 Федерального закона от 26 июля 2019 года № 197-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // РГ. 2019. № 166.

² Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М., 2011. С. 196.

³ Рашидова А.И., Дарчинян З. М. Эффективность процедуры медиации в трудовых отношениях // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 8. С. 116.

⁴ «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30 декабря 2001 года № 197-ФЗ (в ред. от 01 апреля 2019 года) // РГ. 2001. № 256

Попова Наталья Юрьевна(Сургутский государственный университет)

Особенности ответственности по ст. 264 УК РФ при использовании автономных транспортных средств

Ключевые слова: автономное транспортное средство; транспортные преступления; беспилотник; искусственный интеллект; дорожно-транспортное происшествие

Features of liability on article 264 of the Criminal Code of the Russian Federation when using autonomous vehicles

Keywords: autonomous vehicle; transport crimes; drone; artificial intelligence; traffic accident

Проблемы, поднимаемые в настоящей статье, очень актуальны в наше время. В транспортную инфраструктуру все больше внедряются искусственные интеллектуальные системы, автономные системы управления и даже автономные транспортные средства. Например, уже сейчас широко известны и применяются Lexus RX 450h корпорации Google, беспилотники Яндекс.такси в Москве, Volvo XC90 с системой автономного вождения, электромобили Tesla Model S, Ford Fusion, беспилотники Highway Teammate в Токио, беспилотные автомобили КамАЗ уже проходят испытания на полигонах.

Законодательство также не должно стоять на месте, ему положено меняться в ногу с потребностями общества. Стратегия безопасности дорожного движения в Российской Федерации на 2018 - 2024 годы, утвержденная Распоряжением Правительства Российской Федерации от 8 января 2018 г. № 1-р, одной из основных задач по реализации направления, связанного с совершенствованием улично-дорожной сети по условиям безопасности дорожного движения, включая работы по организации дорожного движения, определяет развитие принципов автоматизации управления дорожным движением на основе высокотехнологичной электронной и мобильной техники, интеграция систем управления дорожным движением в интеллектуальные транспортные системы.

Компания Cognitive Technologies, главный партнер КамАЗа по разработке систем машинного зрения и искусственного интеллекта, еще в 2016 году представила три дорожных знака, обозначающих робомобили: «Внимание, на участке беспилотные транспортные средства», «Начало дорожного участка с участием беспилотного транспорта», «Конец дорожного участка с участием беспилотного транспорта».

Для целей уголовной ответственности по статье 264 УК РФ логично разграничивать два вида транспортных средств с интеллектуальными системами: транспортные средства с элементами автономности и полностью автономные транспортные средства (беспилотники). Первые – это такие транспортные средства, которые все основное время управляются водителем, а при включении некоторых функций могут работать автономно. Например, автомобили, оборудованные системами автономной парковки, круиз-контроля.

Автономные транспортные средства (беспилотники) — это вид транспорта, управление которым полностью автоматизировано и осуществляется без водителя при помощи оптических датчиков, радиолокации и компьютерных алгоритмов. В эту же категорию будем относить автомобили, оборудованные системой «трезвый водитель»,

поскольку такая система исключает вмешательство водителя в управление транспортным средством.

Исходя из предложенной классификации, будет разграничиваться ответственность водителя при причинении тяжкого вреда здоровью человека или смерти. Основную роль при определении границ уголовной ответственности в случае с управлением автономным транспортным средством играет, безусловно, характеристика деяния, как элемента объективной стороны преступления, а также вина субъекта в наступлении последствий.

Профессор А.И. Коробеев указывает, что объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 264 УК РФ, включает в себя помимо прочего нарушение правил безопасности движения или эксплуатации механических транспортных средств. Субъективная сторона преступления имеет сложную конструкцию, но в целом характеризуется как неосторожность¹.

При управлении транспортным средством с элементами автономности объективная сторона состава преступления, предусмотренного ст. 264 УК РФ, будет проявляться в бездействии водителя. То есть, водитель при возникновении угрозы причинения вреда, столкновения не предпринял мер для предотвращения аварии, не взял управление транспортным средством на себя. Соответственно, такой водитель будет нести ответственность наравне с обычным водителем, который самостоятельно управляет своей машиной.

Если же рассматривать ситуацию, что столкновение произошло с участием полностью автономного транспортного средства, то роль лица, находящегося в момент аварии в автомобиле, вообще не имеет значения, поскольку автономный транспорт не предполагает вмешательств со стороны человека в процесс управления. В таком автомобиле все решения на дороге принимает искусственный интеллект. Действия или бездействие оператора автономного транспортного средства не будут иметь правовой квалификации, то есть не будут являться составной частью объективной стороны преступления, предусмотренного ст. 264 УК РФ. В данной ситуации возможно взыскание материального ущерба, компенсации морального вреда, но привлечение к уголовной ответственности лица за нахождение в автомобиле в момент аварии исключено.

Касаемо вины субъекта в наступлении последствий, квалификация также будет различаться в зависимости от типа автомобиля. Если человек принимает решение включить автономный режим в обычном автомобиле (круиз контроль, автопаркинг), он осознает или должен осознавать, что при возникновении опасной ситуации он обязан вмешаться в управление и совершить действия по предотвращению последствий. Следовательно, в такой ситуации неосторожная форма вины, предусмотренная ст. 264 УК РФ, полностью применима к водителю. Если же в ДТП участвует автономное транспортное средство, тем более без органов управления, то вины оператора в наступлении общественно опасных последствий не будет. Он чисто физически не может вмешаться в деятельность искусственного интеллекта. От его психического отношения к ситуации не зависит ровным счетом ничего.

¹ Коробеев А. И. Транспортные преступления и транспортная преступность. М., 2015. С. 156

По сути, если предположить вынесение приговора по ст. 264 УК РФ лицу, управлявшему автономным транспортным средством, правоприменитель придет к объективному вменению, то есть к ответственности без вины. Единственное, в чем может быть виноват оператор беспилотника в такой ситуации, это в покупке и решении использовать искусственный интеллект. Но привлекать за это к уголовной ответственности неправомерно.

Отличие между дорожно-транспортным происшествием с участием беспилотника или обычного автомобиля видно также и по субъекту преступления (общие признаки субъекта преступления присущи и оператору беспилотника)¹, поскольку для использования автономного транспортного средства нет необходимости изучать правила дорожного движения, практиковаться в вождении, получать водительское удостоверение, то есть водитель, в значении, предусмотренном Правилами дорожного движения, не нужен. Достаточно лишь прочесть инструкцию: какую кнопку нажать и как задать маршрут. Поскольку использование автономного транспортного средства исключает вмешательство водителя в управление автомобилем, человек выполняет лишь функцию оператора, задающего основные параметры движения, всю остальную работу выполняет искусственный интеллект. К примеру, Гугл-мобиль не имеет рулевой колонки, а также педали акселератора и тормоза, это своеобразная автономная капсула, в которой человеку отводится роль указателя цели и наблюдателя. К водителю, использующему в обычном автомобиле автономные системы (автопаркинг, круиз-контроль), предъявляются стандартные требования о наличии водительского удостоверения и обязанности знать и соблюдать правила дорожного движения, поскольку такие системы предполагают переход управления от искусственного интеллекта к человеку-водителю при возникновении чрезвычайной (опасной) ситуации. Так, круиз контроль отключается, как только водитель нажимает на педаль тормоза, такое приспособление призвано помочь водителю, но не заменить его на дороге.

Таким образом, при использовании автономных транспортных средств возникает необходимость в иной квалификации деяния, предусмотренного ст. 264 УК РФ. Хотя применительно к той редакции статьи, которая действует в настоящее время, оператор беспилотника будет отвечать на общих основаниях в зависимости от тяжести причиненного автомобилем вреда.

Так, в соответствии с Правилами дорожного движения транспортное средство – это устройство, предназначенное для перевозки по дорогам людей, грузов или оборудования, установленного на нем. Механическое транспортное средство – это транспортное средство, приводимое в движение двигателем. Термин распространяется также на любые тракторы и самоходные машины. Из указанного определения можно сделать вывод, что беспилотник – это механическое транспортное средство в общем виде. По статье 264 Уголовного Кодекса РФ объективную сторону составляет нарушение лицом, управляющим автомобилем, трамваем либо другим механическим транспортным средством, правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств. То есть все нарушения, допущенные автономным транспортным средством, действующим независимо от воли и желания оператора, будут

¹ Шеслер А. В. Состав преступления. Новокузнецк, 2016. С.41.

подпадать под общие требования статьи 264 УК РФ в случае наступления необходимых последствий. Как уже было указано выше, такая ситуация не допустима, поскольку приводит к объективному вменению.

Аналогичным образом в Мичигане закон гласит, что «когда человек приводит автотранспортное средство в движение, то есть находится в положении, создающем значительный риск столкновения, такой человек продолжает управлять транспортным средством до тех пор, пока транспортное средство не вернется в положение, не представляющее такого риска»¹.

Избежать необоснованного привлечения оператора беспилотника к уголовной ответственности поможет только внесение изменений в действующее законодательство.

Предлагается внести изменения в ч. 1 ст. 264 УК РФ и изложить ее в следующей редакции: «1. Нарушение лицом, управляющим автомобилем, трамваем либо другим механическим транспортным средством, за исключением автономных транспортных средств, правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, повлекшее по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью человека, -». Также необходимо дополнить п. 1.2 Правил дорожного движения следующим определением: «Автономное транспортное средство – транспортное средство, управление которым полностью автоматизировано и осуществляется без водителя, либо механическое транспортное средство, двигающееся в режиме, исключающем какое-либо вмешательство со стороны водителя».

Таким образом удастся исключить уголовную ответственность операторов автономных транспортных средств по ст. 264 УК РФ. Безусловно, деяние не останется безнаказанным. За причиненный вред будут наступать иные виды ответственности, например, гражданско-правовая. К такому виду ответственности может быть привлечен как владелец транспортного средства, так и завод-изготовитель, программист и др. Однако уголовная ответственность не допускается в связи с запретом объективного вменения.

¹ Gurney J. K., Driving into the Unknown: Examining the Crossroads of Criminal Law and Autonomous Vehicles // Wake Forest J.L. & Pol'y. 2015, № 5. P. 421.

Уголовно-правовые риски искусственного интеллекта

Ключевые слова: искусственный интеллект, риски, киберугрозы, базы данных.

The criminal law risks of artificial intelligence

Keywords: artificial intelligence, risk, cyber threats, database

1. Увеличение деловой, социальной активности в киберпространстве, цифровая трансформация предпринимательской деятельности и деятельности государственных и муниципальных служб обуславливают актуальность проблем трансформации права в условиях развития цифровых технологий. Значимость изменений и их беспрецедентная динамика изменяет характер угроз собственности, жизни и здоровью человека, организациям, социуму и государству. Противодействие киберугрозам ставит новые задачи перед специалистами по информационной безопасности, требует выработки механизмов правовой защиты, которые позволят опережающими темпами реагировать на криминогенные угрозы в цифровой среде. Одной из малоизученных тем является оценка уголовно-правовых рисков при применении искусственного интеллекта.

2. В настоящее время официального и общепризнанного определения данного понятия не существует. Предпринимаются попытки разделения искусственного интеллекта на слабый и сильный интеллект. Под «слабым» искусственным интеллектом понимается интеллект, который способен выполнять определенные виды задач, которыми он и ограничен. «Сильным» искусственным интеллектом признают реальный и гипотетический тип технологии, который в определенной степени превышает уровень человеческого интеллекта (решение задач любых проблем, подобно человеческому мозгу)¹.

3. Д.В. Смолин предлагает понимать «искусственный интеллект» как систему, компьютерно-моделирующую разумное мышление и поведение человека². Бен Коппин считает, что «искусственный интеллект – это изучение разумных систем». Второе его понятие определяет искусственный интеллект «как, включающее в себя разрешения задач, являющихся частью внутренней структуры сложных систем»³. Тем самым он определяет второе понятие как более полезное при рассмотрении разницы между «слабым» и «сильным» искусственным интеллектом.

4. Уместной считаем проводить аналогию с понятием «человек», поскольку любая норма уголовного права в той или иной степени связана с человеком. Стоит заметить, что применение искусственного интеллекта, как и человеческая деятельность, охватывают широкий круг общественных отношений, при этом необходимость включения данного признака в каждый состав преступления не всегда обоснована. Подобный путь конструирования составов преступлений, направленных на противодействие преступлениям

¹ Legg S., Hutter M. A. Formal Definition of Intelligence for Artificial Systems P. 1. // URL: http://www.vetta.org/documents/universal_intelligence_abstract_ai50.pdf

² Смолин Д. В. Введение в искусственный интеллект. М., 2004. С. 15 – 17.

³ Russell S., Norving P. Artificial Intelligence: A modern approach. Englewood Cliffs, 1995.

в информационной сфере, всегда будет страдать запаздыванием, пробельностью и неспособностью охватить все возможные общественно опасные деяния и их последствия.

5. Попытки криминализации деяний, совершаемых с применением искусственного интеллекта, ставит несколько вопросов. Один из них: искусственный интеллект к субъекту преступления или способу его совершения? Вопрос о правосубъектности сложный, поскольку, наделяя искусственный интеллект разумом и волей, мы автоматически признаем его субъектом уголовного права. Соответственно при использовании слабого интеллекта ответственность возлагается на создавшее его лицо, являющееся непосредственным исполнителем, так как искусственный интеллект выступает лишь в качестве способа совершения преступления. Дискуссию вызывает ответственность при использовании сильного интеллекта, важным фактором является то, насколько разработан данный интеллект. За данным видом интеллекта не стоит человек, не руководит его действиями. Искусственный интеллект, может создаваться с благой целью, которая не противоречит нормам уголовного права, но будет применяться для совершения преступлений.

6. Зарубежная доктрина предлагает краткий перечень жизненных ситуаций и юридических конфликтов, которые могут возникнуть с использованием искусственного интеллекта:

1. аварийные ситуации, связанные с управлением транспортными средствами и организацией их дорожного движения;
2. ошибки при заключении договоров;
3. сбои «в цепочках поставок, производства и розничной логистики»;
4. ошибки в строительных коммуникациях;
5. конфликты нескольких искусственных интеллектов, которые работают друг с другом;
6. ошибки в проведении медицинских процедур, которые проводятся с использованием искусственного интеллекта¹.

7. При использовании искусственного интеллекта в противоправных целях, могут возникнуть следующие риски: 1) подмена адреса доставки в базе данные логического оператора, приводящая к доставке груза преступнику; 2) атака, влекущая отказ в обслуживании информационных систем, которые управляют искусственным интеллектом (роботизированная техника). Происходит срыв в деятельности склада, влекущий простой инфраструктуры, который для многих организаций составляет сотни тысяч рублей; 3) прямые иски со стороны заказчиков и отказ клиентов от услуг, вызванный атакой на систему обслуживания компаний, которые занимаются цепочкой поставок; 4) при сбоях программы либо IT-оборудования, приводящих к временной недоступности распределительных центров, возникает проблемы в виде нарушений условий договора, предусматривающие санкции (штраф); 5) цифровизация муниципальных сервисов (в связи с хулиганскими побуждениями или вымогательством) влечет риск сбоев в управлении транспортными потоками².

¹ Kemp R. Legal Aspects of Artificial Intelligence // URL: <http://kempitlaw.com/wp-content/uploads/2016/11/Legal-Aspects-of-AI-Kemp-IT-Law-v1.0-Nov-2016-2.pdf> (дата обращения: 28.07.2019).

² Арямов А. А., Грачева Ю. В., Чучаев А. И. и др. Девиации в цифровом мире: уголовно-правовое измерение (Часть I). М., 2019. С. 111–121.

8. Искусственный интеллект также может быть использован в противоправных целях, так как злоумышленники могут беспрепятственно приобрести программные и аппаратные компоненты самых мощных систем. Например, Мексиканские наркокартели с помощью беспилотников с заранее введенными данными GPS, при этом отпадает необходимость услуг курьера и оператора¹. Беспилотные дроны с идентичной системой использования были использованы 4 августа 2018 г. в покушении на убийство президента Венесуэлы Н. Мадуро².

9. Исходя из изложенного следует, что данные риски в скором времени будут активно реализовываться в современном мире. Криминализация использования в преступных целях искусственного интеллекта, на наш взгляд, может минимизировать некоторые риски в силу законодательного ограничения применения данной технологии. В данном случае считаем, что стоит провести изучение зарубежного опыта по использованию искусственного интеллекта в сфере противодействия преступности, прогнозирования и профилактики. На данный момент органы правосудия США не только борются с противоправным применением искусственного интеллекта, но и используют его в благих целях. Так, в США имеются аналитические средства для правоохранительных органов i2 (с 2001 г.), цель которых, получение быстрого доступа к информации, которая накоплена правоохранительными органами США. Таким образом с 2007 г. по 2011 г. полиция Северной Каролины снизила количество преступлений на 50%³.

¹ Ларина Е. С. Искусственный интеллект. Большие данные. Преступность. М., 2018.

²См.: Покушение на Мадуро готовили полгода // Российская газета. 6 августа 2018.

³ Овичинский В. С. Технологии будущего против криминала М., 2017.

Информация в сети Интернет как средство доказывания: гражданско-процессуальные аспекты в Республике Беларусь

Ключевые слова: интернет, личная переписка, обеспечение доказательств, гражданский процесс.

Information on the Internet as evidence: civil procedure aspects in the Republic of Belarus

Keywords: the Internet, private correspondence, security of evidence, civil procedure.

1. На современном этапе развития общества интернет-пространство активно используется для совершения гражданско-правовых действий. В связи с этим актуален вопрос об использовании в качестве средств доказывания по гражданским делам материалов, размещенных в сети Интернет.

2. В настоящее время ряд социальных сетей предусматривает функцию редактирования и удаления сообщений и записей, кроме этого, установление личности отправителя сообщения может быть затруднено. Вполне возможна ситуация, когда одно лицо становится жертвой клеветы, распространенной в социальной сети, или подвергается оскорблению.

3. Верховный суд Республики Беларусь разъясняет, что при рассмотрении дел, связанных с защитой чести, достоинства и деловой репутации, а также возмещением морального вреда, под распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию, понимается, в том числе опубликование таких сведений с использованием сети Интернет¹. В такой ситуации для защиты чести и достоинства, а также возмещения морального вреда важно доказать наличие порочащих сведений. Доказательствами могут быть любые сведения о фактах, которые были получены из надлежащих средств доказывания. Законодатель установил исчерпывающий перечень таких средств. Возникает вопрос, к каким средствам доказывание необходимо относить сведения из личных аккаунтов в социальных сетях.

4. Законом Республики Беларусь от 1 июля 2014 г. № 175-З перечень сведений, относящихся к письменным доказательствам, закрепленный ст. 192 Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК), был расширен. В частности, к письменным доказательствам была отнесена общедоступная информация, записанная буквами либо выполненная в форме цифровой, графической записи, размещенная в глобальной компьютерной сети Интернет, полученная в установленном законодательством порядке². Для того, чтобы определить, подходит ли информация из социальных сетей под общедоступную информацию, обратимся к ст. 16 Закона «Об информации, информатизации и защите информации». К общедоступной информации относится информация доступ,

¹ Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 1999 г. № 15 "О практике рассмотрения судами гражданских дел о защите чести, достоинства и деловой репутации".

²Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь 11 января 1999 г. № 238-З.

распространение и (или) предоставление которой не ограничены¹. Очевидно, что информация из личных переписок или аккаунтов в социальных сетях, доступ к которым ограничен определенным кругом людей, не может быть признана общедоступной.

5. К письменным доказательствам отнесены также личная переписка и личные записи граждан **Ошибка! Неизвестный аргумент ключа..** Как представляется, именно к этой категории необходимо относить информацию, публикуемую в личных аккаунтах пользователей социальных сетей.

6. В научных публикациях уже отмечался тот факт, что особенностью информации в сети Интернет является возможность ее редактирования и удаления². В связи с этим, белорусским законодателем был учтен опыт Российской Федерации в данном вопросе, и в 2014 году в Республике Беларусь была введена возможность обеспечения доказательств полученных из сети Интернет с помощью нотариального действия до возбуждения дела в суде (ст. 234 ГПК). Процедура совершения данного действия предусмотрена гл. 19 Закона «О нотариате и нотариальной деятельности». Нотариус может совершить данноенотариальное действие в случае, если существует вероятность последующего затруднения или невозможности предоставления таких доказательств³. На наш взгляд, в ситуации с комментариями, записями и переписками в социальных сетях такая вероятность должна презюмироваться из-за специфики места нахождения доказательств. Нотариусу необходимо произвести осмотр письменного доказательства, после чего составить протокол осмотра **Ошибка! Неизвестный аргумент ключа..**

7. Необходимо добавить, что такой способ обеспечения доказательств возможен только до возбуждения гражданского дела. Основная задача будущего истца – удостоверить правдивость сведений, указанных в личной переписке или личном аккаунте лица, до того, как сведения подвергнутся изменению или будут удалены.

8. Еще один вопрос, который необходимо затронуть – это установление лица, причинившего ущерб чести и достоинству в социальной сети. Во-первых, не всегда владелец аккаунта будет виновен в размещении порочащих сведений – от его имени это может сделать любое лицо, получившее доступ к странице в социальной сети. Во-вторых, установление виновного лица по фамилии и имени не всегда приведет к успешному результату, поскольку при регистрации можно указывать ненастоящие личные данные. То есть факт принадлежности аккаунта определенному лицу также подлежит доказыванию. Вторая ситуация является более простой с точки зрения доказывания, так как на стадии регистрации в социальной сети необходимо указать номер телефона, который привязывается к странице или же адрес электронной почты, который опять же привязан к номеру телефона. При выходе в Интернет в компьютерном клубе или в интернет-кафе личные данные и время пребывания конкретного пользователя за компьютером учитываются и хранятся в компьютерном клубе,

¹Закон Республики Беларусь от 10 ноября 2008 г. № 455-3, в ред. от 11 мая 2016 г. «Об информации, информатизации и защите информации».

²Сысуев Т.В. Допустимость доказательств в процессе: классика и современность // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь.

³Закон Республики Беларусь от 18 июля 2004 г. № 305-3, в ред. от 5 января 2016 г. «О нотариате и нотариальной деятельности».

интернет-кафе¹. В случае, если возникла первая ситуация, в ходе предварительного судебного заседания судья, установив, что иск предъявлен не тому лицу, которое должно отвечать, с согласия истца может заменить ненадлежащего ответчика либо привлечь его в качестве второго ответчика **Ошибка! Неизвестный аргумент ключа..**

9. Таким образом, сведения, размещенные в сети Интернет, которые не носят общедоступный характер, относятся к письменным доказательствам, а именно к такому их виду как личная переписка и личные записи граждан. При возникновении спора о защите чести, достоинства и деловой репутации по такому основанию как распространение порочащих сведений в сети Интернет, заинтересованным лицам необходимо как можно скорее обеспечить доказательства с помощью нотариального действия. При этом возможны ситуации, при которых возникнет необходимость доказать, что владелец аккаунта является лицом, распространившим порочащие сведения, либо необходимо установить личность анонимного распространителя сведений.

¹ Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 10 февраля 2007 г. № 175, в ред. от 10 октября 2014 г. «Об утверждении Положения о порядке работы компьютерных клубов и Интернет-кафе».

Актуальные проблемы выборов президента США: архаичности и недемократичность коллегии выборщиков, отсутствие представительности интересов народа в системе государственных органов.

Ключевые слова: президент США, коллегия выборщиков, избирательная система

Pressing issue of the US presidential election: archaic and undemocratic nature of Electoral College, lack of representativeness of the interest of the people in the government hierarchy.

Keywords: president of USA, electoral college, electoral system

1. Источником власти в каждом демократическом государстве является народ, и осуществление его власти происходит путем формирования выборных органов, чьей целью является осуществление представительства интересов населения. В условиях современного демократического государства выборы — его основополагающий механизм, основная форма проявления суверенитета народа. Выборы должны обеспечивать право граждан государства оказывать непосредственное влияние на политику государства, а избранные представители должны быть представителями действительного большинства граждан, которые принимают участие в выборах. Соединённые Штаты Америки всегда считались и продолжают считаться государством, с высоким уровнем демократии, одним из основополагающих принципов демократии является сменяемость власти, выборность её представителей путём открытых, свободных и равных выборов. При этом в США, на протяжении более двух столетий существует традиция избрания президента через коллегию выборщиков, практические результаты действия этой системы ставят под сомнение основные идеи демократии и в частности, то, что президент должен представлять интересы большинства населения¹.

2. Создание коллегии выборщиков отцами-основателями Конституции США, рассматривалось как одно из средств, обеспечивающих недопустимость или, по крайней мере, сведения к минимуму возможности будущих президентов США занимать свой пост путём подкупа, интриг или силы². Кроме того, создатели Конституции США полагали, что только высокообразованные, уважаемые люди смогут сделать действительно правильный выбор для пользы государства. Однако первые же расхождения между замыслом создателей Конституции США и практикой появились уже в 1800 году и были связаны с порядком избрания Президента США. Предполагалось избрание Президента США при помощи независимых, несвязанных партийными обязательствами выборщиками. Попытка отцов-основателей рассматривать выборщиков как свободных агентов и полное игнорирование политических партий в проведении выборов привели к быстрому и неминуемому краху первоначальной конструкции избрания президента.

¹ Edwards G. C. Why the Electoral College is Bad for America: Third Edition // Yale University Press. 2019.

² Кудряшов К. В., Санькова А. А. Обеспечение легитимности президентской власти в США: историко-правовой аспект проблем // Концепт. 2018, № 10.

3. Сегодня члены Коллегии выборщиков выбираются политическими партиями, и они, как ожидается должны голосовать в соответствии с политикой собственной партии вне зависимости от их собственного мнения о кандидатах. При написании конституции подразумевалось, что при помощи коллегии выборщиков будет обеспечено участие всего населения страны в выборах президента Соединенных Штатов. Таким образом, население представлено через выборщиков и каждый получает право на выражение своего мнения. Сегодня, однако, дела обстоят иначе, многие крупные штаты отдают предпочтение определенной политической партии и для победы на выборах кандидатам необходимо обратить внимание на те штаты, где такого четкого предпочтения нет¹. Коллегия выборщиков должна гарантировать однозначность результата выборов и отсутствие необходимости в повторном голосовании.

5. Процедура избрания президента США достаточно сложна и запутана², в том числе и в вопросе ее правового регулирования. На уровне штатов отсутствует единообразие источников избирательного права. Следствием законодательной дифференциации выборов главы государства является отсутствие единого общегосударственного органа по их проведению в стране. Обязанности по содействию в проведении выборов главы государства возложены на органы и учреждения страны различных уровней, в частности федеральный уровень, уровень штатов, уровень местной власти. Вместе с тем, основная обязанность по подготовке и проведению выборов президента США возложена именно на органы и учреждения местной власти. Это обусловлено тем, что именно они формируют избирательные участки и избирательные комиссии в зависимости от особенностей территориального деления и проводят процедуру голосования, подсчета голосов и оглашение результатов выборов. Будущий президент США может быть выдвинут одной из политических партий либо быть самовыдвиженцем. Однако шансы независимого кандидата крайне малы, а существенных успехов на выборах такие кандидаты пока не достигали.

6. Сама процедура избрания главы государства состоит из двух этапов. В первый вторник после первого понедельника ноября високосного года рядовые американцы выбирают президентских выборщиков, которые непосредственно и будут голосовать за президента США. Всего 538 выборщиков, а их число от каждого штата равно числу его представителей в Конгрессе. Таким образом, чем больше штат, тем больше выборщиков, а следовательно, и активнее борьба кандидатов в этом штате. Таким образом, налицо неравенство голосов избирателей, чего в государстве с демократическими принципами не должно быть. Так, в крупный штатах один голос выборщика равен примерно 600 тыс. избирателей, в то время как в более мелких – около 200 тыс. Коллегия выборщиков избирает президента США в первый понедельник после второй среды декабря того же года, что и всенародные выборы. Чтобы стать главой государства, кандидат должен получить абсолютное большинство голосов выборщиков, т.е. не менее 270 из 538 голосов³.

7. Выборщики голосуют за того кандидата, которого поддержал штат, однако данное

¹ Hartman S. H. How the president gets elected. New York, 2005.

² Быкова Е. А. Президент Соединенных штатов Америки: особенности избрания // Общество и право. 2013, № 2 (44).

³ Breslin B. From words to worlds: Exploring constitutional Functionality / The Johns Hopkins Series in Constitutional Thought // JHU Press. 2009.

правило носит негласный характер и законодательно нигде не закреплено. В одних штатах по традиции, а в других по закону их выборщики должны голосовать за того кандидата, который набрал наибольшее число голосов избирателей в их штате. Около половины штатов обязывают выборщиков голосовать за избранного кандидата. Но за нарушение этого обязательства выборщику грозит всего лишь штраф. Например, в штате Вашингтон - 1000 долларов. И в масштабах выбора президента государства это не играет существенной роли. Законы остальных штатов не предусматривают никаких ограничений на голосование.

8. Вероятность того, что система выборщиков будет отменена в ближайшем будущем невысока. Это объясняется тем, что Конституцию США можно отнести к числу "жестких" конституций, так как процесс ее изменения и внесения поправок крайне сложен. Так, из больше 11000 проектов поправок за более чем двухсотлетний период было принято только 27. Таким образом, фактически невозможно внести поправку и, следовательно, внести какие-либо изменения в конституцию. Отцы-основатели сделали процесс внесения поправок трудным, по причине того, что хотели зафиксировать политические сделки, которые сделали ратификацию Конституции возможной. Кроме того, они считали, что для успешного функционирования правительства основные правила должны быть стабильными. Тогда было сложно представить, что население страны увеличится почти в 75 раз, следовательно, увеличилось и число членов в парламенте, что сделало процедуру принятия поправки практически невозможной, ведь большему числу людей сложнее единогласно принять то, или иное решение. Сложность формирования коалиций, способных преодолеть строгие пороговые значения для голосования за внесение поправок, возросла в геометрической прогрессии. Также крайне важным является тот фактор, что американский народ чтит конституцию своего государства и не рассматривает вариант о ее несовершенстве.

9. Однако совершенно очевидно, что ситуация, при которой кандидат получает голоса всех выборщиков определенного штата при получении 51% голосов, должна быть изменена. Для этого не нужно принимать поправку к Конституции США, а всего лишь нужно внести поправки в законодательства штатов. На сегодняшний день учеными были предложены некоторые варианты развития института выборщиков: делить голоса выборщиков пропорционально полученным кандидатами голосам. Например, если кандидат получает 60% голосов определенного штата, то он получает соответствующее этому проценту число выборщиков, а не все голоса. Отдавать все голоса выборщиков штата кандидату, который набрал больше всего голосов избирателей в масштабах всей страны. В настоящий момент рассматривается законопроект National Popular Vote Interstate Compact (NPVIC)¹, целью которого является применение второго варианта. Сегодня активно ведется кампания по продвижению данного билля и есть вероятность, что в случае принятия закона данный метод будет применен на выборах в 2020 году.

¹См.: Официальный сайт данного билля. URL: <https://www.nationalpopularvote.com/>.

Теоретические конструкции жилищной (поэтажной) собственности

Ключевые слова: теории, жилищная собственность, многоквартирный дом, часть дома

Theoretical constructions of apartment (storey) ownership

Keywords: theories, apartment ownership, apartment building, part of building

1. Жилищная (поэтажная) собственность как правовая форма, в которую облакаются отношения собственности в многоквартирных домах, имеет широкое распространение в современных правовых системах. Идея единоличной собственности на горизонтально выделенные части здания существует издревле. Правовой институт поэтажной собственности получил широкое распространение в средневековой Германии и на протяжении долгого времени развивался в рамках обычного права. Научное рассмотрение данного института началось, главным образом, только в 19 веке. Весьма спорным был вопрос о правовой форме поэтажной собственности. В науке возникли различные конструкции для правового оформления права поэтажной собственности.

2. Принцип «*superficies solo cedit*» широко рассматривался как требование юридической логики, не допускающее исключений. Романисты считали юридически недопустимым горизонтальное разделение здания, в результате которого горизонтально выделенные части здания (помещения, этажи) принадлежали разным собственникам. На базе принципа присоединения для правового оформления отношений поэтажной собственности была создана теория суперфициарного права (*Superfiziarechtstheorie*). Точка зрения о применимости конструкции суперфициарного права к отношениям поэтажной собственности представлена, главным образом, Мандри¹.

3. Поскольку принцип «*superficies solo cedit*» отвергал допустимость единоличной собственности на горизонтально выделенные части здания, в рамках теории общей собственности (*Miteigentumstheorie*) поэтажная собственность была сконструирована как общая собственность, раздел которой был исключен для обеспечения постоянства отношений общей собственности, а отдельные части здания (помещение, этаж) отдельным сосособственникам были предоставлены в исключительное пользование². Данная теория лежит в основе так называемой конструкции «ненастоящей поэтажной собственности» (*unechtes Stockwerkseigentum*).

4. Согласно теории особой собственности (*Sondereigentumstheorie*) на материальную часть здания существует отдельное настоящее право собственности³. Данная теория лежит в основе так называемой конструкции «настоящей поэтажной собственности» (*echtes*

¹См.: Mandry. Gibt es Sondereigentum (dominium divisum) an einzelnen Stockwerken oder einzelnen Gelassen eines Hauses? // Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung mit Einschluss der Administrativjustiz. Stuttgart, 1870. Bd. 13. S. 211.

²Werner M. Das. Wohnungseigentum im System des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1979. S. 39.

³См.: Kohl G. Stockwerkseigentum: Geschichte, Theorie und Praxis der materiellen Gebäudeteilung unter besonderer Berücksichtigung von Rechtstatsachen aus Österreich. Berlin, 2007. S. 227.

Stockwerkseigentum). В рамках теории особой собственности здание и земельный участок под ним выступают как самостоятельные объекты собственности. К зданиям и земельным участкам применяется единый подход в вопросе реальной делимости. При реальном разделе земельных участков достаточно простого обозначения границ для дальнейшей индивидуализации частей земельного участка и признания их объектами права собственности¹. Таким же образом в отношении зданий допускают возможность реального раздела посредством проведения во внутреннем пространстве здания мысленных вертикальных и горизонтальных линий, ориентированных на стены и потолки².

5. В литературе в качестве варианта этой концепции упоминается так называемая «строгая» теория особой собственности³, согласно которой поэтажная собственность включает в себя только собственность на часть здания без какого-либо отношения к земле⁴. В основном сторонники теории особой собственности исходят из того, что на земельный участок и на те части здания, которые должны использоваться совместно (например, капитальные стены, крыша, лестница), существует право общей собственности, неразрывно связанное с правом единоличной собственности на помещения.

6. Соотношение элементов жилищной собственности трактуется по-разному. Чаще всего в жилищной собственности видят «особым образом оформленную общую собственность». Общая собственность выдвигается на передний план, а особая собственность интерпретируется как ее составная часть⁵. Также в литературе встречается мнение о том, что особая собственность находится на переднем плане, в то время как доля в общей собственности должна быть ее составной частью⁶. Два элемента жилищной собственности рассматриваются и как равноценные. Некоторые авторы видят в синтезе особой собственности и доли в общей собственности новое вещное право, которое классифицируется как «право sui generis» или «право, приравненное к земельному участку»⁷.

7. Согласно теории совместной собственности (Gesamthandstheorie) связь особой собственности с долей в общей собственности на общее имущество, которое включает в себя не только земельный участок и его составные части, но также принадлежности и предметы административного имущества, трактуется как совместная общность⁸.

8. В настоящее время существует два вида гражданско-правового режима многоквартирного дома: настоящая и ненастоящая жилищная собственность⁹. В большинстве

¹См.: Girtanner W. Die Rechtsstellung der Sache und der Eigentumsbegriff mit besonderer Rücksicht auf Sachgesamtheiten (universitates rerum), Accession und Miteigentum // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Jena, 1859. Bd. 3. S. 284.

²См.: Thun N. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Stockwerkseigentums : Ein Beitrag zur deutschen Privatrechtsgeschichte. Hamburg, 1997. S. 37.

³См.: Schröder R. Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht. Heidelberg, 1896. S. 31.

⁴Werner M. Op. cit. S. 40.

⁵Ibid. S. 162.

⁶См.: Börner B. Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des Bürgerlichen Rechts // Vom Deutschen zum Europäischen Recht. Tübingen, 1963. Bd. 1. S. 216.

⁷Werner M. Op. cit. S. 162.

⁸Ibid. S. 40.

⁹Суханов Е.А. «Жилищная (этажная) собственность» в европейских правовых порядках // Проблемы реформирования Гражданского кодекса России : Избранные труды 2008-2012 гг. М., 2013. С. 349.

современных право порядков встречается конструкция настоящей жилищной собственности, в основе которой лежит теория особой собственности, отклоняющаяся от классических принципов гражданского права. Жизненные отношения часто сложно заключить в жесткие рамки правовых догм. Кунтце отмечает, что человек технически объединяет движимое имущество с недвижимым, ему приходится искать юридическую формулу для сконструированной связи. При нахождении решения следует применять не юридическую логику, но интуицию, которая исходит из оценки всех соответствующих обстоятельств во взаимосвязи со всей культурной жизнью¹.

¹Kuntze J. E. Die Kojengenossenschaft und das Geschoßeigentum. Leipzig, 1888. S. 61.

АДВОКАТСКАЯ ТАЙНА: ОХРАНЯЕМА ЛИ ЗАКОНОМ?

Ключевые слова: адвокатская тайна, адвокат, обыск, выемка

ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE: PROTECTED BY LAW?

Keywords: attorney-client privilege, attorney, search, seizure

В своей профессиональной деятельности адвокат обладает целым рядом законодательно закрепленных гарантий, направленных на обеспечение базовых принципов правового государства, таких как: право на судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ) и логически вытекающих из него принципа состязательности в рамках судебного процесса (ст. 15 УПК РФ, 12 ГПК РФ), а также права на квалифицированную юридическую помощь (ст. 48 Конституции РФ). Подтверждение этому можно найти в правовой позиции Конституционного Суда РФ, согласно которой адвокат осуществляет особую публично-правовую функцию, «реализуя тем самым гарантии права каждого на получение квалифицированной юридической помощи»¹. В связи с вышесказанным, законодатель установил в ФЗ от 31.05.2002 №63 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» понятие адвокатской тайны - особой гарантии принципов независимости, законности и самоуправления, лежащих в основе важнейшего института гражданского общества - адвокатуры.

Согласно статье 8 этого Закона, адвокатской тайной признаются все сведения, полученные адвокатом в связи с оказанием юридической помощи своему доверителю. При этом важно понимать, что даже в случае, когда адвокат не взял на себя защиту того или иного лица, все сведения, полученные от этого лица, а также сам факт его обращения подпадают под режим охраняемой законом адвокатской тайны.

Подтверждение статуса охраняемой законом тайны сведений, полученных адвокатом, можно найти в Указе Президента от 06.03.1997 №188 «Об утверждении Перечня сведений конфиденциального характера», пункт 4 которого указывает на особый характер профессиональной тайны адвоката, доступ к которой ограничен на основании Конституции и федерального законодательства². Логично предположить, что законодатель обязуется предусмотреть ряд гарантий, направленных на предотвращение посягательств в отношении адвокатской тайны.

Так, вышеупомянутая статья закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» устанавливает запрет на допрос адвоката в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с осуществлением профессиональной деятельности. Кроме того, предусматривается обязательная санкция суда на проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката.

¹ Федеральный закон от 31.05.2002 №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.09.2019).

² Указ Президента РФ от 06.03.1997 №188 (ред. от 13.07.2015) «Об утверждении Перечня сведений конфиденциального характера» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.09.2019).

Вопросы применения таких мер относительно адвоката не раз были предметом жалоб, рассматривавшихся в Конституционном Суде (далее - КС РФ). Определение КС РФ от 22.03.2012 №629-О-О содержит уточняющее указание на необходимость получения судебного решения только в ситуации применения к адвокату оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, непосредственно затрагивающих сферу его профессиональной деятельности¹. Иными словами, правило об обязательности судебного решения по вышеобозначенному вопросу не действует в случае наличия у органов предварительного расследования достаточных оснований (или желания) подозревать защитника в совершении преступного деяния. Такое правомочие дознавателя, следователя может нарушить действие адвокатской тайны, поставив под угрозу конфиденциальность информации по делам доверителей в ходе, к примеру, бесосновательного обыска, поведенного без предварительного судебного контроля.

Иное знаковое решение КС РФ вынес 17.12.2015 в ходе проверки конституционности некоторых положений Уголовно-процессуального Кодекса РФ (далее - УПК РФ), посвященных правилам о производстве следственных действий, в частности, обыска и выемки в отношении предметов и документов, которые содержат адвокатскую или иную охраняемую законом тайну². Подтвердив важность института адвокатской тайны во взаимоотношениях защитника и доверителя, КС РФ сформулировал ряд новых процессуальных гарантий. Во-первых, суд, давая согласие на проведение обыска и выемки, в помещениях, используемых для адвокатской деятельности, обязан максимально конкретно обозначить отыскиваемые предметы. Во-вторых, правомерный характер материалов адвокатского производства презюмируется. В-третьих, в ходе обыска следователь не вправе изымать и изучать адвокатские производства и применять к ним средства фото- и видеофиксации. Также в описательно-мотивировочной части решения КС РФ указал на право законодателя предусмотреть дополнительные способы и механизмы, которыми будет обеспечиваться неприкосновенность материалов адвокатской тайны в ходе проведения такого следственного действия как обыск.

Вслед за рассмотренным Постановлением КС РФ, в апреле 2017 года вступили в силу поправки к УПК РФ. В новой редакции закона появился дополнительный вид недопустимых доказательств. К ним относятся «предметы, документы или сведения, входящие в производство адвоката по делам его доверителей, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий» (ст.75). Кроме того, была введена статья 450.1, закрепляющая особенности производства обыска, выемки в отношении адвоката. Так, такие следственные действия могут иметь место только в случае возбуждения уголовного дела в отношении адвоката, а также привлечения его в качестве обвиняемого по иному уголовному

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 22.03.2012 №629-О-О "об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Абдулхамидова Ахмедшапи Гамзатовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 8 и 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», а также статей 7, 29 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.09.2019).

² Постановление Конституционного Суда РФ от 17.12.2015 №33-П "по делу о проверке конституционности пункта 7 части второй статьи 29, части четвертой статьи 165 и части первой статьи 182 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан А.В. Баляна, М.С. Дзюбы и других" // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.09.2019).

делу. После получения санкции суда обыск или выемка производятся в присутствии члена совета адвокатской палаты субъекта, или иного лица, уполномоченного президентом этой адвокатской палаты¹.

Указанные поправки, по-нашему мнению, справились с задачей обеспечения охраны адвокатской тайны на уровне правового регулирования. Однако, видны нарушения предписаний закона на ином уровне - в сфере правоприменения (см. например Определения Конституционного Суда РФ от 29.05.2018 №1343-О, 28.06.2018 №1468-О, 11.04.2019 №863-О).

В ходе специального заседания Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека были сформулированы итоговые Рекомендации с учетом данных Федеральной палаты адвокатов. В них подтверждается распространенность и рост таких несоблюдений законодательства, как: «посягательства на адвокатскую тайну, вызовы адвокатов на допрос по делам их доверителей, обыски в помещениях, занимаемых адвокатами, различные способы воспрепятствования участию адвоката в деле, преследование адвоката»². В качестве одного из возможных решений сложившейся проблемы Совет предлагает введение института уголовной ответственности за воспрепятствование профессиональной деятельности адвоката. В таком случае использование должностным лицом своего служебного положения может выступать в качестве квалифицирующего признака состава преступления.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 №174-ФЗ (ред. от 02.08.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2019) // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.09.2019).

² Рекомендации Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека по итогам специального заседания на тему: «О роли адвокатуры в правозащитной деятельности» [Электронный ресурс] // Официальный сайт Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека [<http://president-sovet.ru/>] // URL: <http://president-sovet.ru/documents/read/384/> (дата обращения: 25.09.2019).

Конституционный запрет на дискриминацию женщин

Ключевые слова: конституционный принцип равенства полов, дискриминация в отношении женщин, дискриминация в сфере брачно-семейных отношений

Constitutional prohibition on discrimination of women

Keywords: constitutional principle of gender equality, discrimination against women, discrimination in the sphere of marriage and family relations

Целью исследования является выявление проблем, связанных с реализацией конституционного принципа равенства полов в современном мире.

Пункт 3 статьи 19 Конституции Российской Федерации гласит: «Мужчина и женщина имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации». Важно отметить, что конституционный принцип наличия у мужчин и женщин равных *возможностей* для реализации прав и свобод был закреплен в нашей стране впервые именно Конституцией 1993 года, в то время как равенство прав и свобод мужчин и женщин было закреплено уже во всех в советских конституциях.

При этом некоторые особенности в регулировании правового статуса женщин всё же необходимы. В соответствии с позицией Конституционного Суда РФ, Конституция Российской Федерации, гарантирующая в статье 19 равенство прав и свобод человека и гражданина, вместе с тем не препятствует федеральному законодателю устанавливать различия в правовом статусе принадлежащих к разным категориям лиц, если эти различия являются оправданными и обоснованными, соответствуют конституционно значимым целям¹.

Таким образом, нормы российского законодательства, в целом, и конституционные нормы, в частности, не содержат каких-либо дискриминационных положений в отношении женщин и их прав. Вместе с тем, исследователями отмечается, что российское законодательство не содержит стройного механизма защиты равноправия женщин². Также следует отметить, что Российская Федерация занимает лишь 49-е место по Индексу гендерного развития³. Это говорит о том, что нашей стране ещё предстоит много работы для достижения как юридического, так и фактического равенства между мужчиной и женщиной.

На международном уровне существуют достаточно мощные механизмы борьбы с дискриминацией: международно-правовые акты, которые устанавливают обязанность государств-участников устранять на своих территориях существующую дискриминацию в

¹Постановление Конституционного Суда "По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона "Об акционерных обществах" в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан" от 15 марта 2005 г. № 3-П // Российская газета. 2005 г. № 57.

²Конституция Российской Федерации. Доктринальный комментарий (постатейный) / Под ред. Дмитриева Ю. А., Скуратова Ю. И. 2-е изд. М., 2013. С. 77.

³Gender Development Index (GDI) // UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Reports // URL: <http://hdr.undp.org/en/indicators/137906> (датаобращения: 31.03.2019).

отношении женщин (Конвенция о защите прав человека и основных свобод¹, а также Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин²), а также такой орган судебного контроля, как ЕСПЧ, в который лица, ставшие жертвами дискриминации, могут обжаловать действия государств-участников, не соответствующие взятым ими на себя обязательствам. Эти механизмы помогают привести к относительному единообразию в области недискриминации во всех государствах-участниках Конвенции № 34/180 и ЕКПЧ.

Дело Текели Юнал против Турции³ было выбрано в качестве примера для того, чтобы показать, в какой сфере общественной жизни на данный момент вопрос о дискриминации женщин стоит наиболее остро. В XXI веке такой сферой является не трудовая, и даже не политическая, а брачно-семейная.

Предметом рассмотрения дела являлись нормы турецкого законодательства, устанавливающие запрет представительницам женского пола носить свою девичью фамилию после вступления в брак. Текели Юнал перед вступлением в брак проходила стажировку в адвокаты, а после - стала практикующим адвокатом. Она считала, что обжалуемые нормы причинили вред её профессиональной деятельности и дискриминировали её по сравнению с представителями мужского пола, которые оставляют свою добрачную фамилию и после вступления в брак.

В данном решении Европейского Суда следует обратить внимание на позицию Суда о том, при каких условиях государство имеет право проводить различие между мужчинами и женщинами: статья 14 не запрещает различия в обращении, которые основаны на объективной оценке существенно различных фактических обстоятельств и которые, исходя из общественных интересов, обеспечивают справедливый баланс между защитой интересов общества и уважением прав и свобод, охраняемых Конвенцией (пункт 51 рассматриваемого решения). Если же разумной пропорциональности между используемыми средствами и целью для их реализации не существует, имеет место нарушение 14 статьи ЕКПЧ (пункт 50).

Таким образом, в настоящее время вопрос об устранении дискриминации в отношении женщин наиболее остро стоит именно в сфере брачно-семейных отношений. Причина её зачастую заключается в обычаях и традициях, действующих в конкретном обществе, которые больше всего влияют именно на частную жизнь человека. Однако из этого не следует, что государство не должно искать новых, более эффективных средств для борьбы с дискриминацией даже в такой частной и сугубо личной сфере жизни, как брачно-семейные отношения. В силу особенности данного вида отношений, предпринимаемые государством меры должны носить не принудительный, а рекомендательный, воспитательный и агитационный характер.

¹Конвенция "О защите прав человека и основных свобод" от 4 ноября 1950 № 005 // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998 г. № 14. Ст. 1514.

²Конвенция "О ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин" от 18 декабря 1979 № 34/180 // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1981 г. № 1.

³Application no. 29865/96, Case of Ünal Tekeli v. Turkey, Judgment of 16 November 2004.

Чащина Ирина Александровна(Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»)

Порошина Александра Александровна(Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»)

О проблеме доступа несовершеннолетних к суду присяжных заседателей

Ключевые слова: суд присяжных заседателей, несовершеннолетние, сравнительное правоведение, судебная реформа, справедливое судебное разбирательство

Access of teens to jury trials

Keywords: jury trial, teens, comparative law, judicial reform, fair trial

1. Согласно толкованию Комитета по правам ребенка ООН, когда решение по делу должно быть принято, необходимо учитывать, как оно будет влиять на конкретного несовершеннолетнего. Процесс принятия судебных решений должен включать оценку возможного влияния (положительного или отрицательного) решения о ребенке или о затрагиваемых детях. Обоснование решения должно показать, что интересы ребенка были явно приняты во внимание¹. Данной позиции придерживаются и национальные суды, например, Конституционный суд Чехии, в течение долгого времени, подчеркивал необходимость принимать во внимание интересы ребенка и всех действий в отношении ребенка, в том числе судебных решений.

2. Согласно требованиям ч. 2 ст. 420 УПК РФ, производство по уголовному делу о преступлении, совершенном несовершеннолетним, осуществляется в общем порядке (с учетом главы 50 УПК РФ), однако изменения в УПК РФ лишили несовершеннолетних права на доступ к суду присяжных заседателей.

3. В этой связи, за период с 2014 по 2017 гг. в Конституционный суд поступили несколько жалоб от граждан по вопросу права несовершеннолетних на суд присяжных, в том числе жалоба от гражданина В.А. Филимонова. По обращению В. Филимонова, Конституционный Суд озвучил позицию, что рассмотрение судом дела в отношении несовершеннолетнего по новым правилам дают подсудимому новые гарантии, такие как рассмотрение дела тремя профессиональными судьями и возможность пересмотра решения в апелляции. Тогда как приговор суда присяжных, напротив, нельзя пересмотреть в связи с несоответствием выводов суда фактическим обстоятельствам дела. Таким образом, Конституционный Суд Российской Федерацией признал конституционной норму, отменяющую право несовершеннолетних на суд присяжных заседателей.

4. Однако, с течением времени, позиция Конституционного Суда Российской Федерации претерпела изменения, и несовершеннолетние в России получили еще один шанс. Этот «шанс» описывается делом А. Дунаева, который совершив преступление группой лиц, подал ходатайство о рассмотрении его дела судом присяжных несмотря на то, что вместе с ним обвинялись в совершении преступления и несовершеннолетние. По данному случаю, Конституционный Суд Российской Федерации озвучил позицию, заключающуюся в том, что

¹ General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as primary consideration, dated 29 May 2013, CRC/C/GC/14, § 6, similarly § 29

право на рассмотрение дела судом присяжных не входит в ядро основных прав, и может изменяться федеральным законодателем, и данное ограничение не может рассматриваться как ограничение права на судебную защиту. При этом, в связи высокой значимостью института суда присяжных, его конституционному характеру, недопустим односторонний отказ от данной формы судопроизводства в России при рассмотрении дел по тем конкретным составам преступлений, где данная форма уже предусмотрена¹.

5. Резюмируя, Конституционный Суд Российской Федерации подчеркнул, что невозможно ограничить конституционное право совершеннолетнего гражданина, который в законном порядке избрал суд с участием присяжных заседателей, даже с учетом того, что одновременно с ним в данной процедуре примут участие несовершеннолетние граждане, которые такого права в России лишены. Иное решение повлекло бы за собой недопустимое ограничение права гражданина, предусмотренное Конституцией Российской Федерации в порядке, определенном федеральным законодательством Российской Федерации².

6. В защиту позиции ограничения несовершеннолетних в праве на суд присяжных заседателей, правоприменители высказывают позицию, что проведение судебной процедуры в отношении несовершеннолетнего требует особый уровень конфиденциальности. В целях обеспечения конфиденциальности судебного процесса в случаях, когда рассматриваются дела о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими возраста шестнадцати лет, допускается проведение закрытого судебного разбирательства по решению суда, который также вправе по ходатайству стороны или по собственной инициативе удалить несовершеннолетнего подсудимого из зала судебного заседания на время исследования обстоятельств, способных оказать на него отрицательное воздействие, с обязательным сообщением ему по возвращении в зал судебного заседания в необходимом объеме и форме содержания судебного разбирательства, происшедшего в его отсутствие, и предоставлением возможности задать вопросы лицам, допрошенным в его отсутствие (пункт 2 части второй статьи 241 и статья 429 УПК РФ). Кроме того, согласно части восьмой статьи 335 УПК РФ, сведения о личности подсудимого подлежат исследованию с участием присяжных заседателей лишь в той мере, в какой они необходимы для установления отдельных признаков состава преступления, в совершении которого подсудимый обвиняется. В соответствии же с частью третьей статьи 346 данного Кодекса последствия обвинительного вердикта, в том числе касающиеся назначения наказания, когда особое значение приобретает исследование полных сведений о личности несовершеннолетнего, должны обсуждаться без участия присяжных заседателей³.

7. По нашему мнению, необходимо обеспечить доступ несовершеннолетних к суду присяжных заседателей, так как реализация этого института несет важнейший воспитательный характер для гражданина, обеспечивает несовершеннолетнему доступ к суду с высоким уровнем проявления принципов справедливого судопроизводства в России. Также,

¹ Решение Конституционного суда Российской Федерации // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision403355.pdf>. (дата обращения 09.09.2019 г.)

² Там же.

³ Дудко А., Неймарк М. А. Конституционный Суд Российской Федерации о Суде Присяжных в районных судах // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/konstitutsionnyy-sud-rossiyskoj-federatsii-o-sudeprisyazhnyh-v-rayonnyh-sudah>. (дата обращения 09.09.2019 г.).

представляется важным, при формировании суда присяжных на уровне районных судов, необходимость учитывать мультикультурные особенности жителей конкретного региона и национальный состав региона. Представляется, что сформулированные предложения могут дополнить уже существующий в процессуальном законодательстве механизм отбора присяжных заседателей, а также смогут стать основой дальнейших научных исследований.

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

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

Проблемы участия адвоката в процессе доказывания на досудебной стадии уголовного судопроизводства

Ключевые слова: адвокат, доказывание, уголовный процесс, досудебное производство

Issues arising in case the counsel is present in the process of procuring evidence during the pre-trial in criminal proceedings

Keywords: counsel, get proof, criminal procedure, pre-trial proceedings

1. В настоящее время ученые и практики в области уголовного судопроизводства широко обсуждают концепцию «параллельного расследования» в теории доказательств. Конкретно адвокату, как единственному профессиональному участнику со стороны защиты, предлагается предоставить право не только собирать доказательства, но и своими действиями придавать им процессуальную форму. По факту адвокат становится самостоятельным субъектом в доказывании, что сегодня уголовно-процессуальный закон не допускает. Несмотря на то, что УПК РФ¹ достаточно серьезно расширил возможности защиты на предварительном следствии, он принципиально не изменил инквизиционный характер этой стадии. Следует помнить, что на ступеньках досудебного производства принцип состязательности и равенства сторон не работает. Адвокату дали право собирать доказательства, но не предоставили никакого механизма придания им процессуальной формы. Сразу же необходимо уточнить: уголовно-процессуальный закон не дает определения понятия «собрание», он лишь указывает кем (государственно-властными органами) и каким образом (с помощью следственных и иных процессуальных действий) оно осуществляется. Поэтому чаще используют термин «формирование» для обозначения процесса преобразования полученной адвокатом информации и приданию ей надлежащей процессуальной формы уполномоченными органами.

2. На наш взгляд, современная российская уголовно-процессуальная система не нуждается в кардинальных изменениях, достаточно добиться устойчивости адвокатского статуса и привести механизмы реализации его прав в действие. Поэтому в нашей работе мы выбрали концепцию совершенствования уже существующих статусных прав адвоката в процессе доказывания на этапе предварительного расследования.

3. Доказывание – это деятельность по собиранию, проверке и оценке доказательств, для установления обстоятельств, имеющих значение для дела. Согласно части 3 статьи 86 УПК закрепляются пути, с помощью которых адвокат может собирать доказательства: получения предметов, документов и иных сведений; опроса лица с их согласия; истребования документов от органов государственной власти и других организаций и объединений. Пункт

¹ «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 02.08.2019).

3 статьи 6 ФЗ «Об адвокатуре»¹ устанавливает аналогичные полномочия. Стоит отметить, что названный перечень нельзя назвать слишком ограниченным или недостаточным для осуществления адвокатом своих функций. Перечисленные правомочия создают адвокату возможность получить сведения, на основе которых им могут быть заявлены соответствующие ходатайства о приобщении полученных материалов к делу, но отсутствие на практике состязательных механизмов приобщения и исследования данных материалов в досудебном производстве и гарантий их достоверности ставит острую проблему легитимности процедуры их получения. Отнесение следователя и дознавателя к стороне обвинения при том, что данные лица должны в равной степени исследовать доказательства и в пользу, и против обвинения, номинальность прокурорского надзора за предварительным следствием ввиду отсутствия рычагов влияния на действия следователя ставит под угрозу независимость, объективность и своевременность получения адвокатом необходимых материалов.

4. Институты адвокатского опроса, запроса, получения документов и предметов на деле оказываются недостаточно эффективными по ряду причин: ограниченный спектр действия адвокатского запроса, чрезмерно длительный срок его исполнения, отсутствие минимальных стандартов процедур опроса и собирания документов порождают у суда сомнения в результатах достоверности таких материалов и позволяют следственным органам произвольно трактовать их результаты. Конкретная необходимость в информации, полученной адвокатом, возникает, когда потенциальный свидетель своевременно не допрошен следователем и вступает в дело в судебном производстве, однако уже не помнит относимые к делу события спустя определенный промежуток времени или вообще не является в судебное заседание для подтверждения показаний. И тогда просто необходимо использовать информацию, полученную адвокатом, как минимум из адвокатского опроса, который не обладает ни процессуальной формой, ни достоверностью таких сведений лица.

5. Такое положение дел приводит к мысли о необходимости повышения гарантий доказательственной значимости материалов, собранных адвокатом, в двух основных направлениях: создание более эффективного режима использования правомочий адвоката через совершенствование механизма адвокатского опроса, сбора адвокатом предметов и документов и создание стимулов для своевременного приобщения следователем адвокатских материалов, отвечающим критериям относимости и допустимости к материалам дела.

6. Отсутствие регулирования порядка использования адвокатом своих статусных прав по собиранию доказательств или сведений об их источниках является одной из причин необоснованного отказа государственно-властными органами в приобщении доказательств к материалам дела в связи с чем, по нашему мнению, нуждается в более четкой регламентации. При создании такой процедуры предельно важно следовать критериям ясности, точности, разумности и удовлетворению функций адвокатской деятельности и адвокатуры во избежание риска избыточного и формального регулирования, при котором *de jure* положение есть, *de facto* осуществить его затруднительно или невозможно. На наш взгляд, необходимо документарное закрепление процедуры добровольной передачи адвокату предметов и

¹ Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.2002 N 63-ФЗ.

документов, которые могут быть признаны вещественными доказательствами. Также уместно будет предусмотреть правило о видеофиксации такой передачи.

7. Решением проблемы эффективности института адвокатского запроса может быть сокращение времени его исполнения до 10 дней и повышение размера административной ответственности за нарушение сроков исполнения. Статус адвокатского запроса просто не может быть приравнен к гражданскому запросу, адвокат имеет особый правовой статус, а значит его возможности должны соответствовать такому статусу. Одна из причин неэффективности запроса – его ограниченность. Речь идет о невозможности получения информации, содержащую любую охраняемую законом тайну, в связи с чем расширение действия запроса было бы целесообразным, при этом следует помнить о правах лиц, чьи интересы затрагиваются таким изменением. Необходимо расширить поле судебного контроля на досудебной стадии посредством наделения адвоката правом ходатайствовать перед судом о запросе нужных ему сведений если следователь отказал в таком запросе.

8. Институт адвокатского опроса лиц с их согласия представляет собой достаточно творческое полномочие. Круг лиц, которых может опрашивать адвокат стоит ограничить только потенциальными свидетелями, которые не предупреждаются об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний или за дачу заведомо ложных показаний, но предупреждаются о том, что могут быть допрошены властными органами на основании опроса и тогда данная информация будет являться доказательством по делу. Сегодня адвокаты используют протокол для фиксации результатов опроса, но мы предлагаем приобщать к материалам дела исключительно видео или аудиопротокол опроса. Цель адвоката – убедить следствие и суд в том, что лицо обладает относимой к делу информацией и его необходимо привлечь к процессу. Затем адвокат может ходатайствовать о приобщении результатов опроса лица с его согласия с заявлением о привлечении соответствующего лица в качестве свидетеля.

9. Еще раз обратим внимание, для того чтобы механизмы реализации полномочий адвоката заработали, не требуется менять систему, стоит внести в закон некоторые уточнения, и тогда уже можно говорить о состязательности и равноправии сторон в суде. К закону стоит относиться трепетно, оценив все риски и возможности, прежде чем вносить в него изменения, глобально меняющие всю систему в целом.

Недобросовестное поведение стороны арбитражного (третейского) разбирательства как основание для отказа в праве на возражение

Ключевые слова: третейский суд, арбитрабельность, публичный порядок, эстоппель, отказ от права на возражение.

The party's to the arbitration proceedings unfair behavior as a ground for refusal of the right to object

Keywords: arbitration court; arbitrability; public order; estoppel; waiver of the right to object

1. Третейское разбирательство принято рассматривать в качестве наиболее развитого альтернативного способа разрешения споров.¹ Необходимым условием для эффективного функционирования законодательства об арбитраже является предсказуемость и единообразие в его применении². Только при таком положении достигается правовая определенность, которая, как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, обеспечивает конституционное равноправие, право на судебную защиту и предотвращает произвол.³

2. Правовая определенность существенно страдает в случае, когда одна из сторон арбитражного соглашения избирает в качестве основного средства защиты недобросовестную практику заявления «запоздалых» возражений против компетенции третейского суда, то есть таких возражений, которые впервые озвучиваются в ходе рассмотрения в государственном суде заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда или об отмене такого решения. Подобная недобросовестная тактика значительно удлинняет процесс разрешения спора и влечет процессуальные издержки для добросовестной стороны. В этой связи заслуживают внимания дела, в которых суды не пресекают подобного рода злоупотребления.

3. Фабула таких дел проста. Одна из сторон договора, содержащего третейскую оговорку, предъявляет иск в предусмотренный соглашением третейский суд; ответчик, не возражая против компетенции третейского суда, проигрывает спор по существу, а в ходе производства по выдаче исполнительного листа или отмене решения заявляет о неарбитрабельности спора и нарушении его рассмотрением в порядке арбитража публичного порядка ввиду использования при исполнении спорного материально-правового договора финансирования из публично-правового бюджета.

¹ Альтернативное разрешение споров / под ред. Е. А. Борисовой — М., 2019. С. 326. Арбитражный процесс: Учебник / отв. ред. В. В. Ярков П М., 2017. Раздел V. Глава 21. § 1. П. 1. // СПС «КонсультантПлюс».

² Курочкин С. А. Реформа арбитража в России: общие подходы к оценке эффективности нового законодательства // Закон. 2017. № 9. С. 65 – 76 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Например, п. 4 Постановления Конституционного Суда РФ от 18.11.2014 № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пункта 2 части 3 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О некоммерческих организациях» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Сбербанк России»; Постановление Конституционного Суда РФ от 17.01.2019 № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 19.1 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации» в связи с жалобой гражданина Е.Г. Финкельштейна».

4. Какими должны быть действия государственного суда при рассмотрении такого явно «запоздалого» возражения? Судебная практика и правовая доктрина выработали ряд инструментов для противодействия противоречивому поведению – эстоппель (*non concedit venire contrafactum proprium*) и отказ от права на возражение. Концепция отказа от права на возражение традиционно закрепляется в международных¹ и российских² нормативных источниках. В российской арбитражной доктрине отмечается, что сторона утрачивает право ссылаться на несоблюдение какой-либо диспозитивной нормы применимого законодательства, если из ее действий другая сторона могла разумно предположить, что вышеупомянутая сторона отказалась от возможности ссылаться на такое несоблюдение.³ Зарубежная третейская доктрина рассматривает указанные институты как частное проявление принципа добросовестности, запрещающее противоречивое поведение.⁴ В практике высших судов России правило эстоппель также находит выражение: так, лицо, впервые ссылающееся на своевременно раскрытые факты пристрастности арбитра лишь в ходе производства по выдаче экзекватуры, признается недобросовестным и фактически отказавшимся от подобных возражений.⁵

5. Вместе с тем сложности в применении эстоппеля возникают при запоздалой ссылке проигравшей стороны на неарбитрабельность спора либо на нарушение публичного порядка рассмотрением такого спора в третейском суде. Известно всего три постановления арбитражных судов кассационной инстанции, в которых судебные коллегии не приняли «запоздалые» возражения проигравшего ответчика.⁶ Примечательно, что единственное из этих постановлений, которое было обжаловано в Верховный Суд РФ, было им отменено в связи с неправильным применением норм процессуального права.⁷ В сентябре 2019 года Верховный Суд РФ предоставил юридическому сообществу повод вернуться к описанной проблеме, вновь заняв позицию ответчика, «вспомнившего» о неарбитрабельности спора и нарушении его рассмотрением в арбитраже публичного порядка лишь после проигрыша дела в третейском суде.⁸ Последнее дело примечательно тем, что истец, прежде чем обратиться в третейский суд, заявил требование в суд государственный, тем самым, видимо, желая проверить арбитражное соглашение на действительность и исполнимость, а

¹ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (Принят в г. Нью-Йорке 21.06.1985 на 18-ой сессии ЮНСИТРАЛ), ст. 4.

² Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», ст. 4.

³ Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Научн. ред.: О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов. М., 2018. С.616-619.

⁴ Gaillard E., Savage J. Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration. Hague. Boston. London. 1999. P. 420. Para. 1462.

⁵ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений. П. 11. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 24.02.2015 по делу № 304-ЭС14-495, А67-1587/2014

⁶ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 12.12.2017 № Ф09-7220/17 по делу № А71-13600/2017; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.07.2017 № Ф07-6774/2017 по делу № А56-77163/2016; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 17.01.2017 № Ф05-14369/2015 по делу № А40-188599/14.

⁷ Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 28.07.2017 по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014.

⁸ Определение Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 18.09.2019 № 307-ЭС19-7534.

своего контрагента – надбросовестность. Оба теста оказались провалены: сперва арбитражный суд по ходатайству ответчика оставил исковое заявление без рассмотрения, далее тот же самый арбитражный суд, чье определение поддержала судебная коллегия Верховного Суда РФ, отказал в выдаче исполнительного листа по возражениям, которые ответчик в третейском суде не заявлял. Таким образом, истец вовсе был лишен судебной защиты, понес невозполнимые процессуальные издержки, а также значительные временные затраты. В обоих приведенных определениях высшей судебной инстанции «запоздалым» являлось возражение о наличии оснований для отмены арбитражного решения (отказа в выдаче исполнительного листа), которые проверяются по инициативе государственного суда вне зависимости от заявления лиц, участвующих в деле (основания *ex officio*): нарушение публичного порядка и неарбитрабельность спора (ч. 4 ст. 233 АПК РФ, ч. 4 ст. 239 АПК РФ). Поэтому, по мнению Верховного Суда РФ, момент заявления ответчиком об основаниях *ex officio* правового значения не имеет, а его субъективная недобросовестность не может лишить суд полномочий применить соответствующие основания.

6. Описанная позиция Верховного Суда РФ, хотя и является формально верной, на наш взгляд вызывает ряд принципиальных возражений. В классическом понимании, разделяемом в правовых системах с развитыми традициями международного гражданского процесса, оговорка о публичном порядке, охватывающая в том числе понятие арбитрабельности – средство для исключительных случаев,¹ которое применяется лишь тогда, когда нарушение основополагающих принципов является очевидным для судьи как профессионального правоприменителя, то есть не требует осуществления процесса доказывания. Подобное понимание закреплено как в международных², так и в национальных правовых актах,³ где указывается, что нарушение публичного порядка должно быть «явным». Из аналогичного понимания исходит зарубежная судебная практика и арбитражная доктрина.⁴ Иными словами, для применения оговорки о публичном порядке решение должно «поразить судью как неверное с силой незамороженной тухлой рыбы пятинедельной давности».⁵ Именно очевидность нарушения предопределяет его применение по инициативе суда.

7. Вместе с тем в последние годы Верховный Суд РФ применительно к неарбитрабельности (нарушению публичного порядка) дел по спорам из обязательств с бюджетным финансированием активно развивал позицию об обязанности лица, ссылающегося на неарбитрабельность (нарушение публичного порядка), доказать подобное

¹ Van den Berg A.J. The New York Convention of 1958: An Overview. 2003 // URL: http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview. P.13.

² См., например, п. 1 ст. 5 Конвенция о признании и приведении в исполнение решений, касающихся алиментных обязательств (Заключена в г. Гааге 02.10.1973) (с изм. от 23.11.2007) // СПС «КонсультантПлюс».

³ Sec. 4 (1)§ 328 Zivilprozessordnung. UrsprünglicheFassungvom: 30. Januar 1877 (RGBl. S. 83). LetzteÄnderungdurch: Art. 11 G vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745, 2753) // <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.

⁴ Silberman L.-J., Yaffe N. The U.S. Approach to Recognition and Enforcement of Awards After Set-Asides: The Impact of the Pemex Decision // NELLCO Legal Scholarship Repository. 2017 № 6. P. 5-8. Varady T., Barcelo J., Kroll S. International Commercial Arbitration a Transnational Perspective. St. Paul, MN. 2015. P. 1208.

⁵ Давыденко Д. Л., Хизунова А. Н. Значение и функции оговорки о публичном порядке в иностранном и российском праве // «Закон». 2013, № 2. С 34.

нарушение.¹ Наличие такой обязанности вполне объяснимо, поскольку суд действительно не может без дополнительных доказательств установить наличие бюджетного финансирования, так как этот факт не является очевидным. Следовательно, подобные обстоятельства не должны охватываться оговоркой о публичном порядке, исключающей оценку субъективной добросовестности ответчика.

8. В заключение резюмируем, что Верховный Суд РФ, чрезмерно расширяя содержание оснований *ex officio* до обстоятельств, которые таковыми не являются в силу своей правовой природы, выдает одной из сторон третейского разбирательства «карт-бланш» на злоупотребление правом, вследствие чего успех всей процедуры разрешения спора ставится в зависимость от воли одной стороны. Подобная практика не способствует популяризации арбитража в России. В то же время ряд судов пресекают недобросовестное поведение, такие позиции необходимо отстаивать как в доктринальном, так и в практическом поле.

¹См., например, Определение Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 11.07.2018 № 305-ЭС17-7240. Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 26.03.2018 № 305-ЭС18-1324 по делу № А40-98819/2017.

Эволюция права

2020

Абрамова Надежда Владимировна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

О тенденциях общественного развития на примере института залога недвижимого имущества

Ключевые слова: Российская империя, XIX век, залог, недвижимость, поляки.

ON TENDENCIES OF SOCIAL DEVELOPMENT ON THE EXAMPLE OF THE MORTGAGE OF REAL ESTATE

Key words: Russian Empire, XIX century, mortgage, real estate, poles

1. Данная статья посвящена специальным нормам регулирования института залога в отношении лиц польского происхождения в Российской империи в XIX веке, которые иллюстрируют противоречия интересов между государством и частью общества.

2. Этапы развития института залога недвижимого имущества в Российской империи являются молчаливыми свидетелями эволюции права. Изменение правовых норм во многом связано с событиями, которые происходят в стране и геополитической ситуацией в целом. Интерес для исследования представляют специальные нормы регулирования института залога в России, которые иллюстрируют противоречия интересов между государством и частью общества. Предметом данного исследования является вопрос практического применения и толкования законов в Российской империи в отношении лиц польского происхождения при залоге недвижимого имущества во второй половине XIX века.

3. В 1815 году в состав Российской империи входит Царство Польское. Для России включение нового региона в состав империи становится источником беспокойств вплоть до 1917 года: часть поляков, в основном шляхта, стремится к восстановлению независимости в границах Речи Посполитой, «т.е. с включением в ее территорию литовских, белорусских, украинских и даже русских земель»¹, что является причиной восстаний 1830-1831 и 1863-1864 годов. Если в 1832 году у Польши еще остается значительная административная автономия, то после 1863 года завершается полное слияние польских губерний с остальными областями империи². Таким образом, польские восстания являются отправными точками, которые «поставили поляков в положение неблагонадежных подданных» и, как следствие, их лишают возможности увеличивать свое материальное благосостояние приобретением новых земель³. Речь идет об указе от 10 декабря 1865 г. о воспрещении лицам польского происхождения вновь приобретать помещичьи имения в девяти западных губерниях⁴,

¹ Андреева Н.Н., Ващенко А.В., Звонарев А.В. Правовой статус Царства Польского в составе Российской империи. М. 2015. С. 16.

² Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. I. СПб., 1892. С. 136-137.

³ Ковалевский М.М. Очерки по истории политических учреждений России. Перевод с разрешения автора А. Баумштейна под ред. Е. Смирнова. СПб., 1908. С. 219.

⁴ Указ именной о воспрещении лицам польского происхождения вновь приобретать помещичьи имения в девяти западных губерниях; о предоставлении высланным из Западного края владельцам секвестрированных имений права продавать или променять, в двухгодичный срок, свои имения в этом крае лицам русского происхождения, и вообще о порядке совершения актов на переход имений в Западном крае к русским владельцам от 10 декабря 1865 г. // Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ). Собрание второе (12 декабря 1825 – 1 марта 1881 г.). Т. 40. Ч. 2. СПб., 1867. № 42759.

который вводит изъятия из общего правила о правоспособности лиц к совершению сделок с недвижимым имуществом, в том числе при залоге недвижимости, причиной чего является именно указанное стремление к восстановлению Польши «от можа до можа».

4. Отметим, что под термином «лица польского происхождения» длительное время правительство понимает «... одну национальность, а не религию, но уже в 1869 и 1870 гг. генерал-губернаторы этого края отказывали в праве приобретения земли лютеранам, женатым на католичках, на том основании, что по смерти родителей имение может перейти к их детям католического вероисповедания»¹. Таким образом, по мере изменения политической ситуации толкование данного термина претерпевает изменения и толкуется чиновниками максимально широко.

5. В основу указа от 10 декабря 1865 г. ложатся выводы особой комиссии, которая рассмотрела донесения министру государственных имуществ генерал-губернаторов северо- и юго-западных губерний. В материалах содержатся предложения относительно мер к водворению русского элемента в Западном крае. Оговорим, что термин «Западный край», а также термины «западные губернии», «западные окраины» стали использоваться с 1840 года, когда по велению императора Николая I названия «литовские губернии» и «белорусские губернии» перестали использоваться в административной номенклатуре, при этом, соответствующая территория официально именовалась Северо-Западным краем, а Киевская, Волынская и Подольская губернии составили Юго-Западный край².

6. В 1863 году М.П. Погодин по поводу западных губерний пишет, что «польский наносной элемент должен быть там непременно уменьшен, ослаблен, если даже не уничтожен – иначе нет нам мира и нет нам покоя никогда»³. В выводах особой комиссии указывается, что в девяти западных губерниях на десятиmillionное население, преимущественно малороссийское, белорусское и частью литовско-жмудское имеется весьма ничтожное по численности население польского происхождения, состоящее в основном из помещиков и мещан, которое дает всему краю характер польский и мешает остальному населению, правильно развиваться и пользоваться, наравне с прочими подданными, многими предпринятыми реформами. Один из аспектов проблемы состоит в корпоративной замкнутости владения недвижимостью, не допускающей проникать к себе никакую другую национальность и особенно русскую. Особая комиссия полагает, что правительство должно прибегнуть к такой мере, которая, посредством устранения лиц польского происхождения от прав приобретать вновь имения в Западном крае, не стесняя законных прав владения нынешних польских помещиков, окончательно преградила бы возможность усиления сего класса⁴.

¹ Ковалевский М.М. Указ. соч. С. 221.

² Карнишина Н.Г. Западные губернии Российской империи: проблемы государственно-правового устройства // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Гуманитарные науки. История. 2012. № 3 (23). С. 14.

³ Погодин М.П. Сочинения. Т. V. Статьи политические и польский вопрос (1856-1867). М., 1876. С. 389.

⁴ Указ именной о воспрещении лицам польского происхождения вновь приобретать помещичьи имения в девяти западных губерниях; о предоставлении высланным из Западного края владельцам секвестрированных имений права продавать или променять, в двухгодичный срок, свои имения в этом крае лицам русского происхождения, и вообще о порядке совершения актов на переход имений в Западном крае к русским владельцам от 10 декабря 1865 г. // Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ). Собрание второе (12 декабря 1825 – 1 марта 1881 г.). Т. 40. Ч. 2. СПб., 1867. № 42759.

7. На основании выводов комиссии, император Александр II повелевает, чтобы впредь до окончательного устройства Западного края, посредством достаточного усиления в нем числа русских землевладельцев, воспретить лицам польского происхождения вновь приобретать помещичьи имения в девяти западных губерниях. С момента объявления указанного постановления все совершенные после того акты и сделки, находящиеся в пределах этих губерний, признаются недействительными. В тот же день, 10 декабря 1865 г., издается еще один указ, который содержит дополнения и пояснения к закону о воспрещении лицам польского происхождения вновь приобретать помещичьи имения в девяти западных губерниях. Так, например, разъясняется, что «никакой закон обратной силы не имеет»¹.

8. Правовое значение указов от 10 декабря 1865 г. стоит рассматривать через призму геополитических интересов Российской империи. Ряд исследователей справедливо полагают, что один из аспектов государственно-правовых отношений западных губерний и России заключается в их значении для внешней безопасности империи, так как польские провинции расположены на границе и становятся ближайшим объектом и ареной борьбы враждующих держав². В этой связи указы от 10 декабря 1865 г. были не только карой для лиц польского происхождения, но и способом обеспечения безопасности приграничных районов России, посредством заселения указанных территорий верными подданными. Идея безопасности границ – это одна составляющих нормативно-правовых актов от 10 декабря 1865 г. Таким образом, интерес государства по охране и защите своей территории ставится выше права собственности, которое зависит от проводимой правительством политики.

9. По прошествии времени, выясняется, что, суды по-разному толкуют и применяют нормы указа от 10 декабря 1865 г. Данный вопрос становится предметом рассмотрения в Государственном совете. Министр юстиции в 1871 г. докладывает обер-прокурору гражданского кассационного департамента Сената о том, что министерство юстиции располагает сведениями, согласно которым, в судебных установлениях юго-западного края не существует однообразия применения указа от 10 декабря 1865 г. в отношении закладных, совершаемых в пользу лиц польского происхождения на расположенные в том крае помещичьи имения. Согласно материалам, одни окружные суды полагают, что эти акты не могут быть совершаемы в пользу означенных лиц, другие признают, что указ от 10 декабря 1865 г. не препятствует упомянутым лицам принимать в залог земельную собственность. В виду этого министр юстиции поручает обер-прокурору вынести на рассмотрение гражданского кассационного департамента вопросы толкования и применения упомянутого указа.

10. В итоге в 1882 г., Правительствующий Сенат рассматривает следующие вопросы: первый о том, могут ли вообще быть принимаемы в залог лицами польского происхождения помещичьи имения, находящиеся в Западном крае, и второй касается таких имений, которые приобретены лицами русского происхождения с использованием льгот, преимуществ или пособий, даже если на таких имениях нет никаких долгов.

¹ Указ именной о пояснении и дополнении постановления касательно обязательной продажи или промена польских имений в Западном крае от 10 декабря 1865 г. // Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ). Собрание второе (12 декабря 1825 – 1 марта 1881). Т. 40. Ч. 2. СПб., 1867. № 42760.

² Карнишина Н.Г. Правовой статус Царства Польского в оценке русских дореволюционных государствоведов // Юридический записки. 2013. № 2. С. 32.

11. По первом вопросу Правительственный Сенат разъясняет, что, исходя из смысла данного постановления, лица польского происхождения ограничиваются исключительно в праве вновь приобретать помещичьи земли в западных губерниях. Указ от 10 декабря 1865 г. содержит изъятия из общего правила о полной правоспособности лиц к совершению сделок с недвижимым имуществом. Подчеркивается, что этот ограничительный закон не подлежит распространительному толкованию. Несмотря на то, что в залог могут принимать только те, кому дозволено по праву их состояния владеть таким имуществом, к лицам польского происхождения данная норма применяться не может, так как они ограничены в праве вновь приобретать помещичьи имения не по праву их состояния, а из-за их происхождения. При этом, Правительствующий Сенат признает вообще право принимать в залог помещичьи имения в западных губерниях за лицами польского происхождения, усматривая, что по правилам устава гражданского судопроизводства залогодержатель вправе в случае публичной продажи заложенного имения после обращения взыскания на имение и до публичной продажи вступить во временное владение описанным заложенным имением. Также залогодержателю принадлежит право оставления заложенного имения за собой, если торги не состоялись или если на торгах была предложена цена за имение ниже той, в которой имение заложено. Таким образом, залогодержатели, лица польского происхождения, принявшие в залог помещичьи имения, находящиеся в Западном крае, пользоваться ими не могут. Ограничения, связанные с невозможностью для залогодержателя польского происхождения вступать в владение заложенным имением, не являются препятствием к принятию ими в залог недвижимых имений, так как такие случаи прямо предусмотрены в законах Российской империи. Таким образом, залогодержатель нес все риски, связанные с залогом недвижимого имущества.

12. По второму вопросу Правительствующий Сенат указывает, что имения, которые приобретались с использованием льгот, преимуществ, пособий, согласно действующему законодательству, безусловно запрещается продавать, закладывать или иным образом передавать лицам польского происхождения.

13. Правительствующий Сенат счел необходимым разъяснить, что в местностях, где от 10 декабря 1865 г. воспрещено приобретение помещичьих имений лицам польского происхождения и последние могут принимать такие имения в залог, но при условии, что в случае просрочки по закладной, они не имеют права ни вступать во временное владение такими имениями, ни оставлять их за собою на торгах. Имения, приобретенные по льготным правилам от 5 марта 1864 г. и инструкции 23 июля 1865 г. не могут быть отдаваемы в залог лицам польского происхождения ни если они были первыми приобретателями такого имения, ни наследниками, ни правопреемниками, «хотя бы на означенных имениях не числилось долгов за покупку имения, как казенного, так и по ссудам». Определение Сената по состоялось 25 января 1882 г., а 27 сентября 1882 г. издается указ гражданского кассационного департамента по вопросу о праве лиц польского происхождения принимать в залог помещичьи имения, находящиеся в местностях, в коих им 10-го декабря 1865 г. воспрещено приобретение таковых¹.

¹ Сборник циркулярных указов министерства юстиции. Издание 2-е. Составлен по распоряжению Г. Министра Юстиции В.В. Поповым. СПб. 1890. С. 394-397.

14. На примере рассмотренной практики применения указа от 10 декабря 1865 г. при разрешении вопросов залога недвижимости прослеживается ряд условий и формально, и фактически влиявших на изъятия из общих положений о правоспособности лиц к совершению сделок с недвижимым имуществом, в первую очередь, их благонадежность, которая в данном случае была связана с их национальностью и конфессиональной принадлежностью. Для поддержания порядка на землях, расположенных в непосредственной близости от государственных границ ограничения в правах тех или иных категорий населения, объективно продиктованные защитой интересов государства, являются проверенным и эффективным методом, но подразумевающим при необходимости серьезное ущемление интересов подданных.

Александров Георгий Александрович(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Сложноструктурные модели права собственности и их применимость в российском гражданском законодательстве

Ключевые слова: вещные права, право собственности, российское гражданское право.

COMPLEX STRUCTURAL MODELS OF PROPERTY RIGHTS AND THEIR APPLICABILITY IN RUSSIAN CIVIL LAW

Key words: property rights, ownership, civil law

1. Право собственности прошло в своем развитии большой путь, начиная от простейших ее форм, например, собственности на пойманную в реке рыбу, убитое на охоте животное, заканчивая современным понятием собственности, которое дано в том числе в российском гражданском законодательстве. Безусловно, содержание этого права менялось в зависимости от времени и места, даже сейчас разные правовые порядки по-разному определяют сущность этого права. Если в некоторых странах признана так называемая «упрощенная» (элементарная) модель права собственности, то в других существуют более сложные конструкции, при которых у одной вещи может быть два или даже больше собственников.

2. Несмотря на закрепленную гражданским законодательством модель «одна вещь – один собственник», отдельные ученые утверждают, что такой подход устарел и не отвечает развивающимся гражданско-правовым отношениям. По их мнению, российский правовой порядок нуждается в признании сложноструктурных моделей собственности, известных еще римскому праву (Богданов Е.В.)¹. Однако есть и противники такого подхода (Маттеи У., Суханов Е.А.), которые считают такие модели права собственности чуждыми континентальному правовому порядку².

3. Цель данного эссе – определить, применимо ли к российскому правовому порядку моделирование права собственности как сложной конструкции, в частности известной концепции расщепленной (разделенной) собственности. Для этого необходимо обратиться к истории этого понятия и его нормативного закрепления и применения в других странах.

4. Начать, как и полагается, стоит с Древнего Рима. Как известно, в римском праве существовало выражение «*dominium non divisum*», что значит неделимость права собственности. Несмотря на мнения Ф.К. фон Савиньи и А.Ф. Тибо об отсутствии в римском праве расщепленной собственности, реально и фактически существовали сложноструктурные конструкции, как например «*dominium duplex*» и «*proprietas – ususfructus*»³. Разберем их более подробно.

¹ Богданов Е.В. Моделирование права собственности в гражданском законодательстве Российской Федерации // Государство и право. 2000. №11.

² Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 316.

³ Савельев В.А. Сложноструктурные модели римской собственности и российское право собственности // IVSANTIQUVM. Древнее право. 1. (8). 2001. С. 132.

5. *Dominiumduplex* – одна из форм расщепленной собственности. На ее существование указывают Институции Гая¹. Эта конструкция появилась в результате деятельности претора и носила временный характер. Такая ситуация имела место, когда собственник отчуждал манципируемую вещь не путем совершения определенных формальных сделок (*iniurecessio*, *mancipatio*), а путем простой передачи вещи (*traditio*). До истечения срока давности (1 год для движимых вещей и 2 года – для недвижимых) отчуждающий оставался собственником вещи по квинритскому праву, а покупатель был бонитарным² собственником и получал защиту претора. Таким образом, на одну вещь было два титула: по праву квинритов и по преторскому праву, что подтверждает наличие в данном случае разделенной модели собственности.

6. Другим случаем существования сложноструктурной модели собственности является устойчивая конструкция «*proprietas – ususfructus*». Не вдаваясь в подробности разницы понятий «*proprietas*» и «*dominium*», следует в наиболее общем и упрощенном виде отметить, что они оба означали право собственности, но первое по содержанию и правомочиям было уже. Причем содержание понятия «*proprietas*» можно понять только через его связь с понятием «*ususfructus*». Узуфрукт (право пользования и извлечения плодов) являлся ограниченным вещным правом, которое устанавливалось на вещь наряду с другим вещным титулом – «*proprietas*». У фруктуария и проприетария были определенные обязанности перед друг другом, в суть которых вдаваться не стоит. Несмотря на точку зрения, согласно которой «*proprietas – ususfructus*» рассматриваются как связка права собственности и ограниченного вещного права, более корректно говорить именно о существовании двух титулов с исключительными правами и скоординированными обязанностями³.

7. Исходя из вышесказанного, уникальным образом сосуществующие системы гражданского права и преторского права дают нам наглядные образцы существования в римском частном праве как элементарной, так и сложноструктурных моделей собственности.

8. В Средние века глоссаторами с целью поиска институтов и норм, применимых к неизвестным в Древнем Риме феодально-вассальным отношениям было разработано деление права собственности на *dominiumutile* и *dominiumdirectum*. Первое принадлежало тем, кто имел право на *reivindicatioutilis* (в римском праве - эмфитевт и суперфициарий), а второе относилось ко всем, кто имел *reivindicatiodirecta* (в римском праве - собственники, даже в том случае, если их вещи были обременены эмфитевзисом или суперфицием).

9. Теперь стоит обзорно посмотреть на сложные модели собственности в англо-американском правопорядке. Институт доверительной собственности называется траст, что буквально означает доверие. Суть его в том, что учредитель доверительной собственности передает свое имущество управляющему, который выступает в имущественном обороте в роли собственника, но полученный доход отдает выгодоприобретателю. Таким образом,

¹Институции Гая = *GaiInstitutionumcommentarii*quattuor : текст, пер. с лат., коммент. / Под общ. ред. проф. Д. В. Дождева. – Москва : Статут, 2020. – С. 31.

²Стоит заметить, что римские юристы не знали названий «преторская» или «бонитарная» собственность, эти названия были впервые использованы византийским юристом Теофилом.

³Савельев В.А. Сложноструктурные модели римской собственности и российское право собственности // *IVSANTIQUVM*. Древнее право. 1. (8). 2001. С. 135.

сразу три лица обладают правом собственности на вещь¹. Кроме того, в американском праве есть и другие сложноструктурные модели собственности, например, кондоминиумы, а также право собственности на время («timesharing»)².

10. Сторонники концепции сложной модели собственности апеллируют к опыту классического римского права, институтов средневекового права, а также к англо-американскому правопорядку. Они утверждают, что сохранение малоподвижного и упрощенного подхода к праву собственности ведет к разрыву между правом и действительностью, а также тормозит экономические отношения, не давая им необходимой правовой базы.

11. Такой точки зрения придерживается, в частности, уже упомянутый в начале профессор Богданов Е.В. Он подкрепляет ее следующими аргументами. Во-первых, судьба неделимого фонда общества потребительской кооперации, который при её ликвидации должен быть передан другим обществам, а не распределён между пайщиками³. При этом союзы потребительских обществ имеют право издавать обязательные указания для входящих в их состав обществ, соответственно, в ситуации, когда пайщики не примут добровольного решения, союзы потребительских обществ могут потребовать передачи имущества неделимого фонда другому обществу. Таким образом, автор приходит к выводу о том, что сами общества являются де-факто подчиненными собственниками имущества неделимого фонда, а союзы потребительских обществ – верховными собственниками⁴. Однако для расщепленной собственности важно, что каждый из собственников обладает правами именно в отношении имущества, а в указанном выше примере речь идет о праве давать указания, которые создают определенную обязанность для общества.

12. Во-вторых, Богданов Е.В. считает, что при сдаче юридическим лицом наличных денег в банк, владелец счета будет считаться верховным собственником, а банк – подчиненным⁵. Однако такая точка зрения вряд ли имеет право на существование, поскольку автор забывает о том, что в данной ситуации нет тождественного объекта права собственности. Деньги таковым быть признаны не могут, так как при их сдаче владельцем банку, право собственности переходит к последнему, банк же может выдать их другому лицу или сдать в Центральный Банк РФ, таким образом утратив на них право собственности, а клиент при этом не может сохранить своего права «главного» собственника. Более верной, на мой взгляд, является позиция Суханова Е.А., который считает, что право собственности в данной ситуации переходит банку, а за владельцем счета признается право требования, которое носит уже не вещно-правовой, а обязательственный характер⁶.

¹Гражданское право : учебник : в 4 т. /отв. ред. Е. А. Суханов. -2-е изд. перераб. и доп. - Москва: Статут, 2019. Т. II. – С. 47-48.

²Тягай Е.Д. Модели права собственности в современном праве США // Вестник РУДН, серия Юридические науки. 2009. №4. С. 45.

³ Закон РФ «О потребительской кооперации в РФ» в ред. ФЗ от 2 июля 2013 г. N 185-ФЗ // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992 г. N 30. Ст. 1788

⁴Богданов Е.В. Моделирование права собственности в гражданском законодательстве Российской Федерации // Государство и право. 2000. №11. С. 19.

⁵Богданов Е.В. Моделирование права собственности в гражданском законодательстве Российской Федерации // Государство и право. 2000. №11. С. 19-20.

⁶Вещное право: научно-познавательный очерк / Е. А. Суханов. - Москва: Статут, 2017. – С. 44.

13. Возвращаясь к институту траста важно отметить, что за ним стоит многовековая практика системы прецедентов, и его слепое заимствование может привести к плачевным результатам (например, слабая защищенность не обладающего компетентностью собственника). Важно сказать, что правомочия учредителя траста и выгодоприобретателя находятся в сфере действия «права справедливости», в то время как правомочия управляющего лежат в плоскости «общего права», что невозможно себе представить в рамках континентального правопорядка¹. Кроме того, в англо-американском праве нет единого права собственности, а траст скорее даже не разделяет, а соединяет различные по юридической природе правомочия².

14. Сказанное выше позволяет прийти к выводу о том, что российскому гражданскому праву чуждо понимание права собственности как сложноструктурного явления. Все возможные практические ситуации адекватно регулируются действующим законодательством. Случаи, когда необходимо признать несколько прав на одну вещь, успешно решаются разработанной еще немецкими учеными в XVIII - XIX вв. теорией ограниченных вещных прав. Кроме того, существует разные права в плоскости обязательственного права, например, доверительное управление чужим имуществом. При этом важно заметить, что необходимо вести международный диалог, направленный на изучение иностранных моделей права собственности с целью поиска вариантов для улучшения и развития нашего законодательства.

¹Вещное право: научно-познавательный очерк / Е. А. Суханов. - Москва: Статут, 2017. – С. 81.

²Гражданское право : учебник : в 4 т. /отв. ред. Е. А. Суханов. -2-е изд. перераб. и доп. - Москва: Статут, 2019. Т. II. – С. 49.

Баданов Илья Николаевич (Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Инициатива по отмене клеток в залах судебных заседаний

Ключевые слова: клетки, права личности, уголовный процесс.

COURTROOM CAGE ABOLITION INITIATIVE

Key words: cages, civil rights, criminal procedural law.

1. История развития средств ограничения свободы обвиняемого в зале судебного заседания достаточно обширна. Первые упоминания о клетках, как средстве ограничения свободы лица в ходе разбирательства относятся к первобытно-общинным объединениям людей, когда вождь племени судил провинившегося, а тот в свою очередь находился внутри клетки, выслушивая приговор. Наиболее приближенной к современной судебной системе является система судов Древнего Рима. Уголовный процесс в Риме велся на состязательной основе с участием адвоката, однако на стороне обвинения выступал сам судья, он же вел следствие и являлся государственным обвинителем. Однако с развитием общества изменился и процесс судопроизводства. В Средние Века зачастую использовался церковный суд и порядок его проведения был совершенно иным. На первом этапе проводилась некая форма следствия, хотя обычно, это было просто обвинение в пропаганде ереси. На втором этапе подозреваемый помещался в тюрьму или подземелье крепости, где его жестоко пытали, т.к. в те времена считалось, что пытки есть единственная форма выявления правдивых показаний. Обычно в ходе допроса применялся «испанский сапог» или чан с водой, куда многократно опускался обвиняемый¹. Все эти методы были направлены на психический слом лица и дачи им показаний против себя, даже ложных, лишь с целью прекратить чудовищные пытки. На третьем этапе следствия выносился приговор, это производил священник, настоятель монастыря, епископ или иное духовное лицо. На четвертом этапе следовала смертная казнь путем сожжения на костре.

2. С развитием общественной мысли и становления светских государств религиозный надзор отходит на второй план. Вместо него появляются первые судебные системы, например, в Англии. Судебный процесс в Британской империи ввиду принадлежности этого государства к семье общего права имел ряд особенностей: подозреваемый в ходе расследования помещался в тюрьму, затем его вызывали на суд, и судья, руководствуясь материалами дела, прецедентным правом и правой философией выносил приговор. Стоит отметить условия, в которых находился обвиняемый в ходе судебного слушания: зачастую он находился в кандалах и сидел перед судьей вместе со своим адвокатом. В Российской империи современное представление о судопроизводстве сложилось после судебной реформы Александра II в 1864г. Она закрепляла появление адвокатов, присяжных и принцип состязательности сторон. Однако лицо, обвиняемое в уголовном преступлении, до этого находившееся в кандалах перед судом теперь находилось под охраной конвоиров прямо в

¹ Фумм А.М., Яковлева О.Н. Общие тенденции в развитии отечественного законодательства о наказаниях в конце XV-XVII вв. // *AustrianJournalofHumanitiesandSocialSciences*. 2015. №5. С 212-214.

зале суда. Начиная с 1917 года и до 1996 года наличие клетки в зале судебного заседания не вызывало дискуссий и было обусловлено соображениями безопасности. Во-первых, клетка защищала участников процесса от возможных неконтролируемых действий обвиняемого, во-вторых, клетка гарантировала безопасность самого обвиняемого, например, от родственников потерпевшего (или потерпевших), как например в деле Андрея Чикатило в 1996г.

3. Активные дискуссии по отмене клеток в судах снова вспыхнули в 2018 году. 14 ноября несколько членов Совета Федерации РФ, включая главу по конституционному и государственному строительству Андрея Клишаса, выступили против клеток и пластиковых ограждений в зале суда, так называемых «аквариумов». По их мнению, заключение человека в подобную конструкцию, чья виновность еще не доказана является негуманным деянием. Инициаторами также было отмечено, что предложение вдохновлено ст.3 Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» от 3 сентября 1950 г.¹. Правительство, в свою очередь, предоставило информацию МВД о увеличении расходов в случае отмены клеток. По данным МВД для обеспечения безопасности в зале судебного заседания требуется увеличить количество сотрудников на 30,5 тысяч человек, что обойдется бюджету в 21,5 млрд рублей, а также было отмечено, что реализация закона потребует не менее трех лет. После критики предложения Андрея Клишаса правительство выдвинуло альтернативное предложение по решению данного вопроса. Было предложено добавить третью часть в ст. 9 УПК РФ, которая бы запрещала не сами клетки, а необоснованное помещение туда обвиняемого. В следствие этих дискуссий было предложено добавить новую статью в УПК РФ-116.1. Ч.1 этой статьи предполагает, что лицо, чья виновность еще не установлена, будут содержаться в специальном месте под охраной конвоя. Предложение правительства основано на идее, что в клетку будет помещаться лицо, если у суда есть основания полагать, что его нахождение вне этой клетки может нести общественную опасность или угрожать следствию побегом обвиняемого.

4. 23 сентября 2019 года Правительство РФ представило отзыв на законопроект № 587542-7 «О запрете помещения подозреваемых, обвиняемых и подсудимых в защитные кабины на время судебного заседания»². Также указывалось, что в случае помещения обвиняемого в защитную кабину, его адвокат мог бы беспрепятственно находиться там вместе со своим клиентом (обвиняемым). Такое заявление правительства вызвало бурю негодования среди российских адвокатов. Президент адвокатского бюро «Юстина» Виктор Буробин, в интервью АГ (Адвокатская газета) сказал: «Адвоката в клетке просвещенный мир еще не видел». И правда, в 1905г., когда царское правительство попыталось массово ввести клетки в залах судебных заседаний, адвокаты в знак протеста проходили туда вместе со своими клиентами (обвиняемыми). Как можно заметить правительство одобряет лишь концепцию законопроекта, но полностью извращает его гуманную суть. Более того нет никакой информации по поводу идентификации тезиса «возможное общественно-опасное поведение лица», что может несомненно повлечь за собой несанкционированное помещение лица в защитную кабину, что будет являться умалением его личных (гражданских) прав. По

¹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ETS N 005) (Рим, 3 сентября 1950г.). ст.3.

²URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/587542-7/> - Законопроект № 587542-7 «О запрете помещения подозреваемых, обвиняемых и подсудимых в защитные кабины на время судебного заседания».

мнению доцента кафедры уголовного права МГЮА им. О.Е. Кутафина Артема Осипова правительство пытается «догнать двух зайцев». С одной стороны, закрепить гуманность российского правосудия, а с другой официально оформить наличие клеток в залах судебных заседаний. Несомненно, даже после комментариев официально уполномоченного по правам человека в РФ Татьяны Москальковой в этих дискуссиях ничего не изменилось. Есть лишь один вариант решения этой проблемы — это полное соответствие требованиям ЕСПЧ. Адвокат Татьяна Пашкевич в своем интервью НГ (Независимая Газета) отметила, что практика на местах не изменится, если в залах заседаний судов останутся клетки, т.к. на практике при малейшей возможности помещения обвиняемого в защитную кабину, сторона обвинения подаст ходатайство и суд незамедлительно его удовлетворит. По статистике за 2018 год в Российской Федерации было рассмотрено примерно 900 тысяч уголовных дел¹. 686 тысяч из них оказались обвинительными, 2 тысячи оправдали, 193 тысячи дел были прекращены, а 8.6 тысяч человек были отправлены на принудительное лечение. В 1996 году решение о клетках было принято ведомственным документом МВД, который в 2006 году утратил свою силу, то есть юридически клеток не должно существовать в настоящем уголовном процессе, однако, несмотря на это они существуют в судебных залах и активно используются.

5. По моему мнению предложение Андрея Клишаса является рациональным с точки зрения гуманизации российской судебной системы, однако у меня возникают сомнения по поводу фактической реализации этой концепции. К сожалению, российская судебная система в глазах обычных граждан выступает в роли карательной, а не справедливой государственной машины, что можно видеть на примере количества обвинительных уголовных дел за 2018г. Единственным верным решением, на мой взгляд, может являться использование иных форм ограничения передвижения обвиняемого, например, надевание на обвиняемого наручников. Во-первых, это не полностью ограничивает его свободу передвижения, но снижает риск возможного противоправного поведения в зале суда, во-вторых, это психологически влияет на человека, склоняя его к трепету перед судом, и, в-третьих, это создает иллюзию неотвратимости и жесткости наказания. Нет никаких сомнений, что невозможно предугадать, как развернутся дальнейшие события, пройдет ли закон все стадии российского законотворческого процесса, однако в случае его принятия будет обеспечено соответствие нормам международного права и требованиям Европейского Суда по Правам Человека, что однозначно повлияет на характер уголовного процесса в Российской Федерации и возможно запустит перспективный процесс гуманизации и демократизации российской судебной системы.

¹URL: <https://pravo.ru/story/209019/> - Судебная статистика по уголовным делам за 2018 год.

Бакатин Вадим Дмитриевич(Университет King's College, London)

Пандемия COVID-19 и поддержка малого бизнеса: институциональные аспекты, инструменты и механизмы

Ключевые слова: пандемия, COVID-19, малый бизнес, поддержка.

COVID-19 PANDEMIC AND SMALL BUSINESS SUPPORT: INSTITUTIONS, TOOLS AND MEASURES

Key words: pandemic Covid-19, small business, support.

Материал подготовлен на основании стажировки в международной консалтинговой компании McKinsey & Company (январь – июнь 2020 г.).

1. Предпринимательство выступает важной составляющей национальной хозяйственной системы каждого государства. В этой связи одно из направлений деятельности и важной составляющей публичного администрирования государства было и остается создание правовых и экономических условий для развития предпринимательства и формирование благоприятной бизнес-среды. Как известно, изначальный подход в противостоянии пандемии COVID-19 во всех затронутых пандемией странах был основан на императивных указаниях властей, требующих от населения и предпринимателей обеспечения режима самоизоляции. Этот подход привел к тому, что бизнес, играющий важную роль в экономике всех затронутых пандемией стран, встал перед проблемой падения доходов как закономерного результата социального дистанцирования, императивно введенного властями. Особенно пострадал именно малый бизнес, играющий важную роль в экономике всех стран¹.

2. Негативно развивающиеся процессы, связанные с пандемией, определили необходимость вмешательства государственных органов соответствующих стран и инициировать процесс незамедлительной разработки и реализации механизмов поддержки малого бизнеса. С весны 2020 г. властные структуры различных стран (Великобритания, Германия, Италия, Франция, США) принимают ряд мер, направленных на борьбу с пандемией. Инструментарий поддержки малого предпринимательства указанных стран в целом основан на сопоставимых друг с другом платформах, включающих как единовременную финансовую помощь, так и предоставление кредитов, возвратных налоговых кредитов и налоговых льгот².

¹ Так, например, в США около 58.9 млн человек заняты в сфере малого бизнеса, что составляет 47.5% рабочей силы частного сектора, а доля малого и среднего бизнеса в экономике США составляет \$ 5.9 триллионов. См, подробнее, Monson, С. What Small Businesses Need to Survive the Coronavirus Crisis// Harvard Business Review. March 27, 2020.

² Emerging from the crisis with full Strength. Официальный сайт Министерства финансов Германии. [Электронный ресурс] - Режим доступа: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Public-Finances/Articles/2020-06-04->

3. Контекстуализация вышеизложенного инструментария может быть наглядно представлена картированием механизмов поддержки малого предпринимательства в США, где уже в марте 2020 г. был принят Закон «О помощи, содействии и экономической безопасности в связи с коронавирусом» (Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act - далее CARES)¹, значительная часть установлений которого была адресована непосредственно малому бизнесу, на цели поддержки которого в рамках специальной программы кредитования малого бизнеса - Small Business Administration Loan Guarantee Program (SBA), было выделено 349 млрд долларов. В качестве дополнительного инструмента поддержки малого бизнеса указанным законом введена Программа по защите зарплаты (Paycheck Protection Program-PPP), в соответствии с которой владельцы малого бизнеса, предприятия которого работали в период всего 2019 г., были вправе получить кредит, размер на сумму, в 2.5 раза превышающую среднемесячный совокупный размер расходов на оплату труда (payroll cost) за 2019. Далее, был принят Закон «О готовности к коронавирусу, ответных действиях и дополнительных ассигнованиях» (Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act)², в рамках которого были выделены средства в размере \$ 3 млрд на различные цели, включая помощь местным властям и малому бизнесу (2). Важно отметить, что круг владельцев малого бизнеса, имеющих права на получение кредита в рамках указанной программы, достаточно обширен и включает как любых субъектов предпринимательской деятельности с численностью сотрудников не свыше 500 человек или с численностью сотрудников, не превышающей порог, установленный для конкретной индустрии правительственным агентством - Администрацией малого бизнеса США (US Small Business Administration), так и некоторые общественные организации. Наряду с вышеизложенными положениями, специально адресованными малому бизнесу, CARES Act содержит ряд установлений, создающих дополнительные финансово-экономические возможности и гарантии для работодателей и лиц, занятых в сфере малого бизнеса через уже действующие институты и механизмы. При этом позитивный модуль развития бизнес-среды определяет и то, что CARES Act предусматривает ряд инструментов, позволяющих оказать помощь лицам, занятым в малом бизнесе, если таковой сокращает или вовсе прекращает свою деятельность³. Так, в соответствии с установлениями закона работодатели любого бизнес-сектора, включая малый, которые были вынуждены закрыть предприятия, либо существенно сократить их деятельность или же потеряли по меньшей

fiscal-package.html; The CARES act Works for All Americans. [Электронный ресурс] -Режим доступа: <https://home.treasury.gov/policy-issues/cares>; См.также, Canino, J. et al. US Cares Act: Relief Available to US Subsidiaries of European Companies// Publications and Events. W&C Apr.2020 [Электронный ресурс] -Режим доступа: <https://www.whitecase.com/publications/alert/us-cares-act-relief-available-us-subsidiaries-european-companies>

¹ Здесь и далее по тексту Закон «О помощи, содействии и экономической безопасности в связи с коронавирусом» (Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act- CARES) цит. по тексту с официального сайта Конгресса США [Электронный ресурс] - Режим доступа: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3548/text>.

² Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act. См. официальный сайт Конгресса США. [Электронный ресурс] - Режим доступа: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6074>

³ The CARES act Works for All Americans. Официальный сайт Министерства финансов США. [Электронный ресурс] - Режим доступа: <https://home.treasury.gov/policy-issues/cares>.

мере половину валовой выручки в первом квартале 2020 г., имеют право получить кредит на «удержание сотрудников» (employee retention credit), представляющий собой возвратный налоговый кредит, равный 50 процентам заработной платы, выплачиваемой работникам, при максимальной выплате 5000 долларов на одного работника.

4. Весьма эффективный системный подход к разработке и имплементации мер поддержки малого предпринимательства был использован в г. Москва. Правительство г. Москвы использовало проверенную и уже апробированную в других странах платформу создания необходимых институциональных структур при использовании алгоритма поэтапного введения пакетов помощи бизнесу с одновременным уточнением и расширением инструментария поддержки. Уже с марта 2020 г. Правительство Москвы принимает четыре пакета мер поддержки общей стоимостью 85 миллиардов рублей, которые были последовательно утверждены соответственно 24 марта (помощь малому предпринимательству в сферах общественного питания и креативных индустрий), 31 марта (расширение перечень субъектов предпринимательства, которые получили отсрочку по налогам, кроме того, организации получили помощь с оплатой аренды) и 15 апреля (дополнительно расширены сферы кредитования, а также предусмотрена помощь бизнесу в сферах строительства, гостиничного бизнеса, кинотеатров, дополнительного образования и некоторых других)¹. И, наконец, 26 мая 2020 г. в перечень сфер, наиболее пострадавших от пандемии, были включены частные медицинские клиники, которые столкнулись с существенным снижением количества пациентов. Важно указать, что наряду с созданием и имплементацией мер поддержки малого предпринимательства, Правительством Москвы проводились разработка и введение эффективных информационных интернет-платформ, созданием центров оказания правовой и психологической помощи².

5. Анализ вышеизложенных инструментов и механизмов регулирования экономики в сфере поддержки малого бизнеса в США и в г. Москва наглядно показывает схожие и отличительные характеристики подхода к управлению кризисными ситуациями. Объединяющим началом подходов стало системное оказание сущностной, существенной, адресной финансовой помощи субъектам малого предпринимательства при уточнении миссии, задач, функций и полномочий соответствующих государственных структур с включением диверсифицированных инструментов и механизмов вариативного формата и действия. При этом Правительство Москвы успешно адаптировало эффективные практики зарубежных стран, реализовав собственный формат поэтапного оказания адресной финансовой помощи субъектам предпринимательства с постоянной корректировкой задач, функций и полномочий правительственных структур города.

1 Официальный сайт Правительства Москвы. [Электронный ресурс]-Режим доступа: <https://investmoscow.ru/business/subsidies-small-and-medium-businesses>

2 Официальный сайт Правительства Москвы. [Электронный ресурс]-Режим доступа: <https://investmoscow.ru/business/subsidies-small-and-medium-businesses>

Критерий получения дохода информационным посредником

Ключевые слова: информационный посредник, доход, критерий

Criterion for income generation by information intermediary

Keywords: information intermediary, income, criterion

1. В частях 2 и 3 статьи 1253.1 ГК РФ закреплена совокупность критериев освобождения провайдеров от ответственности за нарушение интеллектуальных прав в сети Интернет¹. Однако перечень этих условий не является исчерпывающим : в процессе правоприменительной деятельности неминуемо назревает потребность в разработке дополнительных условий и ограничений.

Одним из наиболее распространенных практических критериев является критерий извлечения прибыли информационным посредником , полученной в связи с нарушениями интеллектуальных прав (в разных источниках одновременно используется понятие дохода , однако разница между ними в смысле данного положения не имеет правового значения). При этом его применение должно быть сопряжено с выполнением других условий , поскольку «само по себе получение прибыли от правонарушений не делает провайдеров правонарушителями»².

Как отмечалось О .Л. Фоминой, необходимость доказывания извлечения прибыли обусловлено восприятием ответственности информационного посредника по аналогии с предпринимательской безвиновной ³. Такое понимание критерия получения прибыли не является обоснованным : в п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ указано , что информационный посредник несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в информационно - телекоммуникационной сети на общих основаниях при наличии вины . Степень заботливости и осмотрительности, требующаяся по характеру обязательства и условиям оборота, также не может служить критерием признания вины информационного посредника в смысле ст. 401 ГК РФ, по следующим причинам:

Во-первых, в соответствии с п. 77 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" общие основания ответственности индивидуальных предпринимателей независимо от вины в порядке ст. 401 ГК РФ к информационным посредникам не применяются⁴.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 года (в редакции от 31 июля 2020) № 230-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 51 (ч.1). Ст. 5496.

² Нуруллаев Р.Т. Информационный посредник как субъект информационного права Дис канд. юрид. наук. Москва. 2018. С. 109.

³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" №10 // Российская газета. 2019. № 96.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" №10 // Российская газета. 2019. № 96.

Во-вторых, не установлен стандарт поведения, отражающий достаточный объем требований к информационному посреднику, необходимых для оценки судом его степени заботливости и осмотрительности: в судебных решениях не содержится ни одного указания на признаки поведения провайдера, удовлетворяющих пониманию заботливости и осмотрительности до факта совершения правонарушения. Помимо этого, посредникам не вменяется обязанность проводить мониторинг и принимать иные превентивные меры, например, вводить программы, предотвращающие загрузку определенного контента, устанавливать лимиты загрузки файлов и т.д.

В-третьих, критерий систематичности получения прибыли для определения предпринимательской деятельности и условие извлечения дохода при решении вопроса о привлечении к ответственности применяется преимущественно к нарушениям договорных обязательств, тогда как ответственности информационного посредника по своей сути является деликтной.

После критики, изложенной в Протоколе заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам 22 апреля 2015 года, где отмечалась «дефектность», «беспредметность» критерия получения прибыли¹, в Постановлении Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (пункт 78) все же закрепляется позиция, в соответствии с которой существенная переработка материала и (или) получение доходов от неправомерного размещения материала владельцем сайта может означать, что он является не информационным посредником, а лицом, непосредственно использующим соответствующие результаты интеллектуальной деятельности².

В российской правовой системе отсутствует как институт субститутивной ответственности (система ответственности США впервые предусмотрела факт наличия финансового дохода ответчика), так и потребность разделения расходов на ограничение доступа к информации (например, в Великобритании извлечение прибыли рассматривается не только в качестве основания для привлечения провайдеров услуг доступа к ответственности, но и обоснования возлагаемой на них обязанности расходов на ограничение доступа к ресурсам, на которых доступны противоправно размещенные материалы, что нашло отражение в деле *Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd*³). Эту функцию, как и функцию ведения реестра интернет-ресурсов, доступ к которым подлежит ограничению, выполняет Роскомнадзор. Следовательно, нет потребности в законодательном закреплении и практическом использовании этого критерия.

Помимо этого, информационные посредники (торрент-трекеры, владельцы сайтов), как правило, извлекают прибыль за счет размещения рекламы третьих лиц, которые при заключении договоров на оказание рекламных услуг с посредниками руководствуются тем,

¹ Протокол № 10 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22 апреля 2015 года // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 9. С. 11-20.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" No10 // Российская газета. 2019. № 96.

³ *Cartier International AG v British Sky Broadcasting Ltd* // URL: https://www.researchgate.net/publication/323068376_CARTIER_INTERNATIONAL_AG_v_BRITISH_SKY_BROADCASTING_LTD

что для пользователей наличие противоправно размещенного материала является своеобразным «магнитом». При этом отсутствует причинно-следственная связь с нарушением исключительных прав на конкретный результат интеллектуальной деятельности.

Если же будет установлено (по аналогии с делом *MGM Studios v Grokster*¹), что размещенная посредником реклама привлекает внимание к незаконно размещенному объекту интеллектуальной собственности, то гораздо целесообразнее применить условие действительного и предполагаемого знания о правонарушении, и в соответствии с сформированными судебной практикой правилами определять их границы.

При разрешении этого вопроса посредством применения «критерия дохода» возникает необходимость как в дифференциации прямого и косвенного видов, так и в выборе надлежащего в качестве условия для привлечения к ответственности. Так, прямым доходом является вознаграждение, которое имеет фиксированный размер (прозрачную величину), чья уплата остается на усмотрение пользователя, который приобретает или не приобретает соответствующий продукт². С точки зрения общих оснований ответственности информационных посредников определять добросовестность и вину посредника через вознаграждение за оказание услуг бессмысленно, что также подтверждается международной судебной практикой, т.к. любой субъект, чья деятельность соответствует условиям, закрепленным в статье 1253.1 ГК РФ, получает вознаграждение (Л.А. Новоселова отмечала, что чаще всего она определяется как процент от стоимости товара³). При рассмотрении косвенного дохода следует констатировать следующее: во-первых, вновь нарушается непосредственная причинно-следственная связь между нарушением интеллектуальных прав на конкретный объект интеллектуальной собственности и извлечением прибыли посредником. Во-вторых, этот вид прибыли отличается сложной процедурой доказывания его предмета и размера, и, в целом, в настоящий момент отсутствуют оперативные и понятные механизмы его вычисления судом и информационным посредником.

Таким образом, низкий уровень практической применимости критерия получения дохода, необоснованность его заимствования свидетельствует о том, что в настоящее время он и как самостоятельное, и как факультативное условие привлечения к ответственности провайдеров является неактуальным (впервые использовался в Постановлении Президиума ВАС РФ от 01.11.2011 № 6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609⁴, на момент принятия которого не было ФЗ № 187⁵), производным от законодательно закрепленных критериев и излишним в процессе реализации механизма ответственности.

¹ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., et al., Plaintiffs, v. Grokster, Ltd., et al., Defendants ...* [Электронный ресурс]: 243 F. Supp. 2d 1073; January 9, 2003 / United States District Court, C.D. California.

² Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. 2013. С. 8.

³ Протокол № 10 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22 апреля 2015 года // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 9. С. 11-20.

⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 01 ноября 2011 года № 6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. № 2.

⁵ Федеральный закон от 2 июля 2013 года № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях» // СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3479.

Белоусова Марина Андреевна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Покаяние в уголовных законах Российской Империи: церковное или светское наказание?

Ключевые слова: церковное покаяние, наказание, уголовное право, Русская Православная церковь, Российская империя.

**REPENTANCE IN THE CRIMINAL LAWS OF THE RUSSIAN EMPIRE:
ECCLESIASTICAL OR SECULAR PUNISHMENT?**

Keywords: church repentance, punishment, criminal law, Russian Orthodox Church, Russian Empire.

1. В работе анализируется содержание церковного покаяния как наказания, предусмотренного в уголовном законодательстве Российской империи в XVIII-XIX веках. Автор приходит к выводу, что данная мера не является церковным наказанием, а имеет светскую природу.

2. Христианская Церковь, как общество достаточно самостоятельное и крупное, всегда имело свою систему поддержания установленного порядка – систему наказаний. Имеет оно её и сейчас. Особенностью церковных наказаний является то, что они ни в коем случае не имеют карательного содержания: единственная цель, какую наказание может преследовать, — это заставить грешника раскаяться и тем самым обратить его на путь истинный. Соответствуют и виды наказания – от покаяния до анафемы, но всегда – через ограничение или лишение церковного общения, т.е. церковная община наказывает, отбирая то, что она может верующему дать¹.

3. Однако с получением Церковью доминирующего положения в государстве она получает также и желание более серьёзно воздействовать на паству. Отсюда возникает и знаменитое мнение, например, Иосифа Волоцкого, что «грешника или еретика руками убить или молитвой едино есть». Не желая и не имея, собственно, компетенции на наказание лиц, совершивших церковные преступления, нецерковными методами, Церковь обращается к государю с просьбой покарать грешников. Сама эта фраза появилась в письме к великому князю Василию Ивановичу с уговорами осуществлять казни над еретиками².

4. Личное благочестие князей и царей, а также мнение, что человек, опустившийся до серьёзных церковных преступлений вроде богохульства или срыва святой Литургии, есть человек «лихой» и должен подлежать суровому светскому наказанию, и приводило к осуществлению гражданских «казней» московскими царями.

5. Так, первая глава Соборного Уложения устанавливает светские наказания в виде смертной казни, тюремного заключения на срок, выбранный царём, или битья батогами за

¹ Павлов А.С. Курс церковного права. Свято-Троицкая Сергиева Лавра : собственная типография, 1902.

² Послания Иосифа Волоцкого / подг. текста А.А. Зимина и Я.С. Лурье. М.; Ленинград : Издательство Академии Наук СССР, 1959.

преступления против веры¹. Но важен один момент: через установление светских наказаний за церковные преступления никак не деформируется сущность церковных наказаний. Установление светских наказаний за церковные преступления не означает вхождение карательных мер в корпус церковных наказаний.

6. Ситуация кардинально изменилась с реформами Петра Великого. В Воинском Артикуле, распространившем, как известно, своё действие на гражданских лиц, впервые в истории отечественного законодательства в качестве наказания названо «церковное покаяние»². Возникает вопрос: как церковное наказание, не имеющее карательной функции, могло оказаться в уголовном законе?

7. Прежде всего необходимо определить цель, с которой это наказание было введено в корпус уголовных наказаний. Для этого нужно присмотреться к формулировкам Воинского артикула Петра I.

8. В нескольких артикулах, связанных с преступлениями против религии, лжеприсягой, непредумышленным убийством и преступлениями против нравственности, в дополнение к наказаниям светским установлено церковное покаяние. В большей части статей эта мера формулируется как «наказать церковным покаянием», «к церковному покаянию принудить». Уже из этих фраз явствует, что законодатель рассматривал покаяние не канонично, как меру к очистке совести, а в карательном смысле.

9. Только в толковании к артикулу 6 указана формулировка «*может* (курсив мой – М.Б.) и церковное публичное покаяние при том же учинить», из которой можно было бы сделать вывод, что здесь покаяние опционально и оставлено на совесть преступника. Однако норма данного артикула заимствована из четвёртого шведского военного артикула редакции Густава Адольфа, по которому богохульник, учинивший преступление не с умыслом, а «по небрежности или непониманию», наказывается первые два раза «вымаливанием» прощения у Бога на коленях (явно соответствует православному покаянию), а в третий раз – аркебузированием³. Пётр со свойственной ему практичностью добавил заключение «в железа» и шпицрутены как альтернативу, но в целом видно, что норма явно была взята у шведов. Таким образом, даже в этом случае можно говорить только об отсутствии единства юридической техники, а не об ином значении церковного покаяния для законодателя. Формулировка – первый аргумент в пользу того, что по Артикулу покаяние было светским наказанием.

10. Церковное покаяние в каноническом смысле было публичным только в первые века христианства. Во всяком случае, к XVII-XVIII веку епитимья (в значении покаяния) уже проходила полностью тайно. Пётр Великий ввёл публичное покаяние на протестантский манер в качестве способа заставить преступника раскаяться или хотя бы сказать об этом. Это изменение снова показывает светский характер введённого в артикул церковного покаяния.

¹ Памятники русского права. Вып. шестой. Соборное Уложение царя Алексея Михайловича 1649 года. / под ред. К.А. Софроненко. М.: Госюриздат, 1957.

² Памятники русского права. Вып. восьмой. Законодательные акты Петра I. Первая четверть XVIII в. / под ред. К.А. Софроненко. М.: Госюриздат, 1961.

³ Бобровский П.О. Военное право в России при Петре Великом. Ч.2: Вып.1. СПб.: типография В.С. Балашева, 1882.

11. Необходимо отметить, что жизнь взяла своё и к 1770 году публичное покаяние настолько угасло и слилось с епитимьей, что Сенат был вынужден издать указ о наложении церковного покаяния только духовными властями и об узаконении исполнения этого наказания в монастырях¹.

12. В силу давления светского правительства в 18 веке церковное покаяние как карательная мера назначалось не только решением светского судебного органа, но и церковным судом. Однако неканоничность этой формы показана тем, что к 1830 году под давлением Церкви наказание в форме церковного покаяния стало назначаться только по решению светского суда². При этом, очевидно, епитимьи – церковное покаяние как внутрцерковное наказание сохранялось всё время, сохранилось и позже.

¹ Суворов Н.С. О церковных наказаниях. Опыт исследования по церковному праву. СПб : типография и хромолитография А. Граншеля, 1876.

² Суворов Н.С. Светское законодательство и церковная дисциплина в России до издания Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года. СПб : типография духовного журнала «Странник», 1876.

Цели наказания: проблемы определения и критерии достижимости

Ключевые слова: восстановление социальной справедливости, исправление осужденного, предупреждение совершения новых преступлений, Уголовный кодекс Российской Федерации, цели наказания.

PURPOSE OF PUNISHMENT:

PROBLEMS OF DEFINITION AND CRITERIA OF ACHIEVEMENT

Keywords: restoration of social justice, correction of a convicted person, prevention of new crimes, the Criminal Code of the Russian Federation, purposes of punishment.

1. В рамках работы автор анализирует цели уголовного наказания, закрепленные в Уголовном кодексе Российской Федерации, и приходит к выводу, что данные цели не могут быть достигнуты исключительно с помощью мер уголовно-правового характера. На основе собственных исследований и мнений ученых автор предлагает новые цели наказания, которые необходимо разделить на общие и специальные.

2. Актуальность вопроса относительно целей наказания обусловлена неоднозначностью мнений о том, какие именно цели уголовного наказания должны быть закреплены в УК РФ и должны ли они вообще называться целями. Одним из радикальных предложений по этому поводу считается отказ от такой уголовно-правовой категории, как «цели наказания» и замены ее категорией «социальные функции наказания», поскольку исключительно функции реализуют истинную роль наказания, предусмотренную УК РФ¹.

В ч. 2 ст. 43 УК РФ закрепляются три цели уголовного наказания, а именно: восстановление социальной справедливости, исправление осужденного, предупреждение совершения новых преступлений.

3. В УК РФ не раскрываются дефиниции: «восстановление социальной справедливости», «исправление осужденного», «предупреждение совершения новых преступлений», видимо, тем самым предполагается их однозначность и общеизвестность. Однако в теории нет общепринятого понимания названных целей, каждый из ученых по своему определяет понятие и выделяет критерии достижимости целей уголовного наказания.

4. Итак, первая цель – восстановление социальной справедливости. Некоторые авторы придерживаются мнения, что достижение данной цели возможно только в том случае, если те разногласия, которые имеются между виновным лицом и потерпевшим, будут ликвидированы исключительно на справедливых началах. То есть, виновному лицу будет назначено справедливое наказание (статья 6 УК РФ), а потерпевший, в свою очередь получит моральное, материальное или же физическое восстановление. О.В. Филимонов также придерживается такой позиции и выделяет уровни достижения такой цели уголовного наказания, а именно: общественная удовлетворенность в строгости назначенного наказания лицу, совершившему преступление; назначение наказания, которое будет соответствовать

¹ Миняева Т.Ф., Добряков Д.А. Исправление осужденного (преступника) как цель наказания // Евразийская адвокатура: юридический журнал. № 2 (21). 2016. С. 13.

характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного; соблюдение прав и законных интересов потерпевшего и осужденного¹. В данном случае важно отметить, что подобные критерии достижения цели восстановления социальной справедливости, носят исключительно научную ценность и их невозможно каким-либо образом «измерить» на практике. Предложенные варианты установления факта восстановления социальной справедливости имеют незначительную связь с процессом назначения наказания. Более того, если речь идет о потерпевшем, то невозможно с помощью данных мер произвести моральное, материальное или же физическое восстановление. Так называемые имущественные наказания исполняются исключительно в пользу государства, а физический вред в принципе не представляется возможным компенсировать. Если рассмотреть ст. 6 УК РФ, то можно заметить, что принцип справедливости состоит исключительно в заботе о виновном лице и не затрагивает интересы потерпевшей стороны. Рассматриваемая цель не может быть достигнута только в результате назначения уголовного наказания, более того, не представляется возможным проверить, а действительно ли она была достигнута. Она отражает интересы скорее осужденного, чем потерпевшего. Подобного рода недостатки не позволяют рассматривать уголовное наказание как средство достижения восстановления социальной справедливости.

5. Вторая цель наказания – исправление осужденного. Данная цель вызывает широкие дискуссии и также нельзя не отметить факт того, что и в обществе, и в науке ее определение воспринимается далеко неодинаково. М.Д. Шаргородский отмечал, что эта цель наказания помогает достичь другую цель – предупреждение совершения новых преступлений и не может рассматриваться в качестве самостоятельной [3]. Ч. 1 ст. 9 УИК РФ закрепляет определение анализируемой дефиниции, а именно: под исправлением осужденного предлагается понимать нейтрализацию антиобщественных взглядов и установок, формирование уважительного отношения к человеку, обществу, труду, правилам человеческого общежития, стимулирование правопослушного поведения. Способы достижения данной цели нашли отражение в следующей части ранее названной статьи УИК РФ: воспитательная работа, общественно полезный труд, получение общего образования, то есть вовлечение осужденного в общественно полезную деятельность. Возникает ситуация, подобная той, которая складывается с восстановлением социальной справедливости. Каким образом можно в данном случае проверить действительно ли у виновного лица больше не присутствуют антиобщественные установки, он стал с уважением относиться к обществу или труду, а действительно ли участие осужденного в общественно полезных работах, получение им общего и профессионального образования свидетельствует об его исправлении? Ведь в данном случае речь идет исключительно о внешнем поведении, которое осужденный может демонстрировать не в силу своего собственного желания, а быть вынужденным, и которое также не может отразить действительное душевное состояние. В таком случае нет никаких гарантий, что после устранения специфических условий содержания в пенитенциарном учреждении, осужденный сделает правильный выбор в пользу правопослушного поведения.

¹ Лапшин В.Ф. Истинная цель уголовного наказания и критерии ее достижимости // Журнал Российского права. № 5 (257). 2018. С. 75–85.

6. Исправление осужденного как цель наказания в обществе воспринимается по-разному, те критерии достижения данной цели, которые выделяются в теории, не представляется возможным реализовать на практике. Ситуация аналогична той, которая возникла с целью восстановления социальной справедливости. Помимо этого, можно отметить определенную неоднозначность при оценке исправления осужденного. Так, если цели наказания достигнуты раньше срока, указанного в обвинительном приговоре, то дальнейшее его исполнение становится бессмысленным и лицо признается исправленным (ч. 1 ст. 79 УК РФ), однако в течение не отбытого срока лицо будет находиться под контролем компетентного государственного органа. То есть, в УК РФ действуют совершенно противоположные нормы в отношении одного лица: виновный в момент освобождения доказал свое исправление, и он же обязан доказать исправление в течение оставшегося не отбытого срока. Хочется отметить и положения статьи 73 УК РФ об условном осуждении. В данном случае суд, назначая наказание, может прийти к выводу, что его цели могут быть достигнуты без реального отбывания и здесь он должен быть уверен в исправлении виновного лица на стадии окончания судебного разбирательства. Однако, опять же, при этом устанавливается испытательный срок, в течение которого осужденный должен доказать свое исправление. То есть, на стадии вынесения приговора суд может лишь предполагать о том, что исправление осужденного наступит без применения наказания.

7. Предупреждение совершения новых преступлений – последняя цель в перечне ч. 2 ст. 43 УК РФ. Она состоит из общей превенции (лицо не совершает преступление из-за боязни наказания) и специальной (относится к тем лицам, которые уже осуждались, предполагает, что лицо не станет вновь совершать преступление из-за нежелания вновь подвергнуться определенным лишениям и ограничениям).

8. В УК РФ присутствуют положения, которые снижают эффективность предупредительной цели уголовного наказания:

1. Возможность, а не обязанность назначения наказания. Еще Ч. Бекарриа по этому поводу писал, что именно неотвратимость наказания повышает действенность борьбы с преступностью¹. Дефиниция преступления указывает на то, что существует лишь угроза назначения наказания, а это исключает возможность претворения данного принципа на практике. Безданность может привести к тому, что законопослушные граждане будут скептически относиться к роли государства в борьбе с преступностью, а преступники не будут бояться быть привлеченными к уголовной ответственности и в итоге продолжат вести криминальный образ жизни.

2. Уголовное законодательство РФ закрепляет возможность освобождения от уголовной ответственности и (или) от уголовного наказания. По статистике СД при ВС РФ количество лиц, совершивших преступление и, ранее освобожденных от отбывания наказания растет с каждым годом (если в 2015 году данная категория осужденных охватывала 18135 человек, то уже в 2019 году – 28955 человек). Если проанализировать статистические данные по освобождению от отбывания наказания в связи с истечением сроков давности, то можно сделать вывод, что число таких лиц также значительно

¹ Сагрунян В.М. Цели уголовного наказания: теоретические и практические проблемы // Современное право. № 5. 2011. С. 131–135.

увеличилось (2016 год – 472 человека, 2019 – 14870 человек). Представляется невозможным говорить об эффективности данной цели наказания, поскольку даже виновные, совершившие преступление и ранее освобожденные от отбывания наказания, вновь совершают запрещенное уголовным законом общественно опасное деяние и не боятся подвергнуться определенным лишениям и ограничениям.

9. Бывший судья КС РФ А.Л. Кононов отметил, что сами по себе цели наказания – предназначение самого государства, а не лица, признанного виновным в совершении преступления. У осужденного нет правовой обязанности исправляться и поэтому государство не может его принуждать к этому [3]. Мнения ученых относительно того, какие же цели наказания должны быть закреплены в УК РФ разделились. Большинство считает, что те цели, которые сейчас закреплены в статье 43 УК РФ, необходимо отразить в других отраслях права, а истинная цель наказания – это определение степени общественной опасности деяния. По нашему мнению, цели наказания необходимо разделить на общие (которые будут вытекать из задач уголовного закона) и специальные (которые будут конкретизировать пути реализации общих). В рамках общих целей выделить следующие: защита личности, общества и государства от преступных посягательств; уменьшение числа совершаемых преступлений. Специальные: неотвратимость наказания; поощрение достойного поведения осужденного и ужесточение наказания за совершение повторного преступления. Данное предложение представляется более целесообразным, поскольку именно эти цели наказания получили отражение в нормах УК РФ и исходят из уже существующих в нем способов реализации, а также представляются достижимыми и поддаются контролю их выполнения.

Глущенко София Сергеевна (Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Перспектива трансформации права в условиях грядущей технологической сингулярности

Ключевые слова: эволюция права, искусственный интеллект, цифровое право.

The prospect of the transformation of law in the context of the coming technological singularity

Key words: evolution of law, artificial intelligence, digital law.

1. В последнее время я все чаще слышу такое словосочетание как «Искусственный интеллект» (далее – ИИ). Наверное, нет ни одной отрасли, с которой бы в настоящее время не связывали это популярное в последнее время словосочетание. Чем же обусловлен повышенный в последнее время интерес к ИИ?

2. Чтобы ответить на этот вопрос, предлагаю обратиться к еще одному, пока что не такому популярному словосочетанию, как первое, но, по моему мнению, имеющему не менее глобальные перспективы - «Технологическая сингулярность». Это условный момент в истории, по прошествии которого технический прогресс становится настолько быстрым и сложным, что окажется недоступным пониманию. Авторство этого термина отнесено к известному американскому ученому-математику и писателю-фантасту Вернору Винджу. Он писал: «...мы на грани великих перемен. Всё, на что, как считалось, нужны «тысячи веков», случится в ближайшие сто лет...». По предположениям ученых такой момент будет следующим после создания именно ИИ и выразится в интеграции человека с вычислительными машинами. Сам Вернон Виндж считает, что технологическая сингулярность может наступить уже около 2030 года¹.

3. Полагаю, что устойчивую тенденцию к подтверждению данного прогноза наглядно иллюстрируют следующие доводы. В докладе «Будущее рынка труда-2018», озвученном в рамках Экономического форума в Давосе в 2018 году, в частности, было отмечено, что если в 2018 году «умные машины» выполняли 29% рабочих задач, то к 2022 году их доля составит 42%, а к 2025-му прогнозируется до 52%². Аналитики консалтинговой компании Gartner спрогнозировали, что уже в текущем году технологии ИИ будут присутствовать практически во всех новых программных продуктах и сервисах. Их коллеги из IDC подсчитали, что к 2021 году ИИ позволит бизнесу получить дополнительную выручку в размере \$1,1 трлн за счет внедрения алгоритмов ИИ в системы управления взаимоотношениями с клиентами. Аналитики PricewaterhouseCoopers в своем исследовании решили заглянуть еще дальше и подсчитали, что к 2030 году ИИ обеспечит рост глобального ВВП на 14%, или \$15,7 трлн.³

¹Виндж В., Технологическая сингулярность. Статья-доклад. (впервые представлен на симпозиуме VISION-21, который проводился в 1993 году Центром космических исследований NASA им. Льюиса и Аэрокосмическим институтом Огайо) // URL: <http://www.computerra.ru/think/35636/>

²Доклад на Всемирном экономическом форуме в Давосе «Будущее рынка труда 2018» (TheFutureofJobsReport) // URL: <https://reports.weforum.org/future-of-jobs-2018>

³Нечеловеческие способности, статья // URL: <https://www.gazprom-neft.ru/press-center/sibneft-online/archive/2018-september-projects/1863686/>

4. Понимаю, что на краткосрочность реализации данных прогнозов, возможно, повлияла возникшая на пороге прошлого и текущего годов ситуация, осложненная угрозой распространения новой коронавирусной инфекции COVID-19. Тем не менее, не правда ли, впечатляющие цифры от не менее «впечатляющих» своим авторитетом организаций?

5. Вне зависимости от вышеуказанных расчетов и научных «выкладок» авторитетных организаций, приведу следующий пример в подтверждение важности выбранной мной темы. За последние 500 лет действительно произошла значительная трансформация роли и определения ИИ: от «помощника» человека в громоздких вычислениях (такой ролью наделял ИИ Леонардо Да Винчи, разрабатывая тринадцатиразрядное суммирующее устройство¹) до новейших разработок «гигантов» Microsoft, Google, Apple, Samsung (осуществивших за последние 10-15 лет полное перерождение телефонных аппаратов из простых устройств в полноценные мобильные компьютеры – смартфоны) и Tesla (экспериментирующую с беспилотниками), наделяющих машины вполне реальными возможностями соперничать с ролью человека в целом ряде отраслей, а, возможно, и в разных направлениях искусств. Именно такую роль в будущем отвел ИИ знаменитый английский математик Алан Тьюринг, предложивший считать интеллектуальной такую машину, которую испытатель в процессе общения с ней не сможет отличить от человека².

6. Если у кого-то еще остались сомнения, то предлагаю «вспомнить» совершенно свежий пример – прошедшую 24 сентября т.г. в онлайн формате презентацию обновленных сервисов, изобилующих ИИ, крупнейшего отечественного банка под руководством Германа Грефа³.

7. Полагаю, не случайно в октябре 2019 года Президент России В.В. Путин утвердил национальную стратегию развития ИИ до 2030 года, в которой в том числе дано определение ИИ как комплексу технологических решений, позволяющих имитировать когнитивные функции человека и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека⁴.

8. С учетом стремительного развития технологии ИИ одним из существенных вопросов ближайшей перспективы, по моему мнению, будет являться формирование соответствующего правового поля, которое не только должно зафиксировать принципиально новые правоотношения, возникающие в связи с появлением новых «интеллектуальных машин», но и будет обязано обеспечить защиту прав человека в таких отношениях и в возможных их последствиях.

9. Для аргументации традиционно приведу несколько примеров. Начну с наиболее серьезных, по моему мнению, перспектив. Прежде всего, это возможные опасные ситуации, инициированные с участием «интеллектуальных машин». Так, руководитель центра компетенций CURPAS из Германии Уве Майнберг смоделировал ситуацию с дроном, который может выронить свой груз и тот упадет не на землю, а на голову человека или на

¹Счетная машина Леонардо да Винчи, статья // URL: http://all-ht.ru/inf/history/p_1_0.html.

²Нечеловеческие способности, статья // URL: <https://www.gazprom-neft.ru/press-center/sibneft-online/archive/2018-september-projects/1863686/>.

³Сбер – больше чем Банк // URL:<https://www.sber.ru/conf>.

⁴Указ Президента РФ от 10 октября 2019 г. № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» // URL: www.kremlin.ru.

АЭС. Кто будет виноват в последствиях двух ситуаций? Немецкий эксперт не нашел ответ на вопрос¹.

10. Еще больше подобных ситуаций можно спрогнозировать в связи с появлением на дорогах автомобилей-беспилотников. Вопрос ответственности таких машин, в частности, был отработан учеными на мысленном эксперименте в области этики, получившем название «проблема вагонетки». Беспилотник на определенном участке пути должен сделать выбор кем пожертвовать: пятью привязанными к рельсам людьми или на другом ответвлении одним привязанным к рельсам человеком.²

11. Кто должен быть признан виновным в аварии, произошедшей по вине беспилотников? Какие правовые нормы должны быть положены в основу принимаемых ИИ решений? Такие ситуации требуют четкого определения конкретных субъектов права, которые понесут ответственность. Носитель ИИ - не человек, который может принять решение на дороге спонтанно. Поступить он может только так, как заложено в программе его создателями. Поэтому, в рамках действующего законодательства потенциальными виновниками таких опасных ситуаций в зависимости от причин последствий могут быть признаны производители, владельцы машин, разработчики технологии или программного обеспечения, поставщики, а также страховая компания. В настоящее время большинство экспертов придерживаются мнения, что носитель ИИ пока еще не может быть признан правовым субъектом.⁸

12. Еще один актуальный вопрос: «А должны ли быть у носителя ИИ права, в том числе на результаты его «интеллектуальной деятельности»? Например, в США ни Закон об авторском праве, ни судебная практика, ни практика Ведомства по авторскому праву не допускают возможности признания авторского права на произведения, созданные без участия человека. Это исключает возможность признания результатов, создаваемых системами ИИ произведениями и распространения на них авторско-правовой охраны. Специалист по авторскому праву Джейн Гинзбург предупреждает: «Даже если результат работы машины удивляет людей, которые программировали, обучали или управляли ею, когда она выдает неожиданный результат, кажущийся следствием какой-то невидимой творческой силы, нельзя делать вывод, что машина может считаться «автором»... Итоговый результат, даже если он уникален и совершенно непредсказуем, является прямым результатом работы машины, который, в свою очередь, неизбежно является результатом творческой деятельности человека – разработчика или пользователя»³.

13. Есть и еще одна проблемная сторона вопроса, обусловленная возможными этическими пределами наделяния «интеллектуальных машин» полномочиями: «Может ли ИИ решать судьбы людей?» Например, в банковской сфере ИИ уже давно применяется при проведении проверок благонадежности заемщиков с целью одобрения или отказа им в

¹Коллизии «права роботов», статья // URL: <https://www.itweek.ru/ai/article/detail.php?ID=195514>.

² «Принцип вагонетки». Статья // URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%B1%D0%BB%D0%B5%D0%BC%D0%B0_%D0%B2%D0%B0%D0%B3%D0%BE%D0%BD%D0%B5%D1%82%D0%BA%D0%B8/.

³Мотовилова Д.А., Перспективы авторско-правовой защиты результатов, созданных системами искусственного интеллекта, с позиции американского права, статья // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2019. № 23, март. с. 56-67.

выдаче кредита. Преимущество его применения является скорость принятия автоматизированного решения. Вместе с тем, такие действия создают предпосылки для дискриминации людей со стороны ИИ при принятии решения относительно заемщиков.

14. В будущем, например, речь может идти о роботах-судьях. В этой ситуации произойдет делегирование полномочий вынесения решений или приговора относительно живых существ алгоритмам, неживому существу, которому чужды нормы человеческой морали и этики.

15. Ученые признают, что в настоящее время вопрос правового регулирования условий существования ИИ и его интеграции в иные системы (в первую очередь, в человеческое общество) остается неразрешенным. Причина - отставание теории права от научно-технического прогресса¹.

16. Так может ли в настоящее время носитель ИИ быть признан субъектом права? Я считаю, что в классическом определении этого термина, в настоящее время, наделенная ИИ машина не является полноценным субъектом права, потому что к субъектам права (в классическом его понимании) могут быть отнесены лица, которые обладают способностью иметь права и обязанности, среди которых выделяются физические и юридические лица. В то же время, все чаще употребляемое в последнее время экспертами понятие «электронное лицо» (или «технологическое лицо») пока еще не нашло своей правовой основы в законодательстве. Еще один немаловажный аспект, которым в настоящее время не обладают «умные машины» — это ответственность. По моему убеждению, это важнейший аспект правосубъектности, так как без ответственности не бывает и прав.

17. В дальнейшем, принимая во внимание спрогнозированную учеными недалекую перспективу наступления технологической сингулярности, а вместе с ней и увеличение спорных в отношении ответственности ИИ ситуаций, я считаю необходимым формирование такого правового поля, в котором в том числе будет предусмотрена оптимальная для человечества возможность придания правосубъектности носителям ИИ. Учитывая, что традиционной до настоящего времени концепцией правосубъектности римского права не предусмотрена правовая оценка стремительно зарождающимся принципиально новым «технологическим» правоотношениям, наиболее вероятным решением будет принятие обществом новой «международной правовой платформы», формирующей основы таких правоотношений.

18. Вполне вероятно, что это будет один из вариантов КиберКодекса, над созданием которого уже трудятся российские эксперты в IT-технологиях и разработка которого была анонсирована в рамках проекта «#ПравоРоботов» на конференции Skolkovo Robotics.

¹Волеводз А.Г., Шестак В.А. Современные потребности правового обеспечения искусственного интеллекта: взгляд из России: учебная статья // МГИМО МИД России, Москва: МГИМО-Университет, 2019. 10 с.

Горобий Александр Олегович(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Природа и содержание понятия «арбитражное судопроизводство» в контексте конституции РФ

Ключевые слова: арбитражный процесс, гражданский процесс, гражданское судопроизводство, российский правопорядок, фундаментальная норма.

THE NATURE AND CONTENT OF THE CONCEPT OF "ARBITRAZH PROCEEDINGS" IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTION OF THE RUSSIAN FEDERATION

Key words: arbitrazh proceedings, civil proceedings, civil justice, Russian legal system, fundamental norm

1. Масштабная конституционная реформа 2020 г.¹ коснулась многолетней научной дискуссии об институте «арбитражное судопроизводство». В статье анализируется значение появления нового вида судопроизводства, производится анализ и последствия такого законодательного решения в контексте научной литературы и объективной реальности.

2. В настоящий момент как в российской, так и в зарубежной правовой действительности в основу построения системы законодательства положена концепция нормативизма права. Представленная теоретическая конструкция, разработанная Гансом Кельзеном, закладывает в основу права норму (систему норм), которые и образуют в совокупности систему права. Для Кельзена право — это «нормы», а «норма» — это «правило, выражающее тот факт, что кто-то обязан поступить определенным образом»². Правовая система представляет собой иерархию норм, и сила каждой как правового установления, основана на норме более высокого ранга, опосредующую все нижестоящие.

3. Высшей степенью выступает фундаментальная, основная норма (Grundnorm) – исходный пункт процедуры создания позитивного права, которая постулирует: «должно вести себя так, как предписывает конституция». Далее в нисходящей степени следуют конституционные нормы, законы и общие нормы, являющиеся производными от конституции. Низшую степень образуют так называемые индивидуальные нормы, создаваемые судом и органами управления применительно к отдельным правовым ситуациям, они являются производными от норм высших ступеней.

4. Так, принудительное истребование доказательств у какого-либо лица основано на соответствующей индивидуальной норме – определении суда в рамках разбирательства по делу. Данная индивидуальная норма имеет силу, т.к. институт истребования доказательств, регламентирован Гражданским процессуальным законом – ГПК РФ. ГПК РФ черпает силу из Конституции РФ. Конституция РФ черпает силу из Grundnorm российского правопорядка.

1 Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 N 1-ФКЗ "О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти" // СПС «Консультант плюс»

2 Kelsen, H. General Theory of Law and State. Translated by Anders Wedberg. Originally published: Cambridge: Harvard University Press, 1945. P. 35.

5. Центральное утверждение правового позитивизма ясно предполагает требование, чтобы законодатель, «инструктирующий» суды, не только указывал им, как они должны обнаруживать закон, но еще и создавал бы содержание этого закона и при этом давал бы полную свободу действий¹.

6. Фундаментальная норма любой системы права конструируется таким образом, чтобы все нормы более низшего порядка неукоснительно соответствовали содержанию исходного конструкта, обратное полностью рушит весь смысл иерархичного деления норм.

7. Примат Конституции над всеми иными нормами, регламентирующими правопорядок, предполагает ее особую своеобразность в качестве фундаментальной нормы, что должно выражаться в виде ее незыблемости, неизменяемости, постоянности, обратное означало бы правовую нестабильность, произвольность правового регулирования.

8. Тем не менее, частота с которой российский законодатель производит внесение изменений в базис российского правопорядка, тем более столь непоследовательным образом, не может вселять уверенность в значимость и целесообразность какого-либо очередного изменения, а наоборот, заставляет правовое сообщество рассчитывать всевозможные риски в связи с перманентной правовой неопределенностью.

9. Аналогичные соображения представляется верным применить и относительно понятия «Арбитражное судопроизводство», внесенного в последней редакции Конституции РФ².

10. Долгая теоретическая дискуссия была оставлена без внимания законодателем. Так, профессор Сахнова Т.В. применила и обосновала широкое понятие «цивилистического процесса»: «Цивилистический процесс един в своей сущности, но вовне представлен двумя формами судебной защиты: посредством судов общей юрисдикции и арбитражных судов, но с единой высшей судебной инстанцией (Верховным Судом РФ)³».

11. Подход, говорящий об общности гражданского и арбитражного процессов, логичен, основан на частноправовой автономии субъектов обоих процессов, позволяющей оным распоряжаться «объектом процесса и средствами защиты или нападения»⁴, а также на предмете и общности отношений, из которых проистекает судебная тяжба «диспозитивность материальных правоотношений, по поводу которых возникает судебная тяжба, предопределяет диспозитивные и состязательные начала гражданского судопроизводства»⁵.

12. Тем не менее законодатель провел дихотомию гражданского судопроизводства, отделив от него арбитражное⁶. Указанная реформа указывает на желание законодателя отделить арбитражный процесс от гражданского, возможно сделать арбитражные суды некими «специализированными» судами в сфере гражданской юрисдикции.

1 Ibid. Pp. 35, 40.

2 Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 N 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» // СПС «Консультант плюс».

3 Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2014. – С. 26.

4 Васильковский Е.В. Курс гражданского процесса: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. – М.: Статут, 2016. – С. 346.

5 Абзац 3 п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 16.07.2004 N 15-П // СПС «Консультант Плюс» (дата обращения: 20 ноября 2019 г.).

6 Примечательно, что аналогичное нововведение не было привнесено в ФКЗ «О судебной системе».

14. Однако это представляется крайне непоследовательным изменением в ключе упразднения Высшего Арбитражного Суда РФ в 2014 году¹. В связи с поглощением Верховным Судом РФ Высшего Арбитражного Суда РФ, юридическое сообщество пыталось понять реформу как стремление к объединению арбитражного и гражданского процессов и, как следствие, к приближению единства процессуальной формы (единого ГПК).

15. Таким образом, с одной стороны, новый виток практических и теоретических дискуссий о природе арбитражного и гражданского процесса даст возможность взглянуть на базовые вещи более детально и, как следствие, развить их содержание, с другой стороны, очередная правовая неопределенность и непоследовательность законодателя вызывает все больше опасений относительно стабильности правового регулирования и выполнения задач цивилистического процесса (ст. 2 ГПК РФ, АПК РФ).

16. Представляется правильным, для начала, определиться с вектором движения цивилистического процесса (что уже сложно из-за долгого звездаобразного движения в разные стороны) и последовательно двигаться в одном направлении:

а) единства судебной системы: после упразднения ВАС РФ, исключения института подведомственности, возобновить работу над единым ГПК;

б) дифференциации: отделив арбитражное судопроизводство от гражданского, дать развитие идее специализированных судов со своими высшими инстанциями (что уже сложно после упразднения ВАС РФ).

Выбор подхода не имеет принципиального значения в период, когда не один из поступательных изменений не претворяется в жизнь. Законодателю необходимо определиться, а остальное исправит практика.

¹ Закон РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации».

Джамалов Мухтар Джамалудинович(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Восприятие принципов правового статуса личности в арабо-мусульманском мире

Ключевые слова: личные права, статус личности, европейское право, исламское право

PERCEPTION OF THE PRINCIPLES OF CIVIL RIGHTS AND FREEDOMS IN THE ARAB-MUSLIM WORLD

Key words: civil rights, legal status of an individual, European law, Islamic law

1. Статья посвящена анализу особенности понимания принципов личных прав и свобод в европейской и исламской теориях относительно правового статуса личности. В статье рассматриваются некоторые конституционно-правовые принципы статуса личности через призму исламского права. Автор статьи, используя метод сравнительного правоведения, анализирует различия во взглядах на проблему и приходит к выводу о том, что позиция арабо-мусульманского мира относительно правового статуса личности зародилась намного раньше общепринятой европейской теории, при этом она учитывает все устоявшиеся современные принципы.

2. Арабские страны в современных реалиях ассоциируются с исламом неспроста. Развитие и укрепление арабской государственности происходило одновременно с появлением ислама. Арабская правовая культура неразрывно связана с религией. «аль Ислам» переводится с арабского как «покорность» – покорность Богу. Сама религия подразумевает под собой подчинение Божьим законам, что демонстрирует нам связь религии с правом.

3. Особенностью и главным отличием прав и свобод человека в исламской правовой мысли от общепризнанных западным миром норм является то, что они дарованы человеку Создателем, и именно Он является источником этих прав¹. Никто и ничто не может каким-либо способом умалить те права, которыми человек был наделен Богом, независимо от политического режима в стране. Данными правами в одинаковой мере обладают все мусульмане независимо от наличия у них гражданства какого-либо государства, а также немусульмане, проживающие на территории государств мусульманской правовой системы.

4. Именно позиция дарования прав и свобод Богом людям является камнем преткновения между европейским и арабо-мусульманским взглядом на проблемы статуса личности. Именно отсюда нам следует начинать анализ различий между теориями. Теория естественных и неотчуждаемых прав является относительно молодой теорией, которая нашла понимание в европейском научном сообществе. Однако, мы считаем, что нельзя закрывать глаза на исламскую позицию относительно статуса личности. Данная позиция зародилась задолго до общепризнанной ныне теории, при этом она не являлась плодом деятельности

1 Насер, Аль Али. Защита прав и свобод человека в арабских странах. М. / Аль Али Насер. Москва: КНОРУС, 2018. С.12

учёного или их группы. Мусульманская теория статуса личности является своеобразным консенсусом между приверженцами этой религии, люди сошлись на мнении, по различным для них причинам, что существует Бог, который оживляет и умерщвляет, соответственно право на жизнь, как и все остальные права, являются Его даром. Данное мнение является в исламе основополагающим, между мусульманскими учёными существует «иджма» – единодушное согласие по поводу этого вопроса.

5. Чтобы наглядно увидеть различия в восприятии тех или иных принципов личных прав и свобод, проведем анализ предложенных профессором С.А. Авакьяном принципов конституционно-правового статуса личности через призму исламской модели с ее особенностями:

1. **Свобода личности.** По мнению С.А. Авакьяна полной свободы не может существовать, так как человеку необходимо считаться с тем социумом, в котором он состоит¹. Свобода личности имеет определенные рамки, не позволяющие причинять вред интересам общества, а общество не нарушает границ личных свобод. Аналогично Коран прямо запрещает вмешательство в личную жизнь человека, а также посягательство на его имущество. Человек наделяется правами на свободу мысли, свободу убеждений и свободу их выражений, однако Коран вводит ограничения на эти права с целью охраны общественного порядка, нравственности, а также уважения прав, сохранения чести и достоинства других лиц. Немного по-другому обстоят дела с правом на свободу вероисповедания. Коран признает все авраамические религии и называет христиан и иудеев «людьми Писания», приверженцы этих религий могут свободно исповедовать свою религию и не принуждаются к принятию ислама, ведь Коран прямо говорит: «нет принуждения в религии»². Однако, для людей Писания вводятся ограничения в публичном исполнении религиозных обрядов. Подобные нормы прямо прописаны в некоторых арабских конституциях. Вместе с тем, переход из ислама в другую религию является преступлением против религии и влечет за собой санкции.

2. **Естественное происхождение прав и их неотчуждаемость.** Теория естественных и неотчуждаемых прав, появившаяся в результате буржуазных революций, не нашла понимания в мусульманском мире, так как не соотносится с религиозным убеждением о том, что жизнь человека и его права – Божье дарование. К слову, ни одна арабская страна, кроме Судана и Туниса, не гарантирует своим гражданам право на жизнь. Арабский ученый Абдель Вахид аль Фара считает, что права человека являются универсальными правами, так как дарованы Богом всем людям независимо от их принадлежности к какому-либо государству или религии³. Отличие прав, закрепленных в Международном билле о правах человека, и других современных выведенных прав человека заключается в том, что они представляют собой регулирование отношений между обладающими властными полномочиями людьми и людьми им подчиненными, между членами

1 Авакьян С. А. Конституционное право России. Учебный курс: учеб. пособие: в 2 т. / С. А. Авакьян. — 5 е изд., перераб. и доп. — М.: Норма: ИНФРА М, 2014. Ст.575

2 Коран. Сура «аль-Бакара», аят 256

3 Аль Фар А.В. Ислам и права человека (сравнительный анализ). Каир, 1990. С.277 (на араб. языке)

общества для достижения справедливых отношений между ними и стабильности. Исламские же законы являются словом Бога и регламентируют отношения людей с Богом, а также друг с другом. Они являются неизменными и действуют вне времени, пространства, а также распространяются на неограниченный круг лиц. Современный мир лишь в 20-ом веке пришел к универсальности каких-то базовых прав, которые должны иметь место быть вне зависимости от принадлежности к какому-либо государству, тогда как в мусульманской правовой мысли данное понятие универсальных прав образовалось одновременно с возникновением ислама как религии еще в 7-ом веке и распространялось на всех людей. Один из ранних юристов ханафитской правовой школы Имам Абу Бакр аль Джасас писал: «Мусульманин и немусульманин не различаются в правах человека». Также, в своем недавнем выступлении министр по делам ислама, призыва и наставления Саудовской Аравии шейх Абдель Латыф аль аш-Шейх заявил, что права человека в Саудовской Аравии не являются искусственно выведенными, а основываются на религии и морали¹.

3. **Соответствие статуса личности международным стандартам.** По мнению арабского ученого и исследователя в области прав человека Мухаммада Ахмада Муфти современные права, упомянутые в Международном билле о правах человека, не являются общими для всех, так как образовались в результате буржуазных революций и представляют интересы западного мира. Он считает, что лишь права, дарованные людям Богом, могут являться общими для всех². Это подтверждает невозможность глобальной универсализации в данном вопросе, так как в странах мусульманской правовой системы «западный» подход к восприятию прав и свобод личности не нашел понимания. Более того, сама идея универсальности возникла в арабо-мусульманском мире гораздо раньше, что указывает на самостоятельность мусульманской правовой системы по ряду вопросов.

4. **Всеобщность основных прав и свобод.** Данный принцип устанавливает довольно широкий круг лиц, обладающих теми или иными правами. Как уже говорилось выше, современный мир отказался от внутригосударственного регулирования прав человека. Теперь правами и свободами в каком-либо государстве пользуются не только его граждане, а также иностранцы и лица без гражданства. В статье 3 Арабской хартии прав человека 2004 года прописана обязанность государств-участников обеспечивать права и свободы людей, находящихся в их юрисдикции, вне зависимости от их пола, расы, религии, политических и иных убеждений³. Данный принцип аналогично используется и в исламском праве. Люди, независимо от их принадлежности к какой-либо группе, наделяются практически всеми основными личными правами и свободами.

5. **Юридическое равенство граждан.** Равноправие должно быть именно юридическим, позволяющим людям в равной мере пользоваться своими права, а также

1 См.: URL: <http://saudianews.ru/?p=25753> (дата обращения 07.04.2020)

2 Муфти М. Права человека в исламе. Катар, 1997. С. 34 (на араб. языке)

3 См.: Ст.3 Арабской хартии прав человека 2004 года (вступила в силу в 2008 году) // URL: https://web.archive.org/web/20080512051558/http://www.acihl.org/res/Arab_Charter_on_Human_Rights_2004.pdf (дата обращения 07.04.2020)

быть равными перед законом и судом. Коран также провозглашает равенство всех людей перед Творцом. Кроме того, пророк Мухаммад (мир ему и благословение) говорил: «Нет преимущества араба над неарабом», что еще раз свидетельствует о том, что права и свободы, провозглашенные исламской религией, распространяются не только на арабский мир¹.

6. **Реализация демократических основ в законодательстве.** Данный принцип означает, что все провозглашенные права и свободы должны быть реализованы непосредственно в законодательстве. Несмотря на то, что конституции арабских стран провозглашают и гарантируют основные права и свободы, их тексты содержат оговорки и ограничения, которые используются органами государственной власти для ущемления граждан в осуществлении прав и свобод².

7. Данный анализ позволяет нам проследить различия во взглядах на понятие свободы личности в западном и исламском понимании. В исламской правовой модели закрепилась сильная позиция по тем или иным вопросам с учетом исторического и культурного (религиозного) наследия, что позволяет нам сделать вывод о ее самостоятельности. По мнению автора попытка универсализации (в данном случае вестернизации – навязывание именно западной модели) не может иметь успеха, так как различные правовые системы выработали свое мнение по тем или иным вопросам, в том числе по восприятию прав и свобод человека.

6. Как мы знаем, ислам даровал арабам многие права и свободы, которые в современном мире считаются основными, еще в VII веке. Мы можем утверждать, что именно тут впервые официально были закреплены и провозглашены большинство прав и свобод в современном понимании. В период расцвета арабо-мусульманского государства в его владения входили не только мусульманские территории, но и территории, где уже получили распространение иудаизм, христианство, а также различные местные верования. Следствием этого стало уравнивание в основных правах всех жителей государства независимо от их происхождения или вероисповедания. Данный период можно считать периодом расцвета арабо-мусульманского мира во всех планах, в том числе и в правовом. Дальнейшая раздробленность, а также стремление каждого к власти в своем регионе привели к ее узурпации в различных регионах некогда единого государства. Монархи арабских государств никак не ограничивались в своих действиях и имели полноту власти во всех сферах, утратила силу в большинстве стран выборность главы государства. В подобной ситуации о каких-либо правах и свободах граждан говорить не приходилось. Арабский мир надолго вышел с международной арены. После окончания мировых войн начинается тенденция по демократизации большинства арабских стран, что вылилось в так называемую «арабскую весну», результатом которой стало увеличение количества прав и свобод в этих государствах. Так, если в Конституции Египта 1973 г. содержала порядка 20 статей, посвященных правам и

1 Ахмад ибн Ханбаль, сборник хадисов, том 5, хадис №411

2 Сапронова М.А. Арабский Восток: власть и конституции. М. / Московский государственный институт международных отношений (Университет); «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2001. с.166

свободам, то Конституция 2014 г. – 49. То же самое прослеживается и в других странах, переживших народные волнения – Марокко, Тунис, Сирия и т.д.

7. Таким образом, на сегодняшний день мы становимся свидетелями интеграции некоторых западных идей в арабо-мусульманский мир, однако не следует забывать, что данные идеи воплощаются с учетом специфики региона. На наш взгляд полная интеграция невозможна, а религиозная позиция по многим вопросам является достаточно авторитетной, следовательно, является возможным заимствование тех или иных идей из другой правовой системы, но о полной универсализации речи не идет. Попытки навязать свое мнение по таким важным вопросам, как статус личности, вызовет острую реакцию со стороны представителей арабо-мусульманского мира.

Ерышев Владислав Игоревич(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Правовое положение Русской Православной Церкви в Российской Империи

Ключевые слова: церковное покаяние, наказание, уголовное право, Русская Православная церковь, Российская империя.

THE LEGAL STATUS OF THE RUSSIAN ORTHODOX CHURCH IN THE RUSSIAN EMPIRE

Key words: church repentance, punishment, criminal law, Russian Orthodox Church, Russian Empire.

1. В настоящее время в Российской Федерации закреплён принцип светского государства, согласно которому «никакая религия не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной»¹, а также «религиозные объединения отделены от государства и равны перед законом»². Если положение касательно общеобязательной религии более или менее ясно, то слова об отделении церкви от государства или соединении с ним требуют больше разъяснений. В первую очередь стоит понимать, что «отделение» не означает полного разрыва религиозных организаций с государственной системой. Данный тезис является справедливым хотя бы по тому, что государство устанавливает рамки, в которых данные организации должны осуществлять свою деятельность. Более того, религиозные объединения могут косвенно влиять на государственную систему: верующие люди также входят в число граждан, а значит могут быть кем-то представлены в парламенте той или иной страны. Поэтому принцип отделения церкви от государства в первую очередь означает выделение той или иной религиозной организации из системы государственного аппарата.

2. Обращаясь к истории сосуществования Российского государства и Русской Православной Церкви, непременно можно найти период, когда данная религиозная организация являлась частью государственного механизма. Такой порядок существовал во время существования Российской Империи и сложился в период правления Петра I. В 1721 году был принят Духовный регламент³, который устанавливал создать Духовную Коллегию (Синод). Данный орган должен был управлять всеми духовными делами во Всероссийской Церкви. Также в регламенте содержался текст присяги, которую обязан был дать каждый член Духовной Коллегии.

3. Стоит отметить, что дела, подлежащие управлению Духовной Коллегии подразделялись на два вида: 1) общие дела всей церкви, которые касались как клира, так и мирян; 2) дела, собственным чином потребные. Второй род содержал в себе вопросы внутреннего церковного устройства, а также особых мирских дел, как, например, бракоразводные процессы. Таким образом можно прийти к выводу, что Духовная Коллегия

¹ Конституция Российской Федерации, статья 14, пункт 1.

² Там же, пункт 2.

³ Регламент или Устав Духовной Коллегии 1721 года. (Полное Собрание Законов Российской Империи с. 1649 года. Том VI. Стр. 314)

регламентировала действия не только священнослужителей и церковнослужителей, но и мирян – подданных Российской Империи, которые исповедовали Православную веру.

4. После создания Духовной Коллегии Российский император полноправно стал главой Российской Церкви, что будет подтверждено в акте о престолонаследии 1797 года: «...предоставлено наследующему лицу избрать веру и престол, и отречься вместе с Наследником от другой веры и престола...для того, что Государи Российские суть Главою Церкви»¹.

5. Также крайне важными являются положения, которые содержатся в первом томе Свода Законов Российской Империи (Свод Основных Государственных Законов). Во-первых, в данном документе даётся обоснование самого существования самодержавной власти Императора: повиноваться ей необходимо, так как данное положение является повелением Самого Бога². Во-вторых, устанавливается, что первенствующей и господствующей верой является Православная Кафолическая вера Восточного исповедания³. Более того, сам Император обязан исповедовать Православие⁴. В-третьих, необходимо обратить внимание на процедуру восшествия на престол нового Императора: присяга даётся по вере и закону⁵, особое же внимание уделяется подданным православного вероисповедания: присяга проводится в соборах, монастырях или приходских церквях⁶. Само коронование называется священным обрядом⁷ и представляет из себя своего рода религиозную клятву, при которой Государь в том числе произносит символ Православной Кафолической Веры. Таким образом Император подтверждает приверженность Православной вере, а также свои права на престол. В-четвертых, Император является верховным защитником и хранителем догматов Православной веры⁸. Церковное управление же производится посредством Святейшего Правительствующего Синода, самодержавной властью учрежденного⁹.

6. В самом Священном Писании церковная организация обозначается словом *εκκλησία*. Данный термин имеет несколько значений. Во-первых, под этим словом понимается учреждение, которое будет существовать до конца мира¹⁰. Во-вторых, оно может означать какую-либо приходскую общину¹¹. И в-третьих, что наиболее интересно, данный термин может пониматься как всеобщий союз всех христиан, для обозначения которого используется понятие Церковь Кафолическая¹².

7. Исходя из правовых норм, установленных в Российской Империи, а также из различных пониманий церковной организации можно определить сущность действительного

¹ Акт, Высочайше утвержденный в день священной Коронации Его Императорского Величества, и положенный для хранения на престоле Успенского Собора 1797 года. (Полное Собрание Законов Российской Империи с 1649 года. Том XXIV. Стр. 588)

² Свод Законов Российской Империи. Издание 1906 года. Том 1, ст. 4.

³ Там же. Статья 62.

⁴ Там же. Статья 63.

⁵ Там же. Статья 56.

⁶ Там же. Статья 56, примечание 1.

⁷ Там же. Статья 58, примечание 2.

⁸ Там же. Ст. 64.

⁹ Там же. Ст. 65.

¹⁰ Суворов Н. С. Курс церковного права. Т. 1, с. 3

¹¹ Там же. С. 4

¹² Там же.

соотношения государства и церкви, а также её правовое положение в то время. Во-первых, стоит отличать Российскую Православную Церковь как учреждение, состоящее из священнослужителей и церковнослужителей, которые были частью государственного механизма, замыкаясь не главе Церкви – Императоре, и как союз православных христиан, проживающих на территории Российской Империи. В этот союз входили не только клирики, но и миряне, в том числе и Император, но уже как личность, а не в рамках своей должности. Во-вторых, концепция соотношения церкви и государства заключается в следующем: церковь, как часть государственного аппарата (учреждение) является и частью самого государства, однако, если брать понимание церкви как всеобщего союза христиан, то в данном смысле уже государство является частью церковной организации в качестве структуры по её управлению на определенной территории. Данный тезис находит подтверждение в следующем: Император как личность, не может исповедовать никакую другую религию кроме православной, что отражается и в *религиозном* обряде коронации. Сам императорский титул также имеет христианскую природу, так как содержит в себе должность главы Российской Церкви. Поэтому и дача присяги новому Императору тоже происходит в рамках религиозного обряда и означает по своей сути согласие в том, что всеобщим союзом православных христиан в России будет управлять определенный человек.

Заварзина Нелли Валерьевна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Проблемные аспекты патентования лекарственных средств

Ключевые слова: лекарственные средства, условия патентоспособности изобретения, новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость.

PROBLEMS OF MEDICINE PATENTING

Key words: medicine, conditions of patentability, novelty, inventive level, industrial applicability.

1. Дискуссионные вопросы при установлении соответствия лекарственного средства условиям патентоспособности изобретения. В настоящей работе автором приведены позиции по данным вопросам, отраженные в судебной практике и доктрине.

2. Лекарственное средство может получить правовую защиту в качестве изобретения при его соответствии определенным условиям. В национальном законодательстве¹ и международном праве выделяются три основных условия патентоспособности изобретения: новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость². Для лекарственных средств перечисленные условия обладают определенной спецификой, которую необходимо изучить подробнее.

3. При установлении новизны лекарственного средства дискуссионным является вопрос о том, какая часть информации о химическом веществе может содержаться в общем доступе. Видится верным решение, согласно которому только раскрытие всей существенной информации о лекарственном средстве исключает возможность его дальнейшего патентования³. Напротив, если хотя бы одно из обязательных составляющих химического вещества остается неизвестным, то лекарственное средство в целом считается соответствующим критерию новизны. Более того, патентованию подлежат уже известные вещества и смеси по новому назначению⁴. При установлении новизны в данном случае учитываются не непосредственно вещества, а сфера предполагаемого действия изобретения, которая должна качественно отличаться от уже существующей.

4. При установлении изобретательского уровня лекарственного средства ключевым остается вопрос о степени неочевидности изобретения. Думается, что лекарственное средство

¹ Административный регламент исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на изобретение и их рассмотрения, экспертизы и выдачи в установленном порядке патентов Российской Федерации на изобретение (Утвержден приказом Министерства образования и науки Российской Федерации от 29 октября 2008 г. No 327) // [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/meetings/session_22/comments_received/russian_federation_ru1.pdf (дата обращения 11.12.2020).

² Пиличева Анна Владимировна. Лекарственные средства как объекты патентных прав: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук // Москва, 2015; 6. Федеральный закон от 12 апреля 2010 года No 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» // СПС «КонсультантПлюс».

³ "Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности" (ТРИПС/TRIPS) [рус., англ.] (Заключено в г. Марракеше 15.04.1994) (с изм. от 06.12.2005 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Конвенция о выдаче европейских патентов от 5 октября 1973 года // rupto.tu [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: https://rospatent.gov.ru/content/uploadfiles/exhibition_corr_ormatted.pdf (дата обращения 11.12.2020).

должно не просто иметь неожиданный технический результат, а способствовать прогрессу в области медицины. Так, в качестве технического результата допускается указание на «локализацию действия» и «снижение токсичности» лекарственного средства, ибо эти критерии свидетельствуют о повышении эффективности изобретения и могут быть проверены эмпирическим путем¹.

5. При установлении промышленной применимости лекарственного средства проблемным является оценка полезности изобретения. Предлагается ориентироваться на его пригодность для выполнения основных функций, перечисленных в Федеральном законе «Об обращении лекарственных средств»². В качестве доказательств промышленной применимости распространено использование данных доклинических и клинических исследований. Кроме этого, для лекарственных средств предусмотрена экспертиза качества и экспертиза отношения ожидаемой пользы к возможному риску применения лекарственного препарата для медицинского применения. Данные экспертизы являются необходимыми, поскольку требуется выяснить не только эффективность изобретения, но и его безопасность.

6. Таким образом, при патентовании лекарственного средства в качестве изобретения следует учитывать перечисленные особенности. Важно также отметить недостаточность правовой базы для точной регламентации описанной процедуры³. Поэтому видится необходимым дальнейшее совершенствование законодательства с целью устранения дискуссионных вопросов при установлении соответствия лекарственного средства условиям патентоспособности.

¹ Ворожевич Арина Сергеевна. Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук // Москва, 2015.

² Федеральный закон от 12 апреля 2010 года № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 N 230-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

Problems of legal protection of private investors

Key words: investors, securities market, brokers

1. Рынок ценных бумаг в наши дни претерпевает существенные метаморфозы . Для понимания причин и механизмов действия таких процессов необходимо рассмотреть экономическую ситуацию в мире в целом. Пандемия COVID-19 наложила существенный отпечаток на текущие экономические процессы . Так, из-за введённых в связи с пандемией ограничений и возникших в связи с этим проблем в экономике страны многие национальные и международные регуляторы приняли решение о снижении ключевой ставки¹.

2. Вслед за снижением ключевой ставки планомерно снизились ставки по банковским вкладам, кои служили для многих частных инвесторов инструментом накопления, сбережения, защиты своих средств от инфляции и др. В связи с этим многие частные инвесторы начали искать новые инструменты для упомянутых целей , наиболее популярным из которых стал рынок ценных бумаг ; отмечался значительный приток капитала физических лиц на биржу².

3. За счёт увеличения интереса множества частных лиц к участию в торгах на бирже возрос спрос на брокерские услуги . Так как рынок брокерских услуг весьма конкурентный , в связи с ростом спроса на брокерские услуги возросла и конкуренция компаний за клиентов , что побудила брокеров к улучшению собственных сервисов и повышению клиентоориентированности, а также улучшению условий обслуживания для клиентов.

4. Большинство новоиспечённых лиц , желающих воспользоваться услугами брокера для торговли на рынке ценных бумаг, не обладают профессиональными навыками и знаниями в сфере торговли на рынке ценных бумаг , а также, в большинстве своём, не имеют достаточных юридических знаний, чтобы в подробностях изучить все условия , предлагаемые брокером, и не стать жертвой возможной недобросовестности контрагента или же собственной юридической неподготовленности.

5. Ярким примером может служить политика большинства брокеров касательно регулирования возможности использования свободного остатка ценных бумаг и денежных средств, которое также именуется займом овернайт . При заключении договора об обслуживании на рынке ценных бумаг брокер обычно не позволяет клиенту выразить своё несогласие на такие операции ; в подавляющем большинстве случаев брокер даже не уведомляет клиента о возможности проведения операций по займу овернайт и не разъясняет клиенту их суть.

¹ The Federal Reserve Board of Governors in Washington DC // URL: <https://www.federalreserve.gov/>; Центральный Банк Российской Федерации // URL: <https://cbr.ru/>.

² Росбизнесконсалтинг // URL: <https://www.rbc.ru/finances/28/11/2019/5ddeb6079a794763b64b79f7>; Investing // URL: <https://ru.investing.com/news/forex-news/article-1983509>.

6. Отрицательные факторы, связанные с операциями займов овернайт вкупе с неосведомлённостью клиента, заключаются в следующем. В случае введения в отношении брокера процедуры банкротства, если на момент введения процедуры какие-либо активы данного инвестора будут в займе овернайт, его требования как кредитора в отношении этих активов могут остаться не полностью удовлетворёнными или неудовлетворёнными. Это обусловлено тем, что в тот момент, когда брокер осуществляет у данного клиента заём, право собственности на ценные бумаги, депонированные на отдельном счёте и защищённые от рисков, связанных с обязательствами брокера, заменяется обязательством брокера по возврату суммы займа. Опасность для данного инвестора состоит в том, что долговые обязательства брокера перед ним в рамках процедуры банкротства могут оказаться неудовлетворены согласно очередности инвестора как кредитора.

7. Для неопытного частного инвестора (впрочем, как и для любого другого) подтверждение своими действиями договора, содержащего пункт о том, что инвестор позволяет брокеру использовать свободный остаток ценных бумаг и денежных средств, чревато вышеупомянутыми последствиями. Однако особую актуальность это приобретает именно в отношении начинающих, неопытных инвесторов, которые с наименьшей вероятностью будут осведомлены о возможных проблемах с займами овернайт, и ещё менее вероятно, предпримут действия по нивелированию рисков.

8. Другой значительной угрозой правам и законным интересам неопытных инвесторов является нежелание брокеров в угоду своим интересам полноценно уведомлять своих клиентов об изменении условий правовых документов (регламентов, генеральных соглашений и др.), в соответствии с которыми осуществляется обслуживание инвесторов. Многие брокеры (например, один из самых быстро набирающих популярность брокеров - Тинькофф Банк¹) склонны отсылать клиентов к опубликованной на сайте информации, которая может изменяться, и только дальнейшее прямое выражение клиентом своего желания расторгнуть договор будет причиной для соответствующего действия. Таким образом, чтобы не упустить потенциально важное изменение в правовом документе, регламентирующем брокерское обслуживание, клиент должен практически каждый день изучать опубликованные на сайте документы на несколько десятков страниц. Разумеется, начинающему инвестору не придёт в голову такой расклад вещей.

9. В то же время, шаблонность договоров, заключаемых без личного присутствия клиента в офисе брокера (онлайн), не позволяет включить в типовой договор требование клиента о прямом уведомлении по почте или иным способом.

10. Ещё одним «подводным камнем» даже для инвесторов, осведомлённых о вышеуказанных рисках, является то, что инвестор не может быть уверен, что его средства не используются брокером для погашения собственных обязательств. Ярким примером выступает ситуация, когда клиенты, использующие срочный рынок, должны уплачивать брокеру согласованное договором вознаграждение для выполнения брокером своих обязательств по договору с клиринговой организацией. Согласно договору, обязательства брокера могут быть погашены за счёт средств инвесторов, использующих срочный рынок.

¹ Регламент оказания услуг на финансовом рынке АО «Тинькофф Банк». Редакция 15., - П. 35., - С. 80. – 2020.

Даже в случае , если брокер обособляет свои средства от средств клиентов , он всё равно держит средства «срочников» и лиц , не использующих срочный рынок «в одной корзине» . Таким образом , клиринговое обеспечение уплачивается из объединённых средств всех инвесторов, что, согласно тестам договоров ряда брокеров, не является использованием ценных бумаг в интересах брокера . В ряде случаев это усугубляется ещё и тем , что договор предусматривает право клиринга потребовать у брокера исполнить обязательство путём открытия сделки РЕПО, даже если клиент отключил возможность овернайттов.

11. Были перечислены лишь некоторые из существующих проблем . Исходя из вышесказанного, мы можем охарактеризовать частных инвесторов как уязвимую группу , которая нуждается в дополнительной защите . Однако к таким лицам, согласно определению СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 19 декабря 2017 г. N 18-КГ17-249¹, не применим Закон «О защите прав потребителей»², что лишает их наиболее очевидного и эффективного средства правовой защиты.

12. Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что частные инвесторы нуждаются в дополнительной правовой защите . Примером может послужить ужесточение законодательства в области обязывания брокера информировать клиентов о рисках , сопряжённых с заключением договора брокерского обслуживания , а также с деятельностью на рынке ценных бумаг в общем. Также видится правильным введение дополнительных законодательных механизмов, регулирующих обособление имущества клиентов и брокера, а так- же их обязательств. К тому же, следует обучать частных инвесторов не только работе непосредственно на рынке ценных бумаг, но и осуществлять обучение, направленное на восполнение пробелов в юридических знаниях.

13. Косвенным механизмом защиты прав инвестора может также послужить облегченный порядок перевода активов от одного брокера к другому по желанию инвестора . На данный момент , к сожалению, приходится констатировать, что эта процедура весьма сложна, затратна и растянута во времени.

14. Это лишь некоторые из возможных правовых механизмов защиты прав частных инвесторов, количество которых стремительно растёт в наши дни.

¹ Гарант.ру // URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71753982/>.

² Закон РФ от 07.02.1992 N 2300-1 (ред. от 18.04.2018) «О защите прав потребителей» // СПС КонсультантПлюс

Детско-родительские отношения и религия: опыт Англии

Ключевые слова: детско-родительские отношения, английское семейное право, родительская ответственность, религиозное воспитание, споры о детях, религиозный суд.

Child-parenting and religion: the experience of England

Key words: parent-child relations, English family law, parental responsibility, religious education, disputes about children, religious court.

1. В работе рассматривается один из аспектов родительской ответственности в Англии – религиозное воспитание. Анализируются роль принципа обеспечения наилучших интересов ребенка при разрешении споров о детях, связанных с религией, и возможность обращения в религиозный суд. Приведенная судебная практика показывает воспринятый в настоящее время английскими судами подход в отношении определения родителями религии ребенка и его религиозного образования.

2. Подход английских судов при разрешении споров, связанных с религиозным воспитанием, претерпел существенные изменения в течение последних полутора веков. Отказ от категорий «родительская власть» и «родительская опека» в конце 20-го века стал общим для европейских государств¹. Закон «О детях» 1989 года впервые ввел понятие «родительской ответственности»². Возник вопрос о возможности определения круга регулируемых вопросов и самого термина. Однако несмотря на поверхностную притягательность закрепления перечня, стало понятно, что это будет неестественным и искусственным ограничителем: подобный список пришлось бы менять время от времени и, кроме того, он должен был бы быть разным для каждого этапа взросления ребенка. Тем не менее в доктрине указываются основные части родительской ответственности, среди них - определение религии ребенка³.

3. Закон «О детях» 1989 года, продолжая предыдущие статуты⁴, говорит о первостепенной роли принципа обеспечения наибольшего благополучия ребенка, а также перечисляет аспекты, на которые суду необходимо обратить внимание при разрешении споров о воспитании. Вопросы религии прямо не названы, однако включена широкая формулировка об учете «происхождения и других значимых особенностей»⁵.

4. Английская судебная практика не пытается настаивать на применении исключительно светских норм в тех случаях, когда применение религиозных не нарушает

¹ Sherpe J.M. European Family Law. Vol. II: The Changing Concept of «Family» and Challenges for Domestic Family Law. Edward Elgar Publishing, 2016. 378 p.

² Children Act 1989. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> (дата обращения: 04.01.2020).

³ Boele-Woelki K., Braat B., Curry-Sumner I. European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities, European Family Law Series No. 9. Intersentia, 2005. 821 p.

⁴ Lowe N. V., Douglas G. Bromley's Family Law. 11th Edition. OxfordUniversityPress, 2015. 1128 p.

⁵ Herring J. Family law. 4 th. ed. Oxford, 2009. 915 p.

закрепленные принципы. Эта идея была, в частности, провозглашена в известном деле, рассмотренном Палатой Лордов¹: никакая культура не может оцениваться лучше или хуже другой; мы не знаем, что включает в себя обеспечение «наилучших» интересов ребенка, законодательство содержит лишь обстоятельства и характеристики, которые суд учитывает, у нас нет априорного верного утверждения о том, что именно лучше для ребенка, принцип благополучия широк и гибок при толковании. В Законе нет ничего, что запрещало бы судам при определении будущего ребенка придавать значение культуре, в которой он рос.

5. В деле ReG было сформулировано обобщение: «Судья не может сопоставлять никакую религию с другой ..., суды не учитывают религиозные различия людей и не выносят решения, основываясь исключительно на убеждениях или других нормах, воспринятых какой-либо социальной группой»². Все подобные правила заслуживают равного уважения и учета при условии, что они соответствуют закону, социально приемлемы, неоскорбительны и неопасны. В этом деле родители спорили о школе ребенка: отец выступал за еврейскую ультра-ортодоксальную, а мать – за ортодоксальную, но дающую также широкое светское образование. Аргументами в пользу позиции матери для судьи послужили следующие обстоятельства: разносторонние образовательные возможности; эмоциональные взаимоотношения и возможность детей в будущем вернуться к более религиозному образу жизни. Похожей была логика решения в деле, где отец-мусульманин, опираясь на принцип, в соответствии с которым ребенок должен расти в таких религиозных убеждениях, в каких он бы рос, если бы государство не было вынуждено вмешаться, подал иск против бабушки и дедушки – католиков и местного органа опеки, которые, по его мнению, не прикладывали достаточно усилий для поддержания мусульманской религиозной принадлежности ребенка, однако суд его не поддержал³.

6. Все выше рассмотренные дела показывают подчинение религии праву. Дело AI против MT демонстрирует возможность обратного⁴. Оно замечательно тем, что стороны (пара ортодоксальных евреев) захотели передать свой спор в религиозный суд «Бейт-Дин» Нью-Йорка. Английский судья согласился с этим предложением, пояснив, что исход этого рассмотрения будет иметь значение для суда, но не будет обязательным. Во время рассмотрения английский судья сделал ряд приказов, включая приказ, позволяющий матери и младшему ребенку поехать в Нью-Йорк, и о временном контакте между детьми и их отцом.

7. Описывая это дело, судья акцентирует внимание на том, что несмотря на множество мнений о невозможности совмещения религиозного и светского, суд смог не только удовлетворить желание сторон разрешить их спор, опираясь на их религиозные авторитеты, но также поддерживал процесс на решающих этапах⁵. Отметим, что для судьи важным был вопрос учета основополагающего принципа благополучия ребенка при рассмотрении в Бейт-Дине, предварительно он удостоверился, основываясь на экспертных данных, что принципы, которые будут применяться раввинским судом в отношении детей, соответствуют

¹ Re J (A Child) (Child returned Abroad: Convention Rights) [2005] UKHL 40, [2006] AC 80.

² Re G (Education: Religious Upbringing) [2012] EWCA (Civ) 1233, [2013] 1 FLR 677.

³ Re A and D (Local Authority: Religious Upbringing) [2010] EWHC 2503 (Fam), [2011] 1 FLR 615.

⁴ AI v MT (Alternative Dispute Resolution) [2013] EWHC 100 (Fam).

⁵ Boele-Woelki K., Braat B., Curry-Sumner I. European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities, European Family Law Series No. 9. Intersentia, 2005. 821 p.

положениям английского права. В то же время, судья отметил, что из его решения не следует, что в других случаях спор, касающийся детей, может быть передан на рассмотрение религиозного органа.

8. Право, насколько это возможно, должно содействовать сторонам, а не создавать для них препятствия. В завершение стоит процитировать 104-ого архиепископа Кентерберийского Р. Уильямса: «Гражданство светского государства не должно приводить к необходимости отказа от религиозных догм, равно как и религиозная принадлежность не должна лишать человека прав и свобод, закрепленных в светском государстве»¹.

¹ Williams R. Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective // Ecclesiastical Law Journal. 2008. №10 (3). 262-282 p.

Сделки о невозможном

Ключевые слова: сделка, исполнение, невозможность исполнения, неисполнимая сделка, недействительность сделки..

DOCTRINE OF IMPOSSIBILITY AND INVALID CONTRACTS

Key words: contract, enforcement, impossibility of performance, unenforceable contract, invalidity of contract

1. Классическое выделение среди порочных сделок недействительных и незаключенных кажется недостаточным в случаях, когда сделка уже на момент принятия на себя обязательств сторонами не может быть исполнена в силу объективных причин, не связанных с юридическим несовершенством сделки. В работе рассматриваются основные подходы к квалификации заведомо неисполнимых сделок и предлагается сбалансированный вариант регулирования последствий заключения соглашений, в основу которых положены такого рода сделки.

2. Цивилистическая доктрина оставила без внимания правовую конструкцию сделок, характеризующихся изначальной невозможностью их исполнения. Речь идет о ситуации, при которой на момент совершения сделки обязательство, принимаемое на себя одной из сторон, не может быть исполнено в силу объективных факторов.

3. Неудивительно, что данная проблематика была обозначена преимущественно юристами-практиками, поскольку подобного рода ситуации являются неординарными, что, тем не менее, не должно являться формальным поводом для игнорирования предлагаемой темы.

4. В целях избежания неправильного понимания невозможности исполнения обязательства в контексте данной работы, представляется важным подчеркнуть, что имеется в виду существующая на момент совершения сделки невозможность исполнения обязательства, которая по своему характеру является необратимой, то есть в силу законов природы у должника в дальнейшем не может каким-либо образом появиться возможность исполнить данное обязательство, как это, например, может иметь место в случае продажи будущей вещи, которую можно изготовить после заключения договора.

5. Следует оговориться, что право, как совокупность законодательных предписаний, является явлением идеальным, не способным физически влиять на поведение людей, поэтому так называемая юридическая невозможность исполнения не является обстоятельством, объективно препятствующим сторонам исполнять взятые на себя обязательства (к примеру, у юридического лица, не имеющего лицензии на осуществление страховой деятельности, имеется фактическая возможность выдать контрагенту «страховой полис» и при наступлении «страхового случая» осуществить «страховую выплату» выгодоприобретателю). В таком случае совершенные сторонами сделки, как правило, признаются недействительными.

6. Весьма удачным, но не единственным, примером для обсуждения обозначенной темы служит ситуация, при которой продавец заключает с покупателем договор купли-

продажи, предметом которого является индивидуально определенная вещь, погибшая к моменту заключения данного договора.

7. Понятие неисполнимой сделки (неисполнимого договора) встречается в судебной практике¹, однако едва ли можно говорить об уместности употребления судами данной категории. В большинстве случаев судьи указывают на неисполнимость сделки в случае юридической невозможности исполнения обязательства, как правило, при недействительности сделки по различным основаниям.

8. Обозначенная проблема не исчерпывается догматическим значением, выраженным в стремлении надлежащим образом обосновать с помощью разработанных цивилистической наукой конструкций сущность данного феномена. Практическая направленность данной тематики заключается, в частности, в определении правовых последствий заключения подобного рода сделок, а также характера и пределов ответственности неисправной стороны, если, конечно же, такая ответственность в принципе допустима. Не исключается необходимость основательного законодательного или, как минимум, разъяснительного вмешательства в целях однозначного закрепления данного правового явления в российском обязательственном праве.

9. Научная литература и ряд мнений отдельных представителей профессионального сообщества в основном содержат следующие подходы к правовой квалификации рассматриваемого явления:

- 1) Сделка о невозможном является ничтожной²;
- 2) Сделка о невозможном признается отсутствующей, что влечет признание договора незаключенным в случае, если покупатель знал о невозможности исполнения, а в случае, если не знал – сделка оспорима на основании её совершения покупателем под влиянием обмана³;
- 3) Сделка является действительной, а обязательство, возникшее на её основании – существующим⁴.

10. Первый вариант кажется привлекательным ввиду его простоты, однако поддержать его – значит согласиться с тем, что в данном случае сделка недействительна по основанию, не предусмотренному законом, что противоречит императивному правилу п. 1 ст. 166 ГК РФ [9]. Помимо этого, кажется несправедливым лишать кредитора права на возмещение убытков, связанных с возможным наступлением негативных последствий неисполнения обязательства должником.

11. Второй подход представляется неудачным ввиду его дифференцированного отношения к судьбе заключенной сторонами сделки, основанным на нелегко доказуемом факте осведомленности одной из сторон сделки об изначальной невозможности исполнения

¹ Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.06.2020 г. №А63-17847/2018; Определение Верховного Суда РФ от 30.01.2017 г. №305-ЭС16-14210; Определение Верховного Суда РФ от 27.08.2020 г. №305-ЭС20-4693.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1902, С.424; Бевзенко Р.С. Сделка о невозможном – какая она? 2020. URL: https://zakon.ru/blog/2020/8/11/sdelka_o_nevozmozhnom_-_kakaya_ona

³ Брагинский, М.И., В.В. Витрянский. Договорное право. Договоры о передаче имущества. М., 2002, С. 9.

⁴ Генкин Д.М. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения. М., 2005, С. 181; Байбак В.В. Невозможное возможно? 2020 URL: https://zakon.ru/blog/2016/2/19/nevozmozhno_vozmozhno.

обязательства, что может послужить причиной неопределенности как для самих сторон договора, так и для третьих лиц. Кроме того, вряд ли можно согласиться с признанием договора незаключенным, поскольку по всем существенным условиям договора воля сторон была согласована, а признание сделки недействительной как совершенной под влиянием обмана невозможно в случае, когда о невозможности исполнения неизвестно самому должнику по данному обязательству.

12. Последняя задумка отдаленно может показаться наиболее состоятельной в силу фундаментального принципа диспозитивности и свободы договора. Действительно, по какой причине сторонам следует не позволять брать на себя любые обязательства, в том числе такие, которые являются заведомо неисполнимыми?

13. Однако, если взглянуть на ситуацию с другой стороны и задаться вопросом о смысле возникновения и дальнейшего существования обязательства, которое никогда не будет исполнено, то можно прийти к выводу, что наличие в обороте подобного рода обязательств скорее вредит его участникам, нежели приносит какую-либо пользу. Данный довод объясняется теоретически возможным появлением недобросовестной практики уступки прав требования по невозможным обязательствам, которые представляют из себя не более чем *nudumius*, подобно существовавшему ранее рынку «векселей-пустышек», эмитенты по которым ликвидировались. Помимо этого, не исключается возможность абсурдной ситуации, при которой должник по невозможному требованию будет впадать в неограниченную временными рамками просрочку, подвергаясь бесконечному начислению неустойки за несвоевременную передачу индивидуально определенной вещи, не имея при этом возможности каким-либо образом прекратить действие договора.

14. Иные идеи, связанные с изначальной невозможностью исполнения обязательств, в большинстве случаев представляют собой незначительно видоизмененные вариации вышеуказанных.

15. Важно отметить утрату актуальности ранее встречавшейся идеи о необходимости расширительного толкования ст. 416 ГК РФ путем распространения её действия и на изначальную невозможность исполнения обязательства [10]. После 1 июня 2015 года законодателем было подчеркнуто распространение её действия только на обязательства, невозможность исполнения которых была вызвана обстоятельством, наступившим после его возникновения. Кроме того, с позиции формальной логики видится неправильным подход к прекращению обязательства, которое не возникло, если, конечно же, сторонники данного подхода не подразумевали использования фикции «юридического мгновения», на которое обязательство возникло и тут же прекратилось.

16. Вышеизложенные рассуждения могут навести на мысль о логическом тупике, однако это не так. Вероятно, следует признать, что изначальная невозможность исполнения обязательства является некоторым *suigeneris*, проблему которого следует решить нормотворческим путем.

17. Представляется обоснованным сузить сферу последствий заключения сделок о невозможном, признавая отсутствие правовой силы не у самой сделки, а у невозможного обязательства, которое стороны намеревались породить такой сделкой.

18. Такой подход представляется более гибким, поскольку он позволял бы сохранить действие сделки в целом, что имело бы особую актуальность в случае, если обязательство должника не охватывалось исключительно невозможным (например, при установлении в договоре альтернативного или факультативного обязательства). Стороны также получили бы возможность исправить содержание договора, внося в него изменения в части обязанностей должника, заменив их на действия, совершить которые имеется реальная возможность. Кроме того, при сохранении действительности сделки в целом могут сохраняться предоставленные обеспечения по обязательствам, встречным по отношению к невозможному (к примеру, сохранится действие банковской гарантии или поручительства, обеспечивающих обязательство покупателя по оплате товара).

19. Помимо изложенного, кажется справедливым предоставить сторонам договора, обязательство по которому оказалось заведомо неисполнимым, право расторгнуть его в одностороннем порядке. Также видится правильным возложение ответственности должника перед кредитором в виде обязанности возместить возникшие у последнего убытки в случае, когда должнику было заранее известно об изначальной невозможности исполнения обязательства. Таким образом, разработка конструкции сделок о невозможном является резонной задачей, требующей глубокого научного и практического осмысления.

Корчуганова София Павловна (Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Существенное нарушение договора поставки в российском гражданском праве и Венской конвенции ООН 1980 г.

Ключевые слова: существенное нарушение договора поставки, Венская Конвенция ООН 1980 года о договорах международной купли-продажи товаров, цель договора, разумное использование товара с его нынешними недостатками, устранение недостатков товара без неразумной задержки и неразумных неудобств

THE FUNDAMENTAL BREACH OF CONTRACT OF SALE IN RUSSIAN CIVIL LAW AND THE CISG 1980

Key words: fundamental breach of contract of sale, supply agreement, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, causa of contract, reasonable use of defective goods, liquidation of defects in good within reasonable period and with reasonable efforts

1. На практике возможность расторжения договора поставки вследствие существенного нарушения договора должником является критически важной для кредитора. Однако концепция существенного нарушения договора поставки в российской доктрине мало развита. Данная концепция, которую мы можем найти в статье 450 Гражданского кодекса, была заимствована из Венской Конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров. На основе анализа судебной практики, зарубежного опыта, а также доктринальных разработок, автор приходит к выводу, что применение результатов развития данной концепции на международной арене к российским реалиям будет способствовать пониманию и формированию собственной доктрины.

2. В соответствии с философией, проводимой Венской Конвенцией 1980 г., в доктрине¹ и в практике² сложилось понимание того, что признание совершения существенного нарушения в целях расторжения договора – это крайнее средство (the last resort), к которому сторона может прибегнуть только в случае, если все остальные средства правовой защиты являются неудовлетворительными. Так, разработаны в основном три теста, на основании которых можно определить существенность нарушения.

3. Первый тест – это то, что нарушение не является существенным до тех пор, пока нарушение можно исправить (curability test) посредством ремонта товара ненадлежащего качества либо доставкой нового товара надлежащего качества, и данная мера будет предпринята другой стороной без неразумной задержки, и, не создавая для покупателя неразумных неудобств или неопределенности в отношении компенсации продавцом расходов, понесенных покупателем, в соответствии со статьей 48(1) Венской Конвенции 1980 года³.

¹ Koch R. The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Kluwer Law International, 1999. – 344 p.

² Bundesgerichtshof, 3 April 1996, № VIII ZR 51/95; Bundesgericht (Switzerland), 18 May 2009, № 4A_68/2009.

³ CISG-AC Opinion no 5, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents 7 May 2005, Badenweiler (Germany). Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel.

4. Второй тест гласит, что нарушение не является существенным, если потерпевшая сторона может разумно использовать товар с его нынешними недостатками (reasonable use test)¹. Если покупатель все еще может продать товар без вреда своей репутации, хотя и по более низкой цене, то нарушение не является существенным, и покупатель может требовать только убытков². Или если у покупателя есть возможность произвести другой товар из поставленного товара более низкого качества, то договор не был существенно нарушен³. Любое сомнение в существенности должно толковаться в пользу признания нарушения⁴.

5. В соответствии с третьим тестом, применение двух упомянутых тестов не может быть оправдано, когда совершенное нарушение договора привело к прекращению существования цели договора для кредитора⁵. Прекращение цели договора вследствие нарушения является основным критерием определения существенности нарушения, в то время как последствия нарушения договора (прямые и косвенные убытки) могут рассматриваться для определения существенного нарушения, но не являются решающим фактором. Главным поводом для такого заключения служит тот факт, что в основном все экономические потери, какими бы они ни были, могут быть возмещены.

6. Таким образом, в случае отсутствия закрепления в договоре самими сторонами тех нарушений, которые будут считаться существенными, существенным нарушением будет признано такое нарушение, вследствие которого цель договора, преследуемая кредитором, больше не имеет значения, теряет смысл. Может быть установлена обычная цель договора, то есть цель использовать товар, так же как и товар того же описания обычно используется. Может быть установлена более конкретная цель, которая предполагает определенные требования к товару, которые отсутствуют при обычном использовании данного товара. Соответственно, после установления цели договора суд должен определить привело ли данное нарушение к прекращению существования цели договора для кредитора, принимая во внимания другие средства правовой защиты, возможное устранение нарушения и разумное использование товара ненадлежащего качества. Если для кредитора больше нет легитимного интереса в сохранении договора вследствие утраты цели заключения договора, то суд должен санкционировать расторжение договора. Так, в *film coating machine case* покупатель был продавцом мебели⁶. Покупатель купил новый на рынке, усовершенствованный аппарат, который, как было обещано, был способен обрабатывать материал с четырех сторон одновременно вместо обычных аппаратов на рынке, которые обрабатывали максимум с трех сторон одновременно. Когда аппарат был доставлен покупателю, покупатель обнаружил, что хотя аппарат и работал, но он не выполнял одну единственную функцию, ради которой он и был куплен – он позволял обрабатывать материал только с трех сторон одновременно, но не с четырех. Суд заключил, что так как цель договора была именно приобретение той машины,

¹ Schroeter U.G. in Schlechtriem & Schwenzler. UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG), A Commentary. 4th ed. Oxford University Press, 2016. - 1408 p.

² Appellate Court Frankfurt, 20 April 1994, 19940420.

³ Huber P. in Huber & Mullis. The CISG: a New Textbook for Students and Practitioners. Sellier European Law Publishers, 2007. – 408 p.

⁴ Bundesgericht (Switzerland), 18 May 2009, № 4A_68/2009.

⁵ Koch R. The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Kluwer Law International, 1999. – 344 p.

⁶ LG Heilbronn, 15 September 1997, № 3 KfH O 653/93

которая позволит обращаться с четырех сторон, то покупатель имел право отказаться от договора на основании прекращения существования данной цели для него вследствие нарушения договора продавцом.

5. Благодаря упомянутым тестам при оценивании нарушения учитывается как интерес должника, так и кредитора. Следовательно, правильное применение тестов исключает возможность злоупотребления со стороны кредитора – расторжение договора на основании одного лишь факта нарушения договора. Более того, это стабилизирует гражданский оборот, а самое главное – предоставляет должнику возможность выполнить свое обязательство и приобрести соответствующую репутацию. Таким образом, результаты развития концепции существенного нарушения согласно Венской Конвенции заслуживают внимания.

7. Пункт 2 статьи 450 ГК РФ, определяющий существенность нарушения почти полностью повторил Венскую Конвенцию 1980 года¹[10]. В отличие от сформировавшейся доктрины существенного нарушения, представленного в Венской Конвенции 1980 г., ничего похожего нет в российской доктрине, а судебная практика по этому вопросу противоречива. Единственное, до чего дошла российская доктрина, так это до противоположного вывода, что под ущербом нужно понимать денежные потери кредитора. Так, авторы комментария к части первой ГК РФ считают, что нарушение существенно тогда, когда есть последствия в форме упущенной выгоды или иных расходов, или нарушением был причинен неимущественный вред². Профессора М. А. Егорова и К.М. Арсланов считают, что ущерб включает в себя возможные затраты, необходимые для восстановления нарушенного права, суммы дополнительных расходов и неполученных доходов, негативные последствия воздействия на деловую репутацию организации и другие принадлежащие ей нематериальные блага. Более того, ВС РФ в своем определении указал, что "ссылающаяся на существенное нарушение договора сторона должна представить суду доказательства такого нарушения: неполучение доходов, возможное несение дополнительных расходов или наступление других последствий, существенно отражающихся на интересах стороны. Сам же факт наличия такого нарушения, в силу статьи 450 ГК РФ, не может служить основанием для расторжения договора"³[12]. Как уже было сказано, последствия, если есть, должны учитываться при признании существенности нарушения, однако они не должны быть решающим фактором, во-первых, потому что все убытки могут быть возмещены, и, во-вторых, даже при наличии определенных последствий цель договора может быть существенно не повреждена. Поэтому мы предлагаем придерживаться доктрины, разработанной в соответствии с положением Венской Конвенции 1980 г. о существенности нарушения, которое ГК РФ повторяет.

8. Статья 450 ГК РФ находится в подразделе об общих положениях договора. В отношении договора купли-продажи есть специальная норма - статья 475 ГК РФ - которая определяет, какие нарушения являются существенными: 1) обнаружение неустранимых недостатков, 2) недостатков, которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов

¹Соменков С.А. Прекращение и расторжение договоров: общее и особенное. М.: Законы России: опыт, анализ, практика, №2, февраль 2008.

²Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации: Часть первая от 30 ноября 1994 г. №51-ФЗ/ Н. А. Агешкина, Н. А. Баринов, Е. А. Бевзюк [и др.]; под ред. Н.А. Агешкина. 3-е изд. Саратов: Ай Пи Эр Медиа, 2019. — 1280 с. Ст. 450.

³Определение Верховного Суда РФ от 03.04.2001 N 18-В01-12.

или затрат времени, или выявляются неоднократно, либо проявляются вновь после их устранения, и других подобных недостатков. Однако так как нас интересует договор поставки, то следует обратиться к статье 523 ГК РФ, которая признает существенным нарушением поставщиком договора в случаях 1) поставки товаров ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок и 2) неоднократного нарушения сроков поставки товаров. Нарушение договора поставки покупателем предполагается существенным в случаях 1) неоднократного нарушения сроков оплаты товаров и 2) неоднократной невыборки товаров.

9. Необходимо заметить, что, действительно, нарушения, перечисленные в статьях 475 и 523 ГК РФ, чаще всего будут являться существенными нарушениями, влекущими право кредитора расторгнуть договор. Однако данные примеры иллюстрируют определение, содержащееся в статье 450 ГК РФ, которое должно преследовать выяснение настоящей утраты цели договора кредитора. Если не брать во внимание существенность нарушений, перечисленных в уже упомянутых статьях, тогда слепое их применение приведет к противоречивым решениям. Для того, чтобы придерживаться концепции существенного нарушения, провозглашенной в статье 450 ГК РФ, которая была заимствована из Венской Конвенции 1980 г., можно также опираться на выработанные мировым сообществом тесты, а именно - нарушение не является существенным, если есть возможность исправления нарушения, или кредитор может разумно использовать товар с его нынешними недостатками до тех пор, пока такое нарушение не привело к прекращению существования цели договора для кредитора.

Котленко Наталия Сергеевна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Изменение понимания института крупных сделок в Российском праве

Ключевые слова: крупные сделки, качественный критерий, количественный критерий, договор аренды.

CHANGING THE UNDERSTANDING OF THE INSTITUTION OF LARGE CASH TRANSACTIONS IN RUSSIAN LAW

Key words: large cash transactions, quality criterion, lease contract

1. Реформа законодательства Российской Федерации о крупных сделках привела к значительному изменению в понимании этого института. В статье анализируется значение появления крупного критерия для квалификации сделки как крупной, приводятся положительные и негативные последствия такого законодательного решения в сравнении с регулированием, проводимым в иностранных правовых порядках.

2. В 2016 году понятие крупных сделок значительно изменилось. Прежде всего, в законодательство был введен дополнительный критерий, необходимый для квалификации сделки как крупной - качественный критерий. Помимо этого, перечень сделок, которые могут быть признаны крупными, значительно расширился¹. Кроме того, в 2018 было принято Постановление Пленума Верховного Суда № 27², в котором также нашли отражение изменения в понимании института крупных сделок в российском праве. Ниже будет подробнее рассмотрены наиболее важные изменения и нововведения.

3. Как уже было сказано, первое изменение касается появления в тексте закона качественного критерия. В настоящее время сделка может быть признана крупной, только если она одновременно соответствует 2 критериям: стоимостному и качественному. Стоимостной критерий подробно описан в законе³. До реформы он считался ключевым для признания сделки крупной⁴. Понятие обычной хозяйственной деятельности в законе присутствовало, однако использовалось для исключения действия правил об одобрении крупных сделок. После реформы, именно выход за пределы обычной хозяйственной деятельности стал конститутивным признаком крупных сделок. Таким образом, если изначально законодателем крупная сделка определялась исключительно через критерий вреда, то в современном видении крупная сделка представляет собой именно существенное изменение хозяйственной деятельности сообщества.

¹ Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 16.02.1998. № 7. Ст. 785.

² Федеральный закон от 03.07.2016 N 343-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об акционерных обществах" и Федеральный закон "Об обществах с ограниченной ответственностью" в части регулирования крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // СЗ РФ. 2016. N 27 (часть II). ст. 4276.

³ Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020 N 514-ФЗ) // СЗ РФ. 01.01.1996. № 1. Ст. 1; Шиткина И.С. Экстраординарные сделки, совершаемые хозяйственными обществами. М.: Статут, 2017.

⁴ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 N 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» // Вестник ВАС РФ. 2002. № 3.

4. Несмотря на то, что принятые изменения имеют ряд положительных последствий (например, у судов появилась возможность отказывать в иске в том случае, когда сумма сделки является значительной, но ее заключение никак не нарушает интересы общества и его участников), новая формулировка также вызывает ряд вопросов.

5. Так, закон ничего не говорит о том, что следует понимать под обычной хозяйственной деятельностью. Установлено, что в случае, когда сделка не приводит к прекращению деятельности общества или изменению ее вида либо существенному изменению ее масштабов и соответствует осуществляемой обществом деятельности, она не считается выходящей за пределы обычной хозяйственной деятельности¹.

6. Данное громоздкое определение вызывает ряд вопросов.

Во-первых, не ясно, что имелось в виду законодателем под деятельностью общества. Следует ли к ней относить прописанную в уставе или же, наоборот, фактически осуществляемую деятельность? Этот вопрос может быть ключевым для признания спорной сделки крупной, поскольку уставы юридических лиц редко содержат ограничения для какой-либо коммерческой деятельности, в то время как фактически компании часто занимаются определенным видом (или несколькими видами) хозяйственной деятельности. Таким образом, закрепленная в уставе деятельность общества может быть шире сферы фактической деятельности юридического лица.

Во-вторых, в законе указано, какие сделки не выходят за пределы обычной хозяйственной деятельности. При этом непонятно, являются ли все остальные сделки, не подпадающие под данное описание, выходящими за ее пределы или нет. Законодательную формулировку можно трактовать по-разному. Так, положение закона может описывать, какие сделки точно не могут считаться крупными. Наравне с этим, законодатель мог подразумевать необходимость отнесения к категории крупных сделок всех тех, что не подходят под описание подпункта 4 статьи 78 Закона об акционерных обществах (пункта 8 статьи 46 Закона об обществах с ограниченной ответственностью). Этот вопрос является принципиальным, поскольку в случае оспаривания сделки именно истец должен доказать выход за пределы обычной хозяйственной деятельности².

7. Наконец, следует внести некоторую ясность относительно того, какое изменение масштабов деятельности общества считается существенным. Вероятно, этот критерий применяется по усмотрению суда, поскольку ни в законе, ни в соответствующей судебной практике не представлено должных разъяснений. Некоторые авторы называют подобные последствия «квазиликвидацией» или «квазиреорганизацией». Однако, несмотря на то, что указанные положения далеки от идеала, их принятие стало большим шагом вперед в регулировании крупных сделок, поскольку теперь у судов появилась возможность пресекать злоупотребления правом на обжалование крупной сделки.

¹ Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020 N 514-ФЗ) // СЗ РФ. 01.01.1996. № 1. Ст. 1; Шиткина И.С. Экстраординарные сделки, совершаемые хозяйственными обществами. М.: Статут, 2017.

² Федеральный закон от 03.07.2016 N 343-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об акционерных обществах" и Федеральный закон "Об обществах с ограниченной ответственностью" в части регулирования крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // СЗ РФ. 2016. N 27 (часть II). ст. 4276.

8. Как уже было отмечено выше, в 2016 году законодатель не только добавил качественный признак для признания сделки крупной, но также значительно расширил круг сделок, которые могут быть признаны крупными, изменив возможное содержание крупной сделки (например, включив в него передачу имущества во временное владение). Вероятно, такое изменение было продиктовано судебной практикой¹.

9. Так, в доктрине, равно как и в судебной практике длительное время велись споры относительно того, может ли быть признан крупной сделкой договор аренды. Несмотря на то, что до реформы договор аренды формально не подпадал под признаки крупной сделки, Высший Арбитражный Суд решил признавать его таковым с учетом определенных оговорок: заключенный договор должен вести к прекращению или существенному изменению деятельности юридического лица; должен быть иметь место долгосрочных характер договора. При этом со временем Суд изменил свое мнение относительно того, какой срок договора аренды считается достаточным для признания его крупным. Изначально в качестве ориентира указывался 15-летний срок². В последствии Высший Арбитражный Суд называл достаточным 5-летний срок договора аренды³.

10. Первый критерий в настоящее время применяется к любым спорным сделкам для признания их крупными. Второй критерий свое время критиковался А.А. Кузнецовым. По мнению автора, договор аренды, заключенный на срок до 1 года, может также сильно повлиять на деятельность юридического лица, и принести такой же ущерб его интересам и интересам его участников. Таким образом, по мнению автора, учитывать нужно в первую очередь влияние заключенного договора на хозяйственное общество⁴. Именно такой подход прописан сейчас в законе.

11. Таким образом, измененное законодательство не только включило позиции высших судебных инстанций относительно признания договора аренды крупной сделкой, но также исключило те положения, которые явно не соответствуют устоявшемуся гражданскому обороту⁵.

12. Изменение законодательного регулирования положительно сказалось на судебной практике, поскольку ранее возможность признания некоторых сделок, в частности, договора аренды, крупной вызывала у нижестоящих судов сомнения, несмотря на разъяснения Высшего Арбитражного Суда. Тот факт, что законодатель постепенно уходит от формального подхода к определению крупных сделок, говорит о лучшей защищенности интересов хозяйственных обществ и их участников.

¹ Кузнецов А.А. Крупные сделки и сделки с заинтересованностью // О собственности: Сборник статей к юбилею К. И. Скловского. М.: Статут, 2015.

² Кузнецов А.А. Крупные сделки и сделки с заинтересованностью // О собственности: Сборник статей к юбилею К. И. Скловского. М.: Статут, 2015.

³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 июня 2018 г. № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // Российская газета. 2018. № 145.

⁴ Маковская А.А. Новые правила Закона об акционерных обществах о крупных сделках и сделках с заинтересованностью // Хозяйство и право. 2016. №10. С. 3-35.

⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 N 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью» // Вестник ВАС РФ. июнь, 2014. N 6.

13. Стоит отметить, что постепенное изменение понимания института крупных сделок в российском праве соответствует зарубежному опыту. Например, в законодательстве Великобритании отсутствуют какие-либо запреты заключения крупных сделок. Однако, подобного рода сделки могут быть оспорены юридическим лицом или его участниками, если они причиняют ущерб юридическому лицу, а также являются следствием нарушения фидуциарных обязанностей (например, способствовать успеху компании) его руководителей. Похожий подход наблюдается в правовой системе Соединенных Штатов Америки¹.

14. В целом следует указать, что реформирование законодательного регулирования крупных сделок идет в правильном направлении, постепенно устраняются проблемы, существовавшие как в самих законах, так и в судебной практике. Однако, к сожалению, законодательство о хозяйственных обществах все еще содержит ряд проблем, требующих особого внимания. Остается только надеяться, что в скором времени все указанные выше пробелы будут должным образом урегулированы.

¹ Блэк Б., Крекман Р., Тарасова А. Комментарий Федерального закона об акционерных обществах / под общ. ред. А. С. Тарасовой. М., 1999.

Кузьмина Анастасия Валерьевна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Соотношение прав на промышленный образец и товарный знак: возможность комплексной охраны прав на дизайн товаров

Ключевые слова: промышленный образец, товарный знак, дизайн товаров, комплексная охрана, зарубежный опыт.

RIGHTS TO AN INDUSTRIAL DESIGN AND A TRADEMARK: THEIR RELATION AND THE POSSIBILITY OF COMPREHENSIVE PROTECTION OF RIGHTS TO DESIGN OF GOODS

Key words: industrial design, trademark, product design, integrated protection, foreign experience.

1. В статье проанализирована возможность комплексной охраны прав на дизайн товаров как промышленного образца и товарного знака. Делается вывод о фактической невозможности такой защиты в РФ и указывается на необходимость внесения изменений в законодательство РФ в отношении оснований для отказа в регистрации товарного знака.

2. Дизайн существенным образом влияет на рыночную конкурентоспособность товаров. В связи с этим, для Российской Федерации стратегически важно обеспечить адекватные правовые механизмы охраны прав на дизайн.

3. В Российской Федерации отсутствует легальное определение понятия «дизайн товаров». Анализ доктрины¹, судебной практики² и зарубежного законодательства³ позволяет определить дизайн товара как внешний вид товара, обусловленный орнаментальными особенностями в виде формы, узора, цвета и/или их сочетания.

4. Дизайн товара может охраняться с помощью различных правовых институтов. Как в РФ, так и за рубежом, дизайн товаров как правило подлежит охране в соответствии с законодательством о промышленных образцах, товарных знаках, авторском праве [20], а также законодательством о недобросовестной конкуренции. Кроме того, в некоторых странах, например, в ЕС, дизайн товаров является самостоятельным (*suigeneris*) объектом интеллектуальной собственности⁴, хотя во многом данный способ защиты сходен с промышленным образцом в РФ.

5. Как верно отмечает А.С. Ворожевич, для правообладателя наслоение режимов как правило является выгодным⁵. В связи с этим защита дизайна, используемого в течение

¹ Бромберг Е.М. Понятие дизайна товаров и его значение в отражении судебной практики // ИС. Промышленная собственность. 2019. № 6. С.56; 5. Николаева М.С. Правовая охрана дизайна (модели) одежды. Дисс. на соиск. уч. степ. к-та. юрид. наук. Москва, 2015. С. 35.

² Постановление Суда по интеллектуальным правам от 05.04.2019 N C01-246/2019 по делу N A40-50338/2018 // СПС КонсультантПлюс; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25.07.2019 N C01-540/2019 по делу N A40-105646/2017// СПС КонсультантПлюс; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 01.08.2019 N C01-512/2019 по делу N A40-203299/2018 // СПС КонсультантПлюс.

³ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, art. 3(a); Industrial Design Act 1985 (Canada), art. 2; Registered Designs Act 1949 (UK), art. 1.

⁴ Крупко С.И. Деликтные обязательства в сфере интеллектуальной собственности в международном частном праве: монография // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Ворожевич А. С. Нарушение исключительных прав на промышленные образцы: актуальные вопросы // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2019. № 1. С. 43.

длительного времени, является наиболее эффективной при сочетании режимов промышленного образца и товарного знака. Однако непоследовательные законодательные положения делают такую защиту в РФ практически невозможной.

6. В соответствии с пп. 2 п. 5 ст. 1352 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее по тексту – ГК РФ) возможна регистрация в качестве промышленного образца решения внешнего вида изделия, зарегистрированного в качестве товарного знака. Однако пп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ содержит запрет на регистрацию в качестве товарного знака обозначения, тождественного промышленному образцу. Таким образом, если дизайн товара зарегистрирован в качестве промышленного образца, он уже не может быть зарегистрирован в качестве товарного знака¹.

7. Представляется, что положение пп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ должно быть изменено по следующим причинам. Во-первых, предоставление возможности пп. 2 п. 5 ст. 1352 ГК РФ регистрации в качестве промышленного образца обозначения, зарегистрированного как товарный знак, означает, что законодатель допускает возможность одновременной защиты дизайна товара и как товарного знака, и как промышленного образца. В связи с этим является нелогичным недопущение одновременной защиты дизайна товаров, регистрируемого сначала в качестве промышленного образца, а затем – как товарного знака.

8. Во-вторых, данное положение ограничивает права добросовестных участников рынка на защиту дизайна товара. Как отмечает Всемирная организация интеллектуальной собственности, является вполне возможной ситуация, когда дизайн товара, изначально задуманный как промышленный образец, со временем начинает выполнять также и функции товарного знака и в этом случае такой дизайн подлежит кумулятивной защите. Отсутствие такой возможности в РФ существенно ограничивает обладателей прав на дизайн товара в способах защиты своих прав.

9. Следует отметить, что возможность регистрации дизайна товара сначала в качестве промышленного образца, а затем – в качестве товарного знака предусмотрена за рубежом. Например, такая возможность существует в США². В частности, в деле *KeystoneMfg. Co., Inc. v. JaccardCorp.* было указано, что в качестве товарного знака может быть зарегистрировано обозначение, которое ранее было объектом патента на дизайн³. Запрет на такую регистрацию также отсутствует в ЕС⁴, Канаде⁵, Швейцарии⁶. Данная позиция поддерживается также и в зарубежной доктрине⁷, в том числе в статьях практикующих юристов⁸.

¹ Генис А.В. Правовая охрана внешнего вида изделий в иностранных государствах // ИС. Авторское право и смежные права. 2018. N 1. С. 40.

² *InreMogenDavidWineCorp.* 328 F2d (C.C.P.A. 1964) Pp. 931-932.

³ *Keystone Mfg. Co., Inc. v. Jaccard Corp* 2007 WL (W.D.N.Y. 2007) P. 758.

⁴ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, arts. 4,5.

⁵ Industrial Design Act 1985 (Canada), art. 2

⁶ Federal Act on the Protection of Trade Marks and Indications of Source 1992 (Switzerland), arts. 2,3.

⁷ Perez M.S.Reconciling the Patent Act and the Lanham Act: Should Product Configurations Be Entitled to Trade Dress Protection after the Expiration of a Utility or Design Patent // Texas Intellectual Property Law Journal. 1996. № 4. P. 413; Prowda J.B. The Trouble with Trade Dress Protection of Product Design // Alb L Rev. 1998. № 61. P. 1315.

⁸ Durkin T-G. G., Shirk J. D. Design Patents and Trade Dress Protection: Are the Two Mutually Exclusive // J Pat & Trademark Off Soc'y. 2005. № 87. P 780.

10. Таким образом, представляется необходимым внесение изменений в пп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ.

Курманин Иван Евгеньевич(Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова)

Соотношение позитивного материального и религиозного права

Ключевые слова: юридический плюрализм, религиозное право, еврейское право, мусульманское право.

POSITIVE MATERIAL AND RELIGIOUS LAW: THEIR CORRELATION

Key words: legal pluralism, religious law, Jewish law, Islamic law.

1. В данной работе анализируются сущностные аспекты правового плюрализма и рассматриваются варианты соотношения позитивного материального и религиозного права в России.

2. В настоящее время в силу господства в науке взглядов на право с точки зрения правового позитивизма, как разновидности толкования природы права, понимаемого как совокупность действующих законов, и доминировании в юриспруденции таких выводов, как: 1) вне государства право отсутствует и 2) действия норм права ограничивается пределами власти государства¹; обходят стороной при изучении юриспруденции сущность юридического плюрализма и историческую школу права, рассматривающую право, как особое историческое явление, как язык и нравы, не устанавливаемые по чьему-либо указанию, не обязанные воле законодателя, а появляющиеся спонтанно и развивающиеся стихийно. В понимании исторического подхода к определению права подлинным источником права является не закон, принимаемый произвольно законодателем, изменяемый и отменяемый по воле государством, а обычай, который выражает дух народа², являющийся правом сам по себе и не нуждающийся в последующих требованиях по своей позитивизации³.

3. Правовой плюрализм является важной концепцией юридической науки и правовой антропологии, будучи социально-правовым явлением, которое характеризуется наличием в определенном обществе более одного правового механизма, имеющих различное действие в рамках однородных ситуаций по примеру сильной модели, когда позитивное право не может полностью подчинить право социальной ячейки (например, шариат и адатное право Кавказа первой половины XIX века), и слабой, когда позитивное право подавляет право полуавтономных социальных полей (положение галахи (еврейского права) в СССР)⁴.

4. Правовой плюрализм или полиюридизм может пониматься, как существование нескольких правовых систем в одном социальном поле – государстве или части его территории, как например наличие системы еврейского или мусульманского права в России.

¹ Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978.

² История политических и правовых учений: Учебник / Под ред. О.Э. Лейста. – М.: Юридическая литература, 1997. – 576 с.

³ Исаев А. И. Факт против нормы: вызов исторической школы права // История государства и права», 2012, № 8.

⁴ Бобровников В. О., Шехмагомедов М. Г., Шихалиев Ш. Ш. Мусульманское право и обычай в российском Дагестане: источники и исследования : хрестоматия / В. О. Бобровников, М. Г. Шехмагомедов, Ш. Ш. Шихалиев ; С.-Петерб. гос. ун-т. – Санкт-Петербург : Президентская библиотека, 2017. – 319 с

Существующая в этом социальном поле общественная ячейка (полуавтономное социальное поле) — еврейская или мусульманская общины, вырабатывает и формирует свои социальные нормы, регулирующие отношения её членов: обычаи, право, однако вынуждена подчиняться правилам, законам и решениям окружающего ее внешнего мира, в котором она существует — позитивному праву РФ. Параллельно с этим полуавтономное социальное поле может проникать и воздействовать своими нормами на окружающее его социальное поле в правотворчестве¹, например, наличие нормы о вакуфном имуществе в законе Республики Татарстан от 14.07.1999².

5. В рамках рассмотренного юридического плюрализма иудейское и мусульманское право по примеру слабой модели играют важную роль в современной России, являясь социальным и правовым регулятором отношений религиозных евреев и мусульман и соотносятся с позитивным материальным правом РФ следующим образом:

I. Еврейское и мусульманское право являются самостоятельными нормативными системами *sui generis*, представленными галахическими и исламскими предписаниями, регулирующими порядок вступления в брак, ритуалы, общинный уклад в России³;

II. Нормы иудейского и мусульманского права, расположенные в материальном диспозитивном праве РФ. Примером такого соотношения является институт беспроцентного займа и совместного предпринимательства «этер иска» в еврейском праве, имеющий большую актуальность в виду закрепленного в Торе запрета давать еврею деньги в долг и начислять на эту сумму проценты⁴. В материальном позитивном праве РФ данный религиозный правовой институт может быть представлен в виде таких гражданско-правовых договоров, как беспроцентный займ и договор инвестиционного товарищества. Другой возможный вариант включения норм галахи и мусульманского права в позитивное право России можно обнаружить в области трудового и гражданского права: договоры исламской ипотеки и исламского страхования⁵ или включение в трудовые договоры и договоры возмездного оказания услуг положений еврейского закона о ежедневной выплате заработной платы и ежедневной оплаты услуг в виду соответствующего обязательного предписания религиозного права⁶.

III. Институты еврейского и мусульманского права, косвенно воспринятые и легитимизируемые правопорядком нашего государства. Например, Семейный кодекс РФ признает правовую силу только за браком, который был заключен в органах ЗАГС, однако предусмотрено одно исключение: данное положение о признании правовой силы не распространяется на браки граждан Российской Федерации, которые были совершены «по

1 Moore S. F. Law and Social Change in the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate subject of Study // Law and Society Review. 1973. № 7. P. 720.

2 L.R. Syukiyainen, Islamic Shariat Compatible with Contemporary Russian Law, Is, 2014 Law: J. Higher Sch. Econ. 4 (2014). P. 8 // HeinOnline.

3 Каневский А. А. Место Галахи (иудейского права) в национальных системах правового регулирования: Дисс. канд. юрид. наук. М., 2015; Казенин К. Исламское право в ситуации конкуренции правовых систем: случай Северного Кавказа // Государство, религия, церковь в России и за рубежом. 2017. № 3.

4 Robinson, George. "Interest-Free Loans in Judaism". My Jewish Learning. Retrieved 2 January 2018.

5 Беккин Р.И. Б 42 Исламскоестрахование (такафул): учеб. пособие / Р.И. Беккин. – Казань: Казан. ун-т, 2012. – 140 с.

6 Ваикра, 19:13 // URL: <http://nev-tanah.info/tora/vaikra/vk-19/>

религиозным обрядам на оккупированных территориях, входивших в состав СССР в период Великой Отечественной войны, до восстановления на этих территориях органов записи актов гражданского состояния»¹. Данная норма означает, что в случае заключения брака евреями на таких территориях по иудейскому религиозному праву, сопровождающегося таким обрядом как «хупа», юридическая сила такого брака будет равнозначна браку светскому, заключенному в органах ЗАГС.

б. Другим примером такого соотношения является закрепление религиозно-правового института — закята в Конвенции между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Саудовская Аравия об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доход и капитал², которая в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ является частью правовой системы России. Законодатель в данной конвенции усмотрел в религиозно-правовом институте закята элементы, цели, функции налога, а также соответствие набору принципов налоговой системы, и поэтому выплата закята российским резидентом в Саудовской Аравии учитывается при вычете и налогообложении этого резидента в РФ, и с позиции правового плюрализма произошло опосредованное признание религиозно-правового института в лице светского права России, трансформировавшее его в светский правовой институт.

1 Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М.-Юрист, 2002. - 336 с.

2 Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Саудовская Аравия об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доход и капитал" (Заключена в г. Эр-Рияде 11.02.2007) (вместе с "Протоколом" (Подписан в г. Эр-Рияде 11.02.2007)) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_93595/

Лямкина Арина Сергеевна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Проблема формирования конкурсной массы должника, являющегося стороной по договору репо

Ключевые слова: банкротство, договор репо, конкурсная масса.

THE PROBLEM OF THE FORMATION OF THE BANKRUPTCY ESTATE OF THE DEBTOR WHO IS A PARTY TO THE REPO AGREEMENT

Key words: bankruptcy, repo agreement, bankruptcy estate

1. В работе проанализирован правовой режим договора репо при банкротстве одной из сторон. Автор приходит к выводу, что действующее регулирование приводит к нарушению прав и интересов продавца по договору. Решение проблемы видится в распространении на договор репо при банкротстве одной из сторон положений о займе под залог ценных бумаг.

2. Одним из инструментов биржевой торговли является договор репо, регулируемый статьей 51.3 Федерального закона N 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг». По первой части сделки продавец передает покупателю ценные бумаги, обязуясь спустя определенное договором время выкупить их у него. Обратная покупка осуществляется по цене большей, чем первоначальная. В случае, если продавец не выкупает ценные бумаги, то покупатель вправе их реализовать. С одной стороны, данный договор представляет собой две сделки купли-продажи ценных бумаг. С другой, договор репо является займом с титульным обеспечением. Первый подход учитывает лишь внешнюю сторону договора репо, но не его экономического содержания. По второму, продавец является заемщиком денежных средств, который берет их в займы у покупателя-кредитора, а материальные ценности, переданные по первой части сделки, выступают в качестве обеспечения возврата. Неоднозначность правового режима договора репо может привести к проблемам на практике, если в отношении одной из сторон по договору возбуждена процедура конкурсного производства.

3. Подлежат ли включению в конкурсную массу покупателя ценные бумаги, переданные ему продавцом в рамках первой части сделки, если в отношении покупателя инициирована процедура банкротства? В соответствии с положениями ст. 131 Федерального закона от N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" (далее – Закон о банкротстве), все имущество должника, имеющееся на дату открытия конкурсного производства и выявленное в ходе него, составляет конкурсную массу. Таким образом, материальные ценности, полученные покупателем, подлежат включению в конкурсную массу, и конкурсные кредиторы вправе рассчитывать на удовлетворение своих требований за счет их стоимости. К сожалению, буквальное толкование закона приводит к тому, что нарушаются права и интересы продавца. Во-первых, рыночная стоимость материальных ценностей, как правило, значительно выше той цены, по которой они были проданы покупателю. Реализовав имущество в конкурсном производстве, он неосновательно обогащается за счет разницы между рыночной ценой и ценой по первой части сделки, а возможностей получения компенсации продавцом не установлено. Во-вторых, оказывается невозможным исполнение

обязательства по обратному выкупу материальных ценностей и, соответственно, по возврату денежных средств с процентами. Это затрагивает интересы продавца, который рассчитывал на возврат ценных бумаг. В противном случае он бы заключил договор купли-продажи, а не договор репо.

4. Если конкурсное производство открыто в отношении продавца, переданные им ценные бумаги не включаются в конкурсную массу, так как право собственности на них возникло у покупателя. (ст. 131 Закона о банкротстве). В этом случае нарушаются законные интересы кредиторов продавца.

5. Анализ обеих этих ситуаций показал, что в случае исполнения первой части сделки и при условии, что в отношении одной из сторон инициировано конкурсное производство, продавец всегда проигрывает, лишаясь как имущества, выступающего в качестве обеспечения, так и выгоды от его возможной реализации по рыночной стоимости. «Сделка репо, приспособленная под обеспечение, если она не содержит специального положения о защите интересов должника, представляет опасность необоснованного обогащения кредитора и нарушения прав других кредиторов должника, в особенности при банкротстве последнего»¹. Таким образом, кредитор не просто получает право собственности на имущество, а еще и по заниженной цене, что ставит его в исключительно привилегированное положение.

6. Существует ли оптимальное решение сложившейся проблемы? В поисках него следует учитывать, что репо, с функциональной точки зрения, представляет собой способ обеспечения исполнения обязательства. Его обеспечительная функция состоит в том, что покупатель в случае невыполнения продавцом обязательства по обратному выкупу ценных бумаг может получить свои денежные средства через реализацию ценных бумаг на рынке. Исследователи, например, А. В. Егоров², предлагают применять к договору репо положения о займе под залог. Он делает вывод о том, что обеспечительного собственника, то есть покупателя, нужно рассматривать как залогодержателя. С. В. Сарбаш³, воздерживаясь от категоричных выводов, указывает, что действующий механизм репо при банкротстве одной из сторон может привести к нарушению прав должника. При банкротстве продавца ценные бумаги, являющиеся предметом обеспечения, должны входить в его конкурсную массу, несмотря на то что они не принадлежат ему на праве собственности в силу договора. Ценные бумаги, переданные продавцом покупателю, возвращаются в конкурсную массу продавца. В случае невозможности вернуть ценные бумаги в натуре покупатель должен возместить их стоимость по первой части сделки, а также разницу между рыночной стоимостью ценных бумаг и ценой по договору. Напротив, в случае банкротства покупателя ценные бумаги не должны включаться в его конкурсную массу. Любопытно, что в зарубежных правовых порядках,

¹ Плешанова О.П. Судьба обеспечительных сделок при банкротстве участников: в поисках модели регулирования // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 8.

² Егоров А.В. Комментарий по делу "ОАО "КИТ Финанс Инвестиционный Банк" о включении в реестр требований кредиторов ОАО "ВИНАП" требований по сделке репо" // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2008 год с комментариями / Под ред. А.А. Иванова. М., 2012.

³ Сарбаш С.В. Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. N 1.

например, в Германии, на договор репо при банкротстве одной из сторон распространяются нормы о займе под залог с целью не допустить нарушение баланса интересов¹.

7. В научной литературе приводят аргументы как за возможность применения норм о займе под залог к договору репо, так и против. Аргументы за исходят из того, что фактически покупатель не получает абсолютного права собственности на ценные бумаги. Во-первых, это право собственности обременено обязательством вернуть его объект через определенное согласование время, а во-вторых, правомочие распоряжения ограничено, как минимум, тем, что имущество надо вернуть свободным от прав третьих лиц (п. 7 ст. 51.3 ФЗ «О рынке ценных бумаг»). Сторонники этого подхода также предлагают использовать аналогию закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ), ссылаясь на схожесть экономической сущности отношений, регулируемых договором репо и займом под залог ценных бумаг². В качестве контраргумента служит то, что аналогию закона нельзя использовать, если характер отношений различен. В данном случае ГК РФ говорит о материально-правовых нормах, тогда как Закон о банкротстве закрепляет процессуальные. Более того, применение аналогии закона не решит системных проблем. Если применять ее к договору репо, то останется нерешенным вопрос других экономически схожих отношений, например, лизинга и обеспечительного платежа. В качестве еще одного аргумента против, используется принцип свободы договора, закрепленный в ст. 421 ГК РФ: распространение на договор репо норм о займе под залог нарушит его, так как стороны заключили бы договор займа, если бы в этом состояла их воля.

8. По какому пути идет судебная практика в таких делах? Позиция судов неоднозначна. Дело в том, что суды признают, что «договор репо представляет собой не две отдельные, самостоятельные и независимые друг от друга сделки купли-продажи ценных бумаг, а единую сделку, состоящую из двух взаимосвязанных частей и направленную на достижение определенного правового и экономического результата»³. Тем не менее суды считают договор репо сделкой купли-продажи, а не займа. В июле этого года Арбитражный суд Московского округа вынес определение, в котором вовсе признал, что договор репо представляет собой две сделки купли-продажи⁴, что было подтверждено Верховным Судом.

9. Таким образом, в настоящее время проблема нарушения прав и интересов продавца как стороны по договору репо остается нерешенной. Судебная практика придерживается формального подхода к содержанию договора, не учитывая его экономической сущности. Решение проблемы видится в распространении на договор репо при банкротстве одной из сторон норм о займе под залог ценных бумаг. На наш взгляд, применение любого института в банкротстве должно приводить к достижению его целей, в частности к достижению баланса интересов сторон⁵.

¹ Buchler O. // *Hamburger Kommentar zur InsO*. 3. Aufl. Munster, 2009. § 47.

² Хлюстов П.В. Проблема формирования конкурсной массы должника, заключившего договор репо // *Закон.ру*. 2015. URL: https://zakon.ru/blog/2015/01/14/problema_formirovaniya_konkursnoj_massy_dolzha

³ Постановление Арбитражного суда Московского округа по делу от 18.01.2018 No A40-151926/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа по делу от 29.07.2020 No A40-109356/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ В Постановлении Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 N 12-П "По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в связи с

жалобой гражданина А.Г. Меженцева", указано, что в силу противоположных интересов лиц, участвующих в деле о банкротстве, законодатель должен гарантировать баланс их прав и законных интересов.

Мамедов Шахбан Мамедович (Северо-Кавказский институт Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России))

Проблемы обеспечения исполнения решений Конституционного Суда РФ: новые подходы

Ключевые слова: Конституционный Суд РФ, Конституция РФ, судебная власть, парламент; законодательство.

PROBLEMS OF ENFORCEMENT OF DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION: NEW APPROACHES

Key words: Constitutional Court of the Russian Federation, Constitution of the Russian Federation, judicial branch, parliament, law.

1. На протяжении всей истории развития цивилизации людьми были организованы различные типы государственного устройства, каждому из которых были присущи свои особенности. К таким государственным формам, в частности, относятся государства демократические, тоталитарные, а по формам правления республики и монархии¹. Но общим для них признаком является наличие своей собственной правовой системы.

2. Российская Федерация — это демократическое, федеративное правовое государство с республиканской формой правления². Четко и ясно данное определение нам прописывает Конституция Российской Федерации. Но для полного осмысления данного определения нам необходимо рассмотреть принципы, заложенные в основу конституционного строя Российской Федерации. Одним из основных принципов, заложенных в основу конституционного строя Российской Федерации, является принцип разделения властей на законодательную, судебную и исполнительную ветвь.

3. Одной из разновидностей государственной власти является Судебная власть, призванная осуществлять правосудие. Правосудие представляет собой вид государственной деятельности, направленный на разрешение различных социальных конфликтов, связанных с нарушением права. Осуществляется правосудие от имени государства специальными государственными органами – судами. В судебной системе нашей страны, наряду с судами общей юрисдикции, имеется федеральный суд, организация деятельности которого регулируется нормами конституционного права. Таким судом является Конституционный суд Российской Федерации.

4. По своему государственно-правовому предназначению Конституционный суд РФ – это судебный орган конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляющий судебную власть посредством конституционного судопроизводства. Деятельность, осуществляемая Конституционным судом, регулируется Конституцией РФ и

¹ Козлова Е. И., Кутафина О.Е. Конституционное право России: учебник. – 5-е изд., -Москва: Проспект, 2018. – 592 с.

² Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ) // Российская газета. N 7. 2009 г. 21 января.

Федеральным конституционным законом от 21 июля 1994 г. «О конституционном суде Российской Федерации»¹.

5. Реализация актов органа конституционной юрисдикции остается на протяжении ряда лет одной из наиболее актуальных и важных проблем теории и практики конституционного правосудия. Очевидно, если решения Конституционного Суда не исполняются или исполняются не надлежаще, то игнорируются те цели, которые установлены в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации», а именно защита основ конституционного строя РФ, основных прав и свобод человека, обеспечение верховенства и прямого действия Конституции РФ.

6. В силу его особого статуса решения, принимаемые на заседаниях Конституционного суда РФ, являются общеобязательными для всех государственных органов нашей страны, которые в течение определенного законом периода должны привести определенные нормы права в соответствие с Конституцией РФ. Но нередко возникают правовые ситуации, связанные с проблемой исполнения решения Конституционного суда РФ.

7. Первое время после его создания проблема неисполнения решений Конституционного Суда РФ связывалась с новизной данного института, неопределенностью места в системе разделения властей и сложной правовой природой принимаемых им решений.

8. В настоящее же время следует согласиться с мнением о том, что вопрос надлежащего исполнения решений органа судебного конституционного контроля России приобрел характер имманентного для него свойства. Это утверждение применимо и к исполнению решений Конституционного Суда в правоприменительной практике российских судов.

9. Причины неисполнения актов конституционной юрисдикции, как известно, различны. Это и сохранившийся правовой нигилизм, несовершенство механизма исполнения актов конституционной юрисдикции, а порой и несовершенство самих законодательных и иных нормативно-правовых актов. Этой проблеме посвящены не один десяток научных работ, статей.

10. Одной из главных проблем по вопросам исполнения решений Конституционного суда нашей страны является то, что законопроекты, внесенные в целях их исполнения, могут длительное время находится в Государственной Думе, порой без какого-либо движения.

11. Одной из таких причин является допускаемая Регламентом Государственной Думы возможность депутатам нового созыва произвольно отказываться от рассмотрения либо менять очередность рассмотрения законопроектов во исполнение решений Конституционного Суда, внесенных в Государственную Думу прежних созывов.

12. Тем самым главной причиной длительного неисполнения отдельных решений выступает отсутствие законодательно закрепленных общих сроков принятия федеральных законов во исполнение решений Конституционного Суда, осложняемое нередким отклонением Государственной Думой законопроектов, разработанных во исполнение

¹ Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 N 1-ФКЗ (ред. от 29.07.2018) "О Конституционном Суде Российской Федерации".

решений Конституционного Суда. В частности, в июле 2018 года было отклонено 4 подобных законопроекта

13. Своим мнением по вопросу исполнения решений Конституционного Суда РФ в одной из своих книг поделился также профессор, Авакьян Сурен Адибекович. Он считает, что одной из ошибок, которую допустил российский законодатель является то, что он не ввел вариант, существующий в ряде зарубежных государств, где конституционный суд не только признает акты противоречащими конституции государства, но и отменяет их. «В нашем случае получается несколько неестественная ситуация, суть которой заключается в том, что утратившие свою юридическую силу по решению Конституционного Суда акты формально некоторое время остаются действующими. К тому же следует сказать, что отсутствие или недостаточность правовой культуры могут сказаться на том, что соответствующий орган будет уклоняться от внесения корректировок в свои акты»¹.

14. Есть воззрения об использовании полномочий органов прокуратуры в целях устранения препятствий к исполнению решений Конституционного суда Российской Федерации. В частности, по мнению В.Б. Евдокимова, это может быть осуществлено с помощью принятия органами прокуратуры актов прокурорского надзора: внесение представлений об устранении нарушений закона и др.².

15. Ряд авторитетных специалистов считают, что Конституционный Суд может самостоятельно определить в своем решении порядок его исполнения, а также назвать органы, ответственные за реализацию соответствующего решения, такой опыт есть в некоторых европейских странах. Некоторые специалисты предлагают необходимым принятие специального закона для установления четкого механизма исполнения решений Конституционного суда.

16. Наиболее жесткой формой реагирования на неисполнение, ненадлежащее исполнение решений Конституционного Суда Российской Федерации является роспуск законодательного (представительного) органа субъекта Российской Федерации, а также отрешение от должности глав субъектов Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" от 06.10.1999 N 184-ФЗ³.

17. Стоит упомянуть, и тот факт, что часть 2 статьи 80 Конституции РФ закрепляет положение о том, что гарантом Конституции является Президент Российской Федерации. Часть 2 ст. 85 Конституции РФ предусматривает право Президента РФ как гаранта Конституции РФ приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов РФ в случае противоречия этих актов Конституции РФ или нарушения прав и свобод человека и гражданина до решения этого вопроса соответствующим судом.

¹ Авакьян С. А. Конституционное право России. Учебный курс : учеб.пособие : в 2 т. / С. А. Авакьян. - 4-е изд., перераб. и доп. - М. : Норма : ИНФРА-М, 2018.

² Евдокимов, В. Б. Об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации [Текст] / В. Б. Евдокимов. //Государственная власть и местное самоуправление. -2017. - № 11. - С. 35 – 40.

³ Федеральный закон "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" от 06.10.1999 N 184-ФЗ.

18. Исследовав различные взгляды на проблему обеспечения исполнения решений Конституционного суда РФ, хотим высказать свою точку зрения. Наиболее предпочтительной и рациональной полагаем идею о разработке и принятии специального законодательного акта о порядке (механизме) исполнения решений Конституционного суда. Принципиальные аргументы здесь следующие: в этом акте можно указать сроки исполнения решений суда, ответственные органы, а также ответственность за неисполнение, ненадлежащее исполнение, а также за воспрепятствование исполнению решений Конституционного суда РФ.

19. Исполнение решений Конституционного суда РФ являются неотъемлемым элементом, без которого является невозможным построение демократического, правового государства. Полагаем, реализация вышесказанных предложений послужит формированию более эффективной деятельности Конституционного суда РФ.

Мачехина Анна Викторовна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

К вопросу об обратной силе субсидиарной ответственности

Ключевые слова: субсидиарная ответственность, контролирующее лицо, обратная сила закона, ретроактивность, банкротство.

ON THE QUESTION OF THE RETROACTIVE EFFECT OF SUBSIDIARY LIABILITY

Key words: subsidiary liability, controlling person, retroactive effect, bankruptcy.

1. Вопрос о действии во времени новых положений о субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц является дискуссионным: позиции правоприменителей о ретроактивном эффекте материальных и процессуальных норм неоднозначны. В настоящей работе автором приведены подходы к данному вопросу, отраженные в судебной практике и доктрине.

2. В июле 2017 года в Закон о банкротстве были внесены изменения, касающиеся субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц. Спорным является вопрос о действии во времени данных норм. Дискуссия затрагивает как важные практические темы (в частности, течение срока исковой давности по данным делам¹), так и отсылает к вопросу о характере изменений в Закон о банкротстве².

3. Текст закона позволяет толковать норму о действии закона во времени двояко, что нашло отражение в судебной практике. Так, можно выделить два подхода судов к толкованию данной нормы.

4. Первый из них основывается на распространении обратной силы как на процессуальные, так и на материальные положения³. Данная точка зрения во многом стала популярна благодаря позиции ФНС, указавшей на допустимость обратной силы материальных норм⁴ и активно пользующейся процедурой привлечения к субсидиарной

¹ Гусев А. Субсидиарная ответственность по долгам банкрота: как нормы Закона о банкротстве действуют во времени? // «ЭЖ-Юрист» №01 (1102) 2020. URL: <https://www.eg-online.ru/article/413483/>; 3. Зайцев О. «Июльские поправки о субсидиарной ответственности в банкротстве неправильно называть реформой». Это, скорее, рестайлинг // Приложение «Корпоративные стратегии» к газете «Экономика и жизнь», ноябрь 2017, № 08. URL: http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2017/11/Интервью_Экономика-и-жизнь.pdf

² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 № 137 «О некоторых вопросах, связанных с переходными положениями Федерального закона от 28.04.2009 № 73-ФЗ „О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации“» // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020).

³ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.03.2019 № Ф05-16769/2018 по делу № А40-185485/2016 // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020); Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.02.2019 № Ф05-6263/2018 по делу № А40-18607/2017 // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020).

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.03.2019 № Ф05-16769/2018 по делу № А40-185485/2016 // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020).

ответственности для взыскания задолженности с контролирующих должника лиц¹. При втором подходе ретроактивный эффект придается только процессуальным нормам².

5. Позиция высших судебных инстанций также неоднозначна. Если ВАС РФ в своем Информписьме акцентировал внимание на том, что обратной силой обладают только процессуальные нормы нового закона³, мнение ВС РФ можно назвать компромиссным. Верховный Суд неоднократно подчеркивал гражданско-правовую природу субсидиарной ответственности и запрет ретроактивного эффекта материально-правовых норм⁴. Однако отменяя многие решения судов нижестоящих инстанций, основанные на придании обратной силы нормам материального права, в некоторых случаях ВС отмечает, что нормы об ответственности контролирующего лица содержались и в Законе о банкротстве старой редакции, вследствие чего придание обратной силы новому закону не нарушает права заявителя и не является основанием для отмены судебного акта⁵. В одном из последних определений ВС вновь поддержал выводы нижестоящих судов о невозможности распространения действия новой нормы на ранее возникшие отношения. Однако ВС РФ также подчеркнул, что даже несмотря на отсутствие в старой редакции Закона презумпции контроля, заявитель вправе сослаться на обстоятельства, предусматриваемые ей, что должно быть оценено судом⁶.

6. Мнения практикующих юристов по данному вопросу традиционно сходятся в необходимости придания обратной силы только процессуальным нормам нового Закона⁷. В то же время отмечается, что поправки 2017 года – не столько реформа, сколько «техническое обслуживание», «рестайлинг» закона⁸, что говорит в пользу упомянутой позиции ВС и делает извинительным ретроактивный эффект материальных норм.

¹ Определение Верховного Суда РФ от 04.10.2018 № 304-ЭС16-17558 (2, 3) по делу № А70-11814/2015 // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020).

² Постановление Арбитражного Северо-Западного округа от 14.12.2018 по делу № А42-3535/2014 // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020); Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 21.01.2019 № Ф07-15140/2018 по делу № А71-4314/2015 // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020).

³ Литовцева Ю. Нюансы привлечения к субсидиарной ответственности. URL: <https://www.pgplaw.ru/news/article/the-nuances-of-bringing-to-vicarious-liability>.

⁴ Определение Верховного суда от 25.09.2020 № 310-ЭС20-6760 по делу № А14-7544/2014 // Система Судакт (дата обращения: 02.10.2020).

⁵ Определение Верховного суда РФ от 30.09.2019 № 305-ЭС19-10079 по делу № А41-87043/2015 // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020); Определение Верховного суда РФ от 06.08.2018 № 308-ЭС17-6757 (2, 3) по делу № А22-941/2006 // КонсультантПлюс: справочно-правовая система (дата обращения: 03.10.2020).

⁶ Письмо ФНС России от 16.08.2018 № СА-4-18/16148@ // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020).

⁷ Архипов И.С. О действии норм о привлечении к субсидиарной ответственности во времени. URL: https://www.law.ru/blog/21622-o-deystvii-norm-o-privlechenii-k-subsidiarnoy-otvetstvennosti-vo-vremeni#_ftn1;

Егоров А.В. Обратная сила субсидиарной ответственности. Lextorium.com URL: <https://www.youtube.com/watch?v=ogObW-8YI2Y>; Зайцев О. «Июльские поправки о субсидиарной ответственности в банкротстве неправильно называть реформой. Это, скорее, рестайлинг» // Приложение «Корпоративные стратегии» к газете «Экономика и жизнь», ноябрь 2017, № 08. URL: http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2017/11/Интервью_Экономика-и-жизнь.pdf; Михальчук Ю., Покрышкин Н., Савина О. Сила есть – субсидиарная ответственность найдется. URL: <https://pravo.ru/story/224935/>.

⁸ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 № 137 «О некоторых вопросах, связанных с переходными положениями Федерального закона от 28.04.2009 № 73-ФЗ „О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации“» // КонсультантПлюс: СПС (дата обращения: 03.10.2020).

7. Таким образом, единая позиция по действию во времени норм о субсидиарной ответственности на сегодняшний день отсутствует, что снижает предсказуемость результатов рассмотрения судебных споров при процедуре банкротства. Проблема требует тщательной разработки в доктрине и на практике.

Мингалеев Павел Рамилевич(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Арбитражное соглашение: содержание и толкование

Ключевые слова: арбитраж, арбитражное разбирательство, арбитражное соглашение, толкование, арбитражное учреждение.

ARBITRATION AGREEMENT: CONTENT AND INTERPRETATION

Key words: arbitration, arbitration proceedings, arbitration agreement, interpretation, arbitral institution.

1. В 2016 году в Российской Федерации произошли существенные изменения в сфере регулирования арбитражного разбирательства. Изменения коснулись не только организации деятельности третейских судов¹, но и нормативного регулирования арбитража в целом. Реформа была направлена на создание профессионального независимого арбитража; восстановление доверия между третейскими и государственными судами; ограничение произвола государственных судов по выработке новых оснований для признания арбитражных решений неисполнимыми². Указанные изменения должны были способствовать в том числе достижению общей цели последних реформ в сфере процессуального законодательства – снижению нагрузки на государственные суды.

Для достижения целей реформы статьи 7 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и статьи 7 Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее - Законодательство об арбитраже) были дополнены положениями о толковании арбитражного соглашения в пользу его исполнимости. К сожалению, нововведения не оказали влияния на подходы судов относительно толкования арбитражного соглашения и понимания его исполнимости. Они не решили ряд практически важных вопросов в сфере исполнимости арбитражного соглашения³ и, более того, создали новые проблемы, выразившиеся в конкуренции норм Законодательства об арбитраже и Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в противоречии со сложившейся судебной практикой⁴.

Только правовая определенность нормативного регулирования и единообразие судебной практики могут гарантировать создание открытой и комфортной среды арбитража, снижение судебной нагрузки.

¹ Так, были созданы постоянно действующие арбитражные учреждения, призванные администрировать споры на территории Российской Федерации; арбитражные сборы были освобождены от налогообложения, а третейские судьи получили уголовно-процессуальный иммунитет.

² Выступление М.Л. Гальперина, заместителя министра юстиции РФ, 28 ноября 2017 г. на X Международной конференции ICCRussia «Россия как место разрешения споров»// «Вестник международного коммерческого арбитража». 2018. № 2. С. 158.

³ Например, не была решена проблема широкого судебного усмотрения при определении признаков неисполнимости арбитражного соглашения.

⁴ Введение нового принципа толкования арбитражного соглашения в пользу его исполнимости не только не решает главный вопрос – какие способы толкования следует использовать суду, но и создает проблемы при определении соотношения данного принципа с уже существующими подходами в судебной практике.

2. Судейское усмотрение при определении признаков неисполнимости арбитражного соглашения. Указание на арбитражное учреждение.

Законодательство об арбитраже не требует указания наименования конкретного арбитражного учреждения. Арбитражное соглашение должно устанавливать взаимные права и обязанности сторон по вопросам способа, формы и процедуры разрешения спора¹, а также права и обязанности третейского суда.

Между тем, в практике государственных судов сформировался подход, в соответствии с которым арбитражное соглашение должно содержать точное указание на наименование арбитражного учреждения, которому поручено третейское разбирательство. В противном случае арбитражное соглашение считается неисполнимым². Более того, при рассмотрении ряда дел суды прямо указали, что арбитражное соглашение должно определить «компетентный орган добровольной юрисдикции, а не процедуру»³.

Правило о конкретном арбитражном учреждении было сформировано Президиумом ВАС РФ⁴ на основании норм уже недействующего Временного положения о третейском суде⁵, которое являлось своеобразным «нулевым этапом арбитража». Безусловно, такой подход не является актуальным по прошествии нескольких десятков лет.

Указанный подход основан на неверном толковании судами арбитражных соглашений в части определения органа, компетентного рассматривать спор. Например, АС Московского округа отказал в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, так как арбитражное соглашение содержало ссылку на регламент арбитражного учреждения, а не определяло само учреждение, уполномоченное рассматривать спор⁶.

Примечательно, что в данном деле арбитражная оговорка соответствовала рекомендуемой арбитражной оговорке Международного арбитражного суда Международной торговой палаты («МТП»), которая не предусматривает указания на наименование учреждения в принципе.

Впоследствии, исходя из судебных актов по этому делу, Президент Международного арбитражного суда при МТП направил письмо Председателю Верховного Суда РФ, в

¹ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 02.11.2017 № 33-22863/2017 по делу № 2-785/2017 // СПС КонсультантПлюс.

² Определение ВС РФ от 24.05.2019 № 301-ЭС18-2455 по делу № А31-7930/2018; Определение ВС РФ от 26.09.2018 № 305-ЭС18-11934 по делу № А40-176466/2017; Определение ВС РФ от 12.07.2017 № 307-ЭС17-630 по делу № А56-13914/2016; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.06.2018 № 09АП-28632/2018-ГК по делу № А40-72848/18; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.08.2017 № 09АП-35551/2017 по делу № А40-53151/17-122-398; Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.06.2018 № 15АП-8812/2018 по делу № А53-30566/2017; Апелляционное определение Московского городского суда от 26.04.2019 по делу № 33-18899/2019 // СПС КонсультантПлюс.

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.09.2017 № 09АП-44534/2017-ГК по делу № А40-45384/17 // СПС КонсультантПлюс.

⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 27 февраля 1996 г. № 5278/95 // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Постановление ВС РФ от 24.06.1992 № 3115-1 (ред. от 16.11.1997) «Об утверждении Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров» // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25.04.2018 № Ф05-4897/2018 по делу № А40-176466/17 // СПС КонсультантПлюс. Определением ВС РФ № 305-ЭС18-11934 было отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации // URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-26092018-n-305-es18-11934-po-delu-n-a40-1764662017/> (дата обращения: 03.12.2019).

котором выразил обеспокоенность относительно признания рекомендованной арбитражной оговорки МТП неисполнимой (дефектной)¹. Письмо имело положительный эффект, что выразилось в признании Президиумом ВС РФ исполнимой арбитражной оговорки, не указывающей на арбитражное учреждение, но соответствующей рекомендованной формулировке такого учреждения.² К сожалению, Обзор практики решил поставленную проблему лишь частично.

В настоящее время правило «о конкретном учреждении» является спасательной соломинкой для судов, которая позволяет отойти от строгих правил, ограничивающих судебное вмешательство в третейское разбирательство³. Иными словами, суды обладают возможностью «отменить»⁴ любое решение третейского суда, если арбитражная оговорка в споре не содержала указания на конкретное учреждение. При признании арбитражного соглашения неисполнимым на этом основании стороны вынуждены обращаться в государственный суд для разрешения спора, что противоречит тенденции снижения судебной нагрузки и попыткам создать комфортную среду арбитража.

Необходимо четко понимать, что арбитражное учреждение оказывает помощь при решении процедурных вопросов таких, как, например, назначение арбитра или организация слушаний. Иными словами, содействует проведению третейского разбирательства. Оно не разрешает спор между сторонами. Решение по существу спора выносят исключительно арбитры⁵. Указанный подход находит свое отражение в практике третейских судов⁶ и некоторых государственных судов⁷.

3. Толкование арбитражного соглашения.

Арбитражное соглашение представляет собой акт свободного волеизъявления сторон⁸. Они имеют возможность отходить от рекомендованных формулировок институциональных арбитражей, определять процедуру третейского разбирательства, исходя из своих потребностей.

¹ Письмо Президента Международного арбитражного суда при Международной торговой палате Алексиса Мура Председателю Верховного Суда РФ В.М. Лебедеву // «Вестник международного коммерческого арбитража». 2018. № 2. Стр. 335.

² Абзац 5 «Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей», утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.12.2018 // СПС КонсультантПлюс.

³ А.И. Лобода: Толкование арбитражного соглашения в праве России // «Третейский суд». 2019. № ½.

⁴ Суд может отказать в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, констатируя отсутствие у состава третейского суда компетенции на рассмотрение спора ввиду неисполнимости арбитражного соглашения (как правило такое заявление делает недобросовестная проигравшая сторона). Суд также может признать арбитражную оговорку неисполнимой при рассмотрении вопроса о наличии оснований для оставления искового заявления без рассмотрения и рассмотреть спор по существу.

⁵ Руководящие принципы Международной Ассоциации Юристов по составлению международных арбитражных оговорок // URL:https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#top (дата обращения: 03.12.2019).

⁶ Решение МКАС при ТПП РФ от 10.04.2017 по делу № 136/2016 // СПС КонсультантПлюс.

⁷ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23.07.2014 по делу № А53-1660/2014; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 03.11.2016 № Ф07-9717/2016 по делу № А56-13914/2016 // СПС КонсультантПлюс.

⁸ Определение ВС РФ от 22.08.2019 № 306-ЭС19-14780 и Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 21.05.2019 № Ф06-47261/2019 по делу № А55-29953/2018 // СПС КонсультантПлюс.

Само собой, при отходе от какого-либо заранее закрепленного варианта текста арбитражного соглашения возможны неточности и неясности, что при «проарбитражном» подходе не должно влиять на исполнимость арбитражного соглашения. Тем не менее, существующие способы толкования арбитражного соглашения практически не позволяют устранить такие дефекты арбитражного соглашения.

До проведения реформы Законодательства об арбитраже нормы, регулирующие толкование арбитражных соглашений, отсутствовали в принципе, что привело к применению положений статьи 431 Гражданского кодекса РФ («ГК РФ») по аналогии закона¹. Проблема не стояла бы так остро, если бы суды использовали весь арсенал средств, предложенных статьей 431 ГК РФ и судебной практикой². Возможность применения статьи 431 ГК РФ подтверждается и в доктрине³.

Однако суды выработали достаточно жесткий формальный подход, не предполагающий отхода от буквального толкования арбитражного соглашения. Так, в одном из дел Верховный Суд прямо указал на недопустимость расширительного толкования арбитражного соглашения⁴. Иногда такой формальный подход и боязнь отойти от буквального толкования доводят суды до абсурда, вынуждая их опираться на заключение специалиста-филолога⁵.

Закрепленное в пункте 8 статьи 7 Закона об арбитраже и пункте 9 статьи 7 Закона о международном коммерческом арбитраже правило о толковании любых сомнений в тексте арбитражного соглашения в пользу его действительности и исполнимости должно было направить правоприменительную практику в верное русло. К сожалению, данные положения судами практически не применяются.

Суды продолжают применять исключительно буквальное толкование арбитражного соглашения⁶, игнорируя в ряде случаев даже ссылку стороны на указанные выше положения Законодательства об арбитраже¹.

¹ Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Науч. ред.: О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов; Отв. ред. Т.А. Лунаева. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2018. С. 282-284.

² Речь идет о таких приемах толкования, как (1) сопоставление спорного условия с другими условиями и смыслом договора в целом; (2) выяснение действительной общей воли сторон с учетом цели договора и сопутствующих обстоятельств таких, как переписка сторон или практик их отношений; (3) *contraferentem* (Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // СПС КонсультантПлюс); (4) толкование в пользу сохранения договором силы (Постановление Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // СПС КонсультантПлюс).

³ А.А. Костин: Некоторые проблемы международного арбитража // Третейский суд. 2000. № 3.; В.В. Старженецкий: Толкование арбитражных соглашений по российскому праву: ограничительный или расширительный подход / О договорах: Сборник статей к юбилею В.В. Витрянского. М.: Статут, 2017. С. 153-155.

⁴ Определение ВС РФ от 16.11.2017 № 305-ЭС17-9241 по делу № А40-190431/2016 // СПС КонсультантПлюс.

⁵ Решение АС г. Санкт-Петербурга и Ленинградской обл. от 9 августа 2018 г. и Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 9 ноября 2018 г. по делу № А56-9313/2018 // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Определение ВС РФ от 16.11.2017 № 305-ЭС17-9241 по делу № А40-190431/2016; Определение ВС РФ от 24.11.2017 г. № 305-ЭС17-17125 по делу № А40-130827/2016; Постановление АС Московского округа от 7 мая 2018 г. по делу № А40-130828/2016, Определение ВС РФ от 20 августа 2018 года № 305-ЭС17-17844 // СПС КонсультантПлюс.

Необходимо понимать, что в соответствии с действующим регулированием суд среди возможных вариантов толкования спорного положения арбитражного соглашения должен выбрать такой, который наделяет рассматриваемое условие смыслом, делает его исполнимым. Однако под видом толкования суд не должен изменять условия арбитражного соглашения, тем самым «исцеляя» его². Суд должен лишь сделать выбор в пользу того варианта, который не приведет к неисполнимости арбитражного соглашения. Указанный подход находит свое отражение в практике некоторых государственных судов³ и третейских судов⁴.

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 апреля 2018 г. по делу № А40-176466/17 // СПС КонсультантПлюс.

² Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейский судах / Под общ. ред. В.В. Хвалея; отв. ред. А.В. Грищенко. М., 2017. С. 82 (автор комментария к ст. 7 Закона о МКА - А.А. Панов).

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.04.2019 г. № 09АП-17928/2019, 09АП-17931/2019, 09АП-17932/2019, 09АП-17933/2019, 09АП-17936/2019 по делу № А40-228417/18; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 16.09.2019 № Ф07-11973/2019 по делу № А56-8862/2019 // СПС КонсультантПлюс.

⁴ Решение коллегии арбитров МКАС при ТПП РФ от 28.07.2017 по делу № М-19/2017 // СПС КонсультантПлюс.

Мурашова Анна Алексеевна(Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»)

Церковное право – религиозная правовая система?

Ключевые слова: каноническое право, правовая система, религия.

CANON LAW - A RELIGIOUS LEGAL SYSTEM?

Key words: canon law, legal system, religion.

1. Впервые термин «религиозная правовая система» был использован выдающимся компаративистом Рене Давидом в его труде «Основные правовые системы современности». Исследователь писал, что «своё право имеют и негосударственные общности: каноническое право, мусульманское право, индусское право, иудейское право» и выделял в отдельную группу религиозную правовую семью¹. Также выделяли религиозные правовые системы в своих трудах и Конрад Цвайгерт и Хайн Кётц в своих фундаментальных трудах по сравнительному правоведению, хотя и отмечали сложность выведения критерия классификации правовых систем².

2. Неоднозначность понятия «правовая система» в современной юридической литературе отмечал специалист в области сравнительного правоведения А.Х. Саидов³. В первую очередь встаёт вопрос о том, нуждается ли правовая система в аппарате государственного принуждения, чтобы признаваться таковой. Поэтому некоторые исследователи используют компромиссное понятие «религиозная нормативная система» для обозначения тех систем религиозных норм, которые не получают поддержки государства⁴. Однако другие исследователи считают правом и те религиозные нормативные системы, которые существуют и функционируют наряду с государственным законодательством, образуя ситуацию правового плюрализма. В частности, известный исследователь исламского права Л.Р. Сюкияйнен подчёркивает юридическую природу фикха – правил внешнего поведения, извлечённых из шариата, и науки об этих правилах – и эта природа не зависит от официального признания⁵.

3. Стоит отметить, что многие традиции не различали религию и право⁶. Из наиболее известных к ним относятся аборигены Меланезии, чья правовая система воплощалась не в

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. В.А. Туманова. М. : Прогресс, 1988. URL: http://lib.ru/PRAWO/rene.txt_with-big-pictures.html

² Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. Т. 1. М. : Международные отношения, 2000.

³ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности / Под ред. В.А. Туманова. М. : Юрист, 2003. С. 116.

⁴ Таманаха Б.З. Понимание правового плюрализма / Пер. В.М. Куприянова // Право и правоприменение в зеркале социальных наук: хрестоматия современных текстов / Под науч. ред. Э.Л. Панеях ; лит. ред. А.М. Кадникова. М. : Статут, 2014. С. 168.

⁵ Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. Вып. 1. С. 97–106.

⁶ The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reinmann, R. Zimmermann. Oxford : OxfordUniversityPress, 2019. P. 736.

центральной власти, кодексах и судах, а в социальных отношениях, в том числе цепочках дарообмена¹.

4. «Правовым» статусом, по мнению социолога права Б.З. Таманахи, религиозную правовую систему наделяют следующие признаки: 1) признание официальной правовой системой со стороны государства и/или в своём собственном понимании; 2) систематичность; 3) наличие правоприменительных органов. Как правило, в различных религиозных учениях существует письменный свод правил, который признаётся верующими общепринятыми правилами среди их группы². Норман Ду в своей книге по сравнительному религиозному праву выделял следующие характеристики религиозных правовых систем: 1) сообщества, источники, функции; 2) статус, обязанности и права верующих; 3) назначение на должность и функции священнослужителей; 4) управление сообществом верующих: институты, должностные лица; 5) разрешение споров: суды и трибуналы³. Как мы видим, в указанных признаках и характеристиках демонстрируется социологический позитивизм в понимании религиозных правовых систем, что представляется уместным для оценки их роли в действительном регулировании общественных отношений.

5. Рассматривая церковное право Русской православной церкви (Московского Патриархата), можно констатировать, что, согласно вышеуказанным признакам, вполне правовыми свойствами церковное право обладало в Российской империи. Однако мы рискуем исказить смысл современных религиозных правовых систем, если будем касаться только исторической стороны, а не сегодняшней практики⁴. Современный канонист А.Г. Бондач отмечает данную проблему: в исследованиях в области церковного права наибольшее внимание уделяется историческому аспекту, однако применимость исторических выводов в настоящее время и изучение церковных отношений методами правовой науки остаются за рамками таких исследований⁵. Поэтому целью этой статьи является именно рассмотрение современного состояния церковного права РПЦ (МП).

6. Рассмотрим церковное право с точки зрения указанных выше признаков и характеристик. Частичное признание церковного права государством осуществляется через понятие «внутренние установления религиозных организаций», которые не должны противоречить российскому законодательству. Гражданским и Трудовым кодексами, Федеральными законами «О свободе совести и о религиозных объединениях», «Об образовании в РФ», «Об охране памятников культурного наследия (памятников истории и культуры) народов РФ» определяется круг правоотношений, регулируемых внутренними

¹ Малиновский Б. Аргонавты Западной части Тихого океана / Пер. с англ. В.Н. Поруса. М. : РОССПЭН, 2004.

² Таманаха Б.З. Понимание правового плюрализма / Пер. В.М. Куприянова // Право и правоприменение в зеркале социальных наук: хрестоматия современных текстов / Под науч. ред. Э.Л. Панеях ; лит. ред. А.М. Кадникова. М. : Статут, 2014. С. 169.

³ Doe N. Comparative Religious Law. Judaism, Christianity, Islam. Cambridge : Cambridge University Press, 2018.

⁴ Ralf M. Religiöse Rechte und Postsäkulare Rechtsvergleichung // Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung / Ed. by R. Zimmermann. Tübingen : MohrSiebeck, 2016.

⁵ Бондач А.Г. Рец. на: Белякова Е.В. Церковный суд и проблемы церковной жизни // Вестник ПСТГУ. Серия I: Богословие. Философия. 2006. Вып. 15. С. 196–205.

установлениями РО. При этом ни в одном нормативном правовом акте не даётся определения этому понятию¹.

7. Внутри православных сообществ нормы церковного права трактуются и применяются различно, вплоть до диаметрально противоположных практик и высказываемых в публичном пространстве рассуждений. Точно так же отсутствует однообразие в исполнении указов Патриарха и синодальных отделов. Самый яркий и самый недавний пример – реакция приходов и епархий на пандемию SARS-CoV-2, начавшуюся в России весной 2020 года, во время Великого поста – наиболее насыщенного литургического времени в церковном году. Несмотря на заявление Священного Синода «В связи с распространением коронавирусной инфекции» от 11 марта², документ «Инструкция настоятелям приходов и подворий, игуменам и игумениям монастырей Московской епархии в связи с угрозой распространения коронавирусной инфекции» от 17 марта³, распоряжение Патриарха Кирилла «Об ответственности за несоблюдение указаний, направленных на ограничение распространения коронавирусной инфекции» от 27 апреля⁴, многие верующие и некоторые церковные лидеры отказались подчиняться вводимым в связи с пандемией ограничительным мерам. Так, митрополит Саратовский Лонгин заявил, что вопреки решению светских и церковных властей готов обеспечить проведение массовых богослужений во время празднования Пасхи для всех желающих⁵. Что характерно, Священный Синод не оставил митрополита Лонгина без ответа, в конце августа переведя его в Симбирскую митрополию – что можно рассматривать как карательную санкцию, – одновременно издав послание «В связи с нашедшим в этом году вредоносным поветрием»⁶. Однако в качестве карательной санкции перевод на другую кафедру в документе не обозначен, как и не прописаны мотивы такого перевода.

8. Что касается систематичности церковного права, то бывший ответственный редактор Журнала Московской Патриархии Сергей Чапнин довольно точно выразил проблему, заключающуюся в следующей дилемме. С одной стороны, «из всех общественных институтов только Церковь имеет своё особое законодательство... Соблюдение этих норм и правил для христианина является обязательным». С другой стороны, «церковное право вводит требования, которые современный человек не может воспринимать всерьёз... Тем не менее, до сих пор эти правила никто не отменял»⁷. Простейший пример такого требования –

¹ Шахов М.О. Внутренние установления религиозных организаций // Сова Центр. URL: <https://www.sova-center.ru/religion/publications/2015/12/d33408>

² Заявление Священного Синода в связи с распространением коронавирусной инфекции. 11 марта 2020. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/5605165.html>

³ Инструкция настоятелям приходов и подворий, игуменам и игумениям монастырей Московской епархии в связи с угрозой распространения коронавирусной инфекции. 17 марта 2020. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/5608418.html>

⁴ Распоряжение Святейшего Патриарха Кирилла об ответственности за несоблюдение указаний, направленных на ограничение распространения коронавирусной инфекции. 27 апреля 2020. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/5629099.html>

⁵ Корчагин Л., митр. Запись. ВКонтакте. 18 апреля 2020. URL: https://vk.com/wall434012891_2381

⁶ Журналы заседания Священного Синода. 25 августа 2020. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/5681796.html>

⁷ Цит. по: Адельгейм П., прот. Реанимация церковного суда. О теоретической невозможности церковного суда. Ч. II. URL: <http://portal-credo.ru/site/?act=fresh&id=786>

это запрет лечиться у иудеев, введённый Трулльским собором в 11 правиле. Требуется кодификация церковного права в соответствии с потребностями современности.

9. Кроме того, канонические нормы могут придумываться архиереями. Например, указом № 952 от 17 марта 1997 года архиепископ Псковский Евсейий запретил священника Владимира Андреева в священнослужении «в связи с публичным порицанием в адрес Правящего епископа»¹.

10. Здесь мы подходим к следующей проблеме – правоприменительным органам. Полнотой судебной власти в епархии обладает епархиальный архиерей, который вправе делегировать её церковному суду. Судебные заседания проходят в закрытом порядке, порой в отсутствие стороны обвинения, хотя такое отсутствие противоречит 74 Апостольскому правилу². Что интересно, из 185 сайтов митрополий и епархий на территории РФ ни один не содержит решений епархиальных судов, 39 (21%) содержат упоминания о существовании таких судов, 36 (19%) содержат указы епархиальных архиереев, в том числе накладывающие прещения на клириков за какие-либо проступки. Таким образом, судебные заседания не только закрыты для посещения, но и их результаты недоступны для чтения. Информация о составе епархиальных судов также, как правило, отсутствует в публичном доступе. Это – как и многие другие факторы – ведёт к тому, что фактически «миряне остаются за пределами правового поля Церкви»³.

11. Если во времена существования Российской империи имела место обязательная регистрация прихожан и тем самым устанавливалась их формальная связь с конкретным храмом, то теперь официально приход имеет, как правило, 10 учредителей, остальные же миряне не имеют никаких правоотношений с храмом. Кроме того, с внесением поправок в Устав РПЦ в 2008 году Приходское собрание лишается автономии управления приходом, теперь подчиняясь епархиальному архиерею в административной, финансовой и хозяйственной деятельности⁴. Получается, что у мирян остаётся всё меньше функций внутри приходов и, соответственно, меньше формальных связей с ними. Из-за этого имеет смысл говорить о тенденции сужения области применения церковного права в сторону клириков, монашествующих, архиереев и работников церковных учреждений, исключая из этого круга мирян.

12. Вернёмся к проблемам суда. Высшим судом Русской православной церкви является Общецерковный суд, который может лишь рекомендовать епархиальному архиерею предпринять какие-либо меры в отношении клирика епархии, так как этот орган не имеет судебной власти непосредственно внутри епархий. В то же время его решения могут быть довольно расплывчатыми: так, в решении по делу № 01-01-2015 суд призвал митрополита Ташкентского Викентия оказывать «пастырскую заботу и любовь» священнику Марку Мазитову, с которым у того возник конфликт. Учитывая, что после этого священник стал

¹ Адельгейм П., прот. Реанимация церковного суда. О теоретической невозможности церковного суда. Ч. II. URL: <http://portal-credo.ru/site/?act=fresh&id=786>

² Там же.

³ Там же.

⁴ Адельгейм П., прот. Современные проблемы каноники и еклизиологии в Русской православной церкви. М. : Изд-во СФИ, 2016. URL: <https://predanie.ru/book/219433-sovremennnye-problemy-kanoniki-i-ekkleziologii-v-russkoy-pravoslavnoy-cerkvi/>

клириком Ханты-Мансийской митрополии, достичь примирения так и не удалось¹. Формулировки Общецерковного суда, относящиеся к внутреннему состоянию конфликтующей стороны, а не предписывающие определённое внешнее поведение, безусловно, не поддаются проверке. Кроме того, не предусмотрена санкция за неисполнение судебного решения. Поэтому остаётся неясной юридическая природа таких решений. Помимо этого, протоиерей Павел Адельгейм подчёркивал, что положение РПЦ «О церковном суде» не основано на канонах Древней Церкви, закладывающих принципы церковного правосудия².

13. Мы рассмотрели основные проблемы, которые на данный момент, на наш взгляд, препятствуют развитию современного церковного права РПЦ как религиозной правовой системы. Хотя указанные явления свидетельствуют о кризисе церковного права, они не могут указывать на его полностью неправовой характер, так как всё же с некоторыми сделанными выше оговорками церковное право соответствует признакам религиозной правовой системы.

¹ Адельгейм П., прот. Современные проблемы каноники и экклезиологии в Русской православной церкви. М. : Изд-во СФИ, 2016. URL: <https://predanie.ru/book/219433-sovremennnye-problemy-kanoniki-i-ekkleziologii-v-russkoy-pravoslavnoy-cerkvi/>

² Адельгейм П., прот. Реанимация церковного суда. О теоретической невозможности церковного суда. Ч. II. URL: <http://portal-credo.ru/site/?act=fresh&id=786>

Искусственный интеллект в уголовном праве

Ключевые слова: искусственный интеллект, юридическая ответственность, изменения в уголовно-правовое законодательстве.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN CRIMINAL LAW

Key words: artificial intelligence, legal liability, changes in the criminal laws

1. Вопрос о необходимости внесения изменений в уголовно-правовое законодательство в связи с постоянным развитием технологии искусственного интеллекта в настоящее время не перестает быть актуальным и является основной темой данной статьи. В работе раскрывается сущность, определение, а также основные дискуссионные вопросы указанной темы. В частности, была рассмотрена проблема установления вины конкретного физического лица в случаях наступления общественно опасных последствий в результате тех или иных действий «умного робота», а также предложено возможное разрешение связанных с этим трудностей.

2. Чем популярнее становится технология искусственного интеллекта (далее по тексту – ИИ), тем больше авторов говорят о том, что российская правовая система сильно отстала от развития техники и совершенно не готова к появлению «умных» роботов¹. Именно поэтому в последнее время данная тема стала чрезвычайно актуальной. Но так ли выглядит ситуация с точки зрения уголовного права?

3. Наибольшая проблема в области восприятия людьми ИИ заключается в заведомо приписываемой этой технологии общественной опасности: неясно, может ли робот причинить вред, и кто будет отвечать в такой ситуации? Эти вопросы чрезвычайно актуальны в настоящее время, но не находят должного отражения в области уголовного права. Хотелось бы начать с определения искусственного интеллекта и рассмотрения каждого из его видов.

4. В российской правовой науке так и не существует консенсуса относительно термина технологии ИИ, поэтому обратимся к определению, предложенному в проекте Закона США об искусственном интеллекте и представляющемуся наиболее точным: «Любые искусственные системы, которые выполняют задачи в различных и непредсказуемых обстоятельствах без значительного человеческого надзора или которые могут учиться на их опыте и повышать свою производительность»².

5. Несмотря на продолжающиеся споры относительно определения ИИ, все учёные выделяют два вида данной технологии: «сильный» (используемый для решения широкого спектра задач, способный к самостоятельному выбору способа и средств достижения какой-либо цели, приравниваемый по уровню интеллекта к человеческому разуму) и «слабый»

¹Васильев А.А., Шпопер Д. Известия АлтГУ. Юридическая наука. 2018. № 6(104). С. 23

² H.R.4625 - FUTURE of Artificial Intelligence Act of 2017 // [Электронный ресурс]. URL:

<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/4625/text> (дата последнего обращения 25.09.2020).

(используемый для решения узкого круга задач исключительно с применением решений, заранее заданных разработчиками).

6. Основные дискуссии ведутся в сфере регулирования «сильного ИИ», в особенности по вопросу о том, считать его субъектом права или только объектом. Попытка дать однозначный ответ на современном этапе развития технологий видится мне бессмысленной. Дело состоит в том, что в настоящий момент ученые пришли к выводу, что «человечество пока не может создать то, к чему стремились основатели теории искусственного интеллекта»¹, то есть к созданию «сильного ИИ». А уже из этого следует, что мы пытаемся урегулировать то, чего вообще не существует и неизвестно, будет ли существовать. Можно, конечно, поспорить с данным утверждением, сославшись на разработку в Саудовской Аравии искусственного интеллекта Софии, которая уже получила гражданство страны-создателя. Однако данное решение, будучи по большей части политическим, не способствовало решению правовых проблем, связанных с включением ИИ в правовое поле и вытекающей из этого его правосубъектности. Для того, чтобы включить ИИ в правовое поле, необходимо научно доказать наличие у него сознания, позволяющего выступать в качестве самостоятельного субъекта права. Итак, стоит считать невозможной, а также нецелесообразной, попытку правового регулирования несуществующего объекта, которая приведет лишь к появлению «мертвых норм» в Уголовном кодексе РФ. Если мы даже не знаем всех свойств и особенностей объекта, то возможно ли хотя бы теоретически разработать необходимые нормы? Кроме того, чрезмерно строгие законы в этой области могут сделать разработку искусственного интеллекта невыгодной экономически и, следовательно, остановить прогресс в этой области. Также принятие норм еще до создания ИИ может привести к тому, что его создатели уже на начальном этапе попытаются обойти существующие законы. Таким образом, несвоевременная разработка уголовно-правового законодательства в данной сфере не только нецелесообразна, но и может вызвать негативные последствия. Поэтому перейдем к рассмотрению второго вида искусственного интеллекта.

7. С развитием технологий все сильнее повышается автономность «слабого ИИ», вызывающая разумное опасение со стороны общества. Ошибки искусственного интеллекта уже унесли несколько человеческих жизней. Например, Авария Tesla со смертельным исходом, в ходе которой неверная оценка автопилотом ситуации на дороге вызвала столкновение фуры с легковым автомобилем и погиб водитель, не успевший переключиться на ручное управление². К сожалению, этот случай не единственный. Но кто понесет ответственность? Для ответа на этот вопрос необходимо вспомнить, каких целей придерживается российский законодатель в сфере уголовно-правового регулирования: компенсировать причиненный ущерб или восстановить общественный порядок? Во многих европейских странах давно выбрали первый вариант, и вопросов здесь особо не возникает. Например, во Франции можно привлечь к уголовной ответственности юридическое лицо. Но в России мы придерживаемся второй цели. И для установления вины конкретного физического лица, если это вообще осуществимо в определенных ситуациях, представляется

¹ Ястребов О.А. Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 3. С. 321

² Агаджанов М. (2016) Авария Tesla со смертельным исходом: кто виноват и что делать дальше? // Geektimes, 6 июля 2016 [Электронный ресурс]. URL: <https://geektimes.ru/post/278154/> (дата обращения: 25.09.20).

возможным установление некоего черного ящика, параметры и особенности которого будут урегулированы непосредственно производителями. В таком случае следует рассмотреть следующие варианты:

— Сбой в работе ИИ вызван: 1) ошибкой в программе, 2) неправильной сборкой, 3) изначальной неисправностью какой-либо из её частей, 4) износом или поломкой в результате эксплуатации какой-либо части механизма, обеспечивающего нормальную работу ИИ.

В первой ситуации привлекать стоит непосредственно разработчиков, а точнее ответственного за итоговую проверку работоспособности программы.

Во втором случае ситуация намного сложнее, потому что каждая технология проходит так много этапов сборки, что становится очень трудно определить, на каком из них присутствовало отклонение от нормы. В этом случае возможна уголовная ответственность сборщика, в случае, когда тот виновно (умышленно или неосторожно) осуществил неправильную сборку. Однако уголовно-правовая вина работника может и отсутствовать, когда последний осуществлял сборку надлежащим образом, которая, однако по каким-либо причинам была осуществлена все же неправильно. В такой ситуации отсутствует вина сборщика, может отсутствовать и причинная связь между его действиями и наступившими последствиями. Здесь необходимо прибегнуть к обвязыванию организации-производителя возместить материальный ущерб.

Третий случай, в общем, аналогичен второму и в нем также стоит принудить только к возмещению вреда. Конечно, можно вспомнить про такой институт, как уголовная ответственность юридических лиц, например, во Франции, но введение подобных норм потребует серьёзного изменения всей системы российского права, что не является целесообразным.

В четвертой ситуации вообще трудно найти ответственное лицо, так как никто не может уследить за износом частей ИИ, кроме самого собственника. Поэтому стоит обязать владельцев ИИ к регулярному прохождению диагностики в сроки, установленные разработчиками ИИ. В результате неё может выноситься рекомендация к починке "умного" работа. Если собственник отказывается производить ремонт, то вина полностью возлагается на него. Если недостаток не был выявлен во время диагностики, то следует возлагать ответственность на проводивших её специалистов.

— Целенаправленное использование человеком технологии ИИ в противоправных целях. В таком случае «умного робота» можно расценивать просто как средство совершения преступления, и новой нормы для этого вводить не имеет смысла.

8. Из рассмотрения перечисленных случаев мы можем сделать вывод о том, что все вопросы решаются либо неправовыми способами, либо могут и должны быть урегулированы другими отраслями права, либо подпадают под уже существующие статьи Уголовного Кодекса РФ, либо же требуют серьёзного изменения российской уголовно-правовой системы. Из чего мы можем сделать вывод, что тема искусственного интеллекта чрезвычайно актуальна почти во всех отраслях права. Но применительно к уголовному в настоящее время нет смысла что-либо изменять в законодательстве.

Наузбаев Ренат Валерьевич (Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Конфликт интересов на государственной службе: совершенствование механизма предотвращения и выявления

Ключевые слова: коррупция, конфликт интересов, государственная служба, общественный контроль, уголовная превенция, статус государственного служащего.

CONFLICT OF INTEREST IN THE CIVIL SERVICE: IMPROVING THE PREVENTION AND DETECTION MECHANISM

Key words: corruption, conflict of interest, civil service, public control, criminal prevention, civil servant status.

1. В связи с трансформациями, переживаемыми нашим обществом в период глобальных угроз (пандемий, экономических кризисов), обострилась проблема противодействия коррупции. В изменяющихся условиях появляются новые схемы и пути обхода законодательства. На необходимость изменений в борьбе с коррупцией недавно указывал и Президент¹. Важнейшим фактором, способствующим минимизации коррупционных проявлений на государственной службе, является создание эффективного механизма предотвращения и выявления конфликта интересов.

2. В науке при анализе зарубежного опыта законодательного регулирования, направленного на предотвращение конфликта интересов в публичной сфере выделяются две модели: иерархичная («вертикальная») и неиерархичная («горизонтальная»). Первая разновидность иерархичной модели предполагает сочетание конституционного и отраслевого регулирования, т.е. основополагающие нормы устанавливаются в акте конституционного уровня и подкрепляются законодательством о предупреждении конфликта интересов. Вторая и третья разновидности иерархичной модели не предусматривают конституционного регулирования предотвращения конфликта интересов и ориентируют на включение советующих положений в базовый закон о предупреждении конфликта интересов (Канада, Латвия, Литва, Молдова, Сербия, Чехия, Хорватия) или акт более общего характера — закон о противодействии коррупции².

3. В.М. Васильева выделяла следующие проблемы, которые необходимо решить на пути создания эффективной модели регулирования конфликта интересов: во-первых, большая, запутанная и дорогая государственная служба; во-вторых, патронажные сети и значительные привилегии государственных служащих, создающие дополнительную нагрузку на бюджет; в-третьих, высокая степень политизации государственной службы; в-четвертых, большая емкость коррупционного рынка и массовые протесты; в-пятых, недостаточное регулирование конфликта интересов на государственной службе и отсутствие внятного антикоррупционного законодательства³. Нельзя не согласиться с рядом положений,

¹URL: <https://tass.ru/ekonomika/6571906>

² Хабриева Т.Я., Капустин А.Я., Габов А.В., Черногор Н.Н. Конфликт интересов: природа, предупреждение, социальное регулирование. // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. №3. С. 8-9.

³ Васильева В.М. Регулирование конфликта интересов на государственной службе: бразильский опыт (часть 1). // Вопросы государственного и муниципального управления. 2015. №2. С. 104.

выражаемых автором, однако парадоксальная ситуация сосуществования высоких законодательных стандартов с высоким уровнем латентной коррупции в органах государственной власти, наводит на необходимость широкого подхода к совершенствованию механизма предотвращения конфликта интересов.

4. Можно согласиться с мнением о неиспользованном потенциале превенции (предупреждение совершения преступления под воздействием уголовно-правового запрета) в части несоблюдения требований об урегулировании служащими конфликта интересов¹. Сформированный в практике подход по пресечению соответствующих преступлений коррупционной направленности не позволяет выявлять значительный массив правонарушений, основанных на личной заинтересованности чиновника. Можно отметить позитивный опыт зарубежных стран, предусмотревших уголовно-правовые санкции за преступления, относящиеся к «конфликтам интересов с неадекватным управлением»². В этой связи представляется необходимым дополнить УК статьёй «Несоблюдение государственными и муниципальными служащими требований об урегулировании конфликта интересов».

5. Второй немаловажной проблемой является расширение субъектов информирования. В некоторых странах функционируют осведомители, в других – независимый орган, также образуются уполномоченные подразделения в соответствующих государственных органах. Комбинирование указанных вариантов также встречается на практике. При этом получение информации из СМИ является устоявшейся практикой. В этой связи следует упомянуть Указ Президента РФ от 21 сентября 2009 г. № 1065 «О проверке достоверности и полноты сведений, представляемых гражданами, претендующими на замещение должностей федеральной государственной службы, и федеральными государственными служащими, и соблюдения федеральными государственными служащими требований к служебному поведению» (далее - Указ). Согласно п.10 данного Указа основанием проведения проверки в отношении служащего является информация, поступающая преимущественно от субъектов федерального уровня. Следует обратить внимание, что зачастую федеральные СМИ предусматривают ограничения для публикации материалов в зависимости от территориального охвата аудитории, межрегиональной значимости проблемы. Огромный массив материала о несоблюдении требований в части урегулирования конфликта интересов вследствие таких фильтров не проходит до субъектов, в чьи полномочия входит противодействие коррупционным проявлениям на государственной службе. По нашему мнению, необходимо дополнить пп. г) п.10 отмеченного Указа следующей формулировкой «средствами массовой информации субъектов Российской Федерации».

6. Значительным фактором, предопределяющим конфликт интересов на государственной службе, является экономическая «герметичность» государственных служащих. Ввиду сложившейся практики предоставления со стороны служащего

¹ Конфликт интересов на государственной службе, в деятельности организаций: причины, предотвращение, урегулирование. / Отв. ред. А.Ф. Ноздрачев. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2016 С. 11.

² Политика и практика конфликтов интересов в девяти странах-членах ЕС: сравнительный обзор. / Доклад подготовлен для организации Sigma: Проф. Мануэль Виллориа-Мендиета Университет Рей Хуан Карлос, Мадрид, Испания, 2005., С. 16.

аффилированным лицам привилегий или распределения определённых ограниченных ресурсов, предлагается расширить перечень лиц, чей имущественный статус подлежит государственному контролю, в связи с занятием должности государственной службы. Необходимо распространить соответствующие требования законодательства на братьев, сестёр, родителей, лиц, проживающих в сходных с браком личных отношениях с лицом, замещающим должность государственного служащего.

7. В заключение хочется заметить, что в настоящий момент создание эффективной модели предотвращения и выявления конфликта интересов связано с необходимостью использования резерва уголовно-правовой превенции; включением новых субъектов со стороны гражданского общества (институты общественного контроля) в процедуру инициирования проверок в отношении служащих (региональные СМИ); расширением перечня лиц, подлежащих контролю, в целях повышения прозрачности государственного управления.

Прошина Яна Константиновна(Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Зарождение и развитие института собственности

Ключевые слова: экономический анализ, собственность, права собственности, защита прав, спецификация прав

THE PROBLEM OF THE FORMATION OF THE BANKRUPTCY ESTATE OF THE DEBTOR WHO IS A PARTY TO THE REPO AGREEMENT

Key words: law and economics, ownership, proprietary rights, protection of rights, specification of rights

1. В настоящей статье приводятся результаты исследования зарождения института собственности в западной традиции с позиций экономического анализа. Автором исследуются доминирующие в западной юридической науке подходы к системе установления и защиты прав собственности. В основу оценки соответствующих подходов положен в первую очередь критерий эффективности.

2. Право собственности представляет собой ключевой механизм регулирования общественных отношений в условиях непреодолимой ограниченности ресурсов. Как отмечается в науке, развитость института собственности является показателем уровня развития общества в целом. Так, американский историк Уильям Бернштейн в своем труде “The Birth of Plenty: How the Prosperity of the Modern World Was Created” отмечает, что благополучие западного общества было достигнуто именно благодаря достаточно развитой системе установления и защиты прав собственности, а также раннему появлению рынков капитала и разветвленных транспортных путей¹. Д. Норт и П. Томас в своей совместной работе “Fiscal Policy and Property Rights. In The Rise of the Western World: A New Economic History” приходят к выводу, что устойчивый торговый оборот в странах Западной Европы сложился в результате эффективного функционирования системы защиты прав собственности, ограничивавшей произвольное изъятие имущества у собственников². Компаративный анализ истории стран Европы показал, что именно с позиций анализа правового регулирования собственности можно объяснить процветание Голландии³ и упадок Испании и Франции в 16-17 веках⁴.

3. Однако что включает в себя понятие эффективности системы прав собственности? Лицо, осуществляющее присущее собственности господство над ресурсом, заинтересовано в ограничении возможности других лиц использовать этот ресурс. Еще большее значение для собственника имеет автоматическая реализация таких ограничений без дополнительных затрат, ведь усилия по охране собственности требуют все больших материальных вложений, из-за чего эффективность пользования ею падает. В результате затраты, произведенные для

¹ Bernstein, W. J., The Birth of Plenty: How the Prosperity of the Modern World Was Created, New York, McGraw-Hill, 2004. P. 53.

² North, D., Thomas, R., Fiscal Policy and Property Rights. In The Rise of the Western World: A New Economic History. Cambridge: Cambridge University Press, 1973. Pp. 91-93.

³ Ibid. P. 133.

⁴ Ibid. P. 120-121.

охраны, могут превысить выгоды от эксплуатации объекта собственности. Необходимо также заметить, что самостоятельная охрана прав собственности в отдельных случаях в принципе неэффективна, например, в случае посягательства со стороны субъекта, имеющего значительное физическое или экономическое превосходство¹. На практике такая ситуация может возникать в современных городских районах, соседствующих с крупными преступными сообществами. Организованная преступность, сконцентрированная в одном месте, разрушает систему прав собственности, поскольку проживающие поблизости собственники не могут эффективно защититься от посягательств и постоянно опасаются утратить право собственности.

4 Из этого вытекает и еще один недостаток отсутствия организованной системы охраны и защиты прав собственности. В отсутствие эффективных механизмов регулирования собственники имеют меньше стимулов улучшать принадлежащие им ресурсы. Постоянная угроза утраты права создает неопределенность, в которой страх произвольного изъятия объекта собственности делает нецелесообразными какие-либо инициативные улучшения. Создание же системы титулов или юридических оснований владения приводит к стабилизации общественных отношений по поводу присвоения различных благ. При этом необходимо отметить, что исключительно экономические механизмы такую задачу решить не в состоянии, и в связи с этим неизбежно вмешательство государства, которое упорядочивает отношения собственности посредством правового регулирования².

5. Отдельного внимания заслуживает вопрос о допустимых пределах вмешательства государства в урегулирование социальных конфликтов на почве собственности, поскольку по этому вопросу нет единого мнения даже среди тех исследователей, которые в целом благоприятно оценивают государственное участие в решении такого рода задач. Отношение и оценки централизованной и децентрализованной систем прав собственности разнятся также и в зависимости от того, в какой сфере ведется научная дискуссия – в экономической или же в юридической.

6. Данные эмпирических исследований показывают преимущество централизованного регулирования. Так, Г. Лайбкап и Д. Льюек в совместной работе "The Demarcation of Land and the Role of Coordinating Property Institutions" проанализировали межевание земель, проводившееся на территории штата Огайо, США в 19 веке. Ученым представилась редкая возможность сопоставить централизованный и децентрализованный подход при прочих равных условиях, поскольку одна часть однородных территорий межевалась собственниками самостоятельно в соответствии с системой границ и переделов (так называемый Metes and Bounds Demarcation Regime, пример децентрализованного подхода), а другая с применением общественной системы межевания под контролем государственных органов (так называемые Public Land Survey System или Rectangular System,

¹ Calabresi, G., Melamed, D. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral". Harvard Law Review, 1976. Vol.85. P. 1091.

² Demsetz, H., Toward a Theory of Property Rights. The American Economic Review, 1967. Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association., P. 351.

воплощающие централизованный подход)¹. Сопоставление результатов межевания позволило сделать следующие выводы. Прежде всего, централизованное межевание, которое помимо фактических действий по установлению границ участков включало в себя ряд юридических процедур, оказалось эффективнее и благотворно повлияло на экономическое развитие территорий. Это стало возможным прежде всего потому, что централизованное межевание устранило поводы для возможных конфликтов между собственниками соседних участков². Кроме того, эффект от применения централизованного подхода оказался долгосрочным, поскольку и в нынешнее время (исследование было опубликовано в 2011 году) районы централизованного межевания опережают по экономическим показателям соседние территории, где применялась система границ и переделов³.

¹ Libecap, G., Lueck, D., "The Demarcation of Land and the Role of Coordinating Property Institutions," *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, 2011. Vol. 119(3). P. 437.

²Ibid. P. 460.

³Ibid.

Проблема причинности при бездействии

Ключевые слова: причинно-следственная связь, обуславливающая связь, квалификация преступлений, бездействие, ятрогенные преступления, неоказание медицинской помощи, релятивная философия, судебная практика.

THE PROBLEM OF CAUSE WHEN INACTION

Keywords: causation, qualification of crimes, iatrogenic crimes, failure to provide medical care, relational philosophy, judicial practice

1. В отношении причинной связи при бездействии ученые уголовного права отстаивают полярные позиции: об отсутствии и о наличии причинности. Автором настоящей статьи подвергаются критике теоретические разработки ученых в отношении «золотого правила» для случаев бездействия, системного характера причины при бездействии, а также непризнания бездействия условием общественно опасного результата. На основании новейшей судебной практики анализируются позиции судов о юридическом содержании и правовых последствиях установления не прямой, косвенной, опосредованной причинно-следственной связи. Поднимаются вопросы о значении выводов судебно-медицинских экспертиз по делам об ятрогенных преступлениях применительно к причинной связи, их оценка судом.

2. Наличие в структуре объективной стороны состава преступления причинно-следственной связи можно назвать общепризнанным в доктрине уголовного права. Вместе с тем, её признание при бездействии всё ещё остаётся спорным. В 1945 г. М. Д. Шаргородский обосновал в своей докторской диссертации её отсутствие¹, а уже в 1949 г. Т. В. Церетели пришла к противоположному выводу².

3. В обоих обозначенных подходах рассмотрение вопросов причинной связи при бездействии осуществляется исключительно на основании существования этой формы преступного деяния: 1) бездействие не способно нарушить материальный мир, поэтому причинная связь отсутствует (В. Б. Малинин)³; 2) бездействие нарушает социальный и правовой уровень реальности, поэтому причинная связь есть (З. Б. Соктоев)⁴.

4. Видится, что имеющиеся подходы внутренне противоречивы:

1) подход об отсутствии причинно-следственной связи как признака состава преступления при бездействии не учитывает то обстоятельство, что конкретное лицо своим действием обязано предотвратить наступление общественно опасных последствий, однако

¹ Защита проф. Шаргородским докторской диссертации о преступлениях против личности: [Во Всесоюзном институте юридических наук] // Социалистическая законность. М., 1945. № 6. С. 42-43.

² Причинная связь в уголовном праве (Диссертация Т. В. Церетели): [В Институте права Академии Наук СССР] // Советское государство и право. М., 1949. № 9. С. 69-72.

³ Малинин В. Б. Причинная связь в уголовном праве: вопросы теории и практики : 12.00.08 : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1999. 409 с.

⁴ Соктоев З. Б. Причинность в уголовном праве: теоретические и прикладные проблемы : 12.00.08 : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. 408 с.

своим бездействием допускает наступление преступных последствий. Отсюда следует, что хотя бездействие и не может служить причиной, оно состоит с последствием в детерминационной зависимости;

2) подход о наличии причинной связи в рассматриваемой ситуации противоречив в том, что бездействие может быть причиной исключительно в случае присутствия в этой детерминации первопричины, в связи с чем и называется учеными лишь «причинным комплексом»¹. Тогда как причинная связь и порождение следствия конкретной причиной обладает свойством необходимости, что исключается для понимания бездействия причиной только в качестве причинного комплекса. Помимо этого, сомнительна и собственно возможность причинения вреда на социальном и правовом уровне, хотя бы применительно к преступлениям против жизни и здоровья человека. Подход ученых в этой части противоречиво выстраивает причинную связь от деяния в форме бездействия к общественным отношениям, а не общественно опасным последствиям.

5. При рассмотрении вопросов причинной связи наиболее целесообразным и продуктивным в деле выявления основания уголовной ответственности по признаку причинно-следственной связи в составе преступления видится ориентация на высказанное академиком В. Н. Кудрявцевым замечание, согласно которому конфигурация причинной связи не одинакова в разных группах преступлений².

6. И. Я. Лойфман указывал, что даже с позиции диалектического материализма следует различать причинные и функциональные связи³. Хотя условия и связаны с причиной, они не способны запустить причинную связь, так как находятся в связи функциональной (обуславливающей). Ранее, Ю. В. Голик замечал, что с позиции точных наук связь между причиной и следствием не исчерпывается собственно причинной зависимостью⁴.

7. Здесь интересен вопрос, впервые поднятый П. С. Дагелем⁵ и вновь поставленный в очерке А. А. Музыка и С. Р. Багирова, а именно – надо ли расширять понимание причинной связи в уголовном праве, включая в нее функциональную, или надо ввести новое понятие? Соавторы очерка поддержали вторую позицию, с чем трудно согласиться⁶.

8. Известно, что судебно-медицинские эксперты, выясняя этиологию заболевания, определяют причинную связь в ее узко непосредственном смысле – категорию естествознания. Совершенно иначе суд, разрешая вопросы права, должен устанавливать причинную связь как элемент объективной стороны состава преступления – юридическую категорию. Как правило, суд связан выводами экспертов⁷.

¹ Зимирина Л. А. Причинная связь в преступлениях против жизни : 12.00.08 : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 194.

² Кудрявцев В. Н. Рецензия на монографию Малинина В. Б. Причинная связь в уголовном праве (СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. 315 с.) // Правоведение. 2002. № 2. С. 254.

³ Лойфман И. Я. Дух диалектики (теоретико-методологические проблемы). Екатеринбург : УрГУ, 2000. С. 52.

⁴ Голик Ю. В. Философия уголовного права: современная постановка проблемы // Вступительная статья к сборнику: Философия уголовного права. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. С. 36.

⁵ Дагель П. С. Причинная связь в преступлениях, совершаемых по неосторожности // Вопросы борьбы с преступностью : сб. статей. Вып. 34. М. : Юридическая литература, 1981. С. 28.

⁶ Музыка А. А., Багиров С. Р. Причинная связь: уголовно-правовой очерк. Хмельницкий : Изд-во Хмельницкого ун-та управления и права, 2009. С. 49.

⁷ Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 16 августа 2016 г. по делу № 33-9745/2016 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

9. Вместе с тем, судебной практике известны случаи самостоятельного судебного анализа и констатации причинно-следственной связи по делам об ятрогенных преступлениях: неоказание помощи больному¹. Правоприменительная практика постепенно и верно, с подачи доктринальных разработок по уголовному праву, прокладывает тренд на значительное расширение понимания причинной связи в праве². В одном из практикообразующих решений Верховный Суд РФ, признавая юридическое значение не прямой причинной связи прямо указал на отсутствие в законе требования о прямом характере причинной связи³.

10. Последняя судебная практика по ст. 124 УК РФ свидетельствует о достаточности наличия причинно-следственной связи независимо от ее характера (непрямая, косвенная, опосредованная)⁴. Следовательно, является очевидным сложившееся недопонимание между юристами и медицинскими экспертами, так как последние рассматривают причинную связь в узком смысле. Мы не настаиваем на введении термина функциональной связи в правоприменительную деятельность, а лишь предлагаем устанавливать, что последствие состоит не в причинной связи с бездействием обязанного лица, а лишь то, что преступные последствие и бездействие связаны. Функциональная связь усматривается учеными и в конструкциях других составов преступлений, например, предусмотренных ст. 110 УК РФ, ст. 110.1, ст. 293 УК РФ.

11. Полагаем, что первостепенное значение в исследовании причинной связи при бездействии обязанного лица следует отдавать не существу бездействия, но пониманию связи между деянием и последствием. Уголовный закон признает достаточность функционального отношения для наличия объективной стороны материального состава преступления. В неосторожных преступлениях невыполнение обязанности надлежит признать условием, допустившим преступный результат, но не причиной. Причиной последствия является обстоятельство, запустившее причинную связь, как то: развитие заболевания, умышленные действия других лиц и другие. В преступлениях при бездействии «золотое правило», которым определяется значение деяния для преступного результата, работает иначе: надлежит не исключать бездействие виновного лица, а заменять его на необходимое в этой системе действие. Если при наличии необходимого действия результат не наступает, значит бездействие данного лица находится в обуславливающей связи с последствием.

¹ Приговор Тобольского городского суда Тюменской области от 17 мая 2019 г. по делу № 1-22/2019 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Апелляционное определение Тюменского областного суда от 11 июля 2019 г. по делу № 22-1496/2019 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 13 янв. 2020 г. № 57-КГ19-7 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 12 августа 2019 по делу № 22-2130/2019 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Титова Екатерина Алексеевна (Воронежский государственный университет)

О системных факторах государственно-служебного поощрительного правоотношения

Ключевые слова: государственная служба, правоотношение, административное право.

ON THE SYSTEMIC FACTORS OF CIVIL-SERVICE INCENTIVE LEGAL RELATIONSHIP

Key words: civil service, legal relationship, administrative law

Создание в Российской Федерации системы государственной службы, в полной мере отвечающей вызовам XXI века, обеспечивающей качественное решение первоочередных задач государства, способствующей повышению эффективности реализации его экономической и правовой политики, а также развитию институтов гражданского общества — среди важнейших задач модернизации современного аппарата государственного управления¹.

Особенности состава и структуры поощрительных правоотношений в системе государственной гражданской службы позволяют говорить об их самостоятельном значении и

необходимости придания нормативно-правовой определенности содержанию государственно-служебного поощрительного производства.

Наиболее полному исследованию поощрительного правоотношения может способствовать его представление как системы. В качестве ее элементов выделяют следующее:

1. *Системообразующие факторы* (проблемная ситуация и целевое состояние). Применимо к поощрительному правоотношению это означает наличие самостоятельных целей его субъектов. Например, поощряя гражданского служащего, представитель нанимателя может достигать улучшения дисциплины в организации, качества труда, осуществлять воспитание и инициативы и позитивной ответственности поощряемых лиц. Они же, в свою очередь, при грамотном применении данного юридического средства получают реальный стимул для достижения высоких результатов профессиональной деятельности².

2. *Системонаполняющие факторы*, способствующие достижению основной цели реализации государственно-служебного поощрительного правоотношения. Другими словами, это элементы самой системы, образующие состав данного правоотношения:

1) поощряющий субъект — в таком качестве могут выступать представитель нанимателя гражданского служащего либо по его представлению иные субъекты;

2) поощряемый субъект — государственный гражданский служащий;

3) объект правоотношения — само поощрение как материальное / нематериальное благо;

¹ Касаева Т.В. Государственная служба в условиях формирования гражданского общества в России // Правовые основы формирования гражданского общества в современной России: сб. науч. тр. по материалам всерос. науч.-практ. круглого стола / Под общ. ред. А.В. Малько и К.А. Струсь. Пятигорск; Саратов; М.: РИА КМВ, 2010. С. 130.

² Стариков Ю.Н. Государственная служба и служебное право: учеб. пособие / М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. С. 137.

4) содержание поощрительного правоотношения — субъективное право служащего на поощрение в случае совершения положительного сверхправомерного поступка, который может быть квалифицирован как заслуга, либо наступления определенного события, выступающего основанием для применения к гражданскому служащему соответствующей меры.

Содержание поощрительного правоотношения — один из наиболее дискуссионных вопросов межотраслевого значения. Нормативно-правовое отсутствие юридической обязанности предоставления поощрения является особенностью данного вида правоотношений, де-факто превращающей его [поощрение] в законный интерес лица, совершившего заслуженный поступок. Главное отличие субъективного права от законного интереса ученые видят в том, что субъективное право обеспечивается корреспондирующей ему обязанностью, чего не наблюдается в отношении законного интереса¹. Сущность первого — в гарантированной возможности реализации, второго — в простой дозволенности при отсутствии строго зафиксированного алгоритма действий правового характера и каких-либо гарантий обеспечения их юридического результата².

3. *Системообуславливающие факторы* (условия функционирования системы). К ним следует отнести сложный фактический состав, выступающий основанием возникновения поощрительного правоотношения: юридически установленный факт совершения гражданским

служащим заслуженного поступка либо наступление события — определенного периода времени, с которым законодатель связывает возникновение государственно-служебного поощрительного правоотношения; а также — в случае прямого указания закона — дополнительные условия поощрения. Еще одно необходимое условие функционирования механизма поощрения — издание акта правоприменения, конкретизирующего объем субъективных прав либо констатирующего их наличие у определенных лиц (приказа (распоряжения) представителя нанимателя о поощрении конкретного служащего либо коллектива)³.

Думается, в качестве особой группы системных факторов государственно-служебного поощрительного правоотношения также стоит выделить идейно-смысловые факторы, представляющие собой основополагающие принципы служебной этики и морали.

Оценивая научный труд П.П. Серкова о нравственности как идейной основе механизма правоотношений, на которой возможно максимальное сближение науки и практики с целью объединения их усилий для стимулирования надлежащего субъективного поведения, Ю.Н. Старилов справедливо констатирует: «Механизм правоотношений, основанный на силе идейного содержания нравственного потенциала в процессе создания правовых норм, неизбежно приведет к очевидному улучшению социальной жизни посредством гарантирования взаимности и паритетности субъективных прав и обязанностей,

¹ Кожевников В.В., Кондратьев А.Е. Субъективное право и законный интерес: проблемы соотношения // Вестник Омского ун-та. Серия «Право». 2014. № 4. С. 20.

² Ремнев В.И. Право жалобы в СССР / М.: Юрид. лит., 1964. С. 26.

³ Кокурина О.Ю. Об особенностях правовых поощрений // Научный вестник МГТУ ГА. 2011. № 170. С. 38-39.

«оптимизации правового регулирования межличностного общения...»¹. Закрепление юридических обязанностей представителя нанимателя, коррелирующих с правом гражданского служащего на достойное, значимое и своевременное поощрение; нормативно-правовое обозначение такого права в числе основных государственных гарантий гражданских служащих — очевидные проблемы, в решении которых поощрительное производство нуждается на протяжении трехдесятилетий реформирования российской системы государственной службы.

В научной литературе отмечено, что служебное поощрение выступает огромным, но тем не менее недостаточно реализованным стимулирующим ресурсом в системе государственной гражданской службы². Основная цель применения соответствующих мер — обеспечение высокомотивированного и сверхрезультативного труда государственных гражданских служащих. Она будет реализована именно по достижении в высшей степени упорядоченного, согласованного взаимодействия всех элементов механизма поощрительного правоотношения в системе государственной гражданской службы Российской Федерации.

¹ Старилов Ю.Н. Нравственность — базис и высшая ценность для правового регулирования и формирования механизма правоотношений. (Рец. на кн.: Серков П.П. Правоотношение (Нравственность современного правового регулирования) : монография / П.П. Серков. — М. : Норма, 2020. — 688 с.) // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2020. № 3. С. 323, 326.

² Шарин В.И. Система мотивации профессиональной деятельности государственных гражданских служащих Российской Федерации. Human progress. 2017. Т. 3. № 4. URL: http://progress-human.com/images/2017/tom3_4/Sharin.pdf

Шалаевская Вероника Николаевна(Санкт-Петербургский государственный университет)

Проблемные аспекты статьи 245 Уголовного Кодекса Российской Федерации

Ключевые слова: эволюция права, права животных, жестокое обращение, уголовное право.

PROBLEMATIC ASPECTS OF ARTICLE 245 OF CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

Key words: evolution of law, animal law, torture, criminal law.

«Мы в ответе за тех, кого приручили»

Антуан де Сент-Экзюпери

1. В современном уголовном праве существует множество проблемных вопросов. Одним из них, на мой взгляд, является выделение такого отдельного состава преступлений, как жестокое обращение с животными. Ст. 245 Уголовного Кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) выделяет в качестве преступления жестокое обращение с животным в целях причинения ему боли и (или) страданий, а равно из хулиганских побуждений или из корыстных побуждений, повлекшее его гибель или увечье¹. Однако несмотря на очевидную гуманность, необходимость существования подобного состава преступления и привлечения к ответственности по ней ставится под сомнения.

2. Первая проблема, которая возникает в связи с данным составом, необходимость его выделения в принципе. По объективной стороне жестокое обращение с животными может быть выражено в причинении физической боли животному, причинении страданий путем использования термических факторов, лишения пищи и воды и другое. Уголовная ответственность за содеянное наступает при условии, что жестокое обращение имело место с применением садистских методов, в присутствии малолетних, из хулиганских или корыстных побуждений². Согласно ст. 137 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) к животным применяются общие правила об имуществе постольку, поскольку законом или иными правовыми актами не установлено иное, а при осуществлении прав не допускается жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности³. УК РФ выделяет целую категорию преступлений против собственности. Опираясь на применение гражданским законом понятия имущества к животным, получается, что животные могут выступать предметом этих преступлений — например, кражи или умышленного уничтожения или повреждения имущества. Возникает вопрос, с какой целью выделяется отдельный состав по ст. 245 УК РФ, когда все увечья, причиненные животным, могли бы быть отнесены к преступлениям по ст. 167 УК РФ.

1 Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // СЗ РФ. 1996.№ 25. ст. 2954.

2 Кочои С. М. Уголовное право. Общая и Особенная части: Учебник. Краткий курс. М., 2009. Глава 20. С. 24.

3 Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 12.05.2020.) // СЗ РФ. 1994.№ 32. ст. 3301.

3. Важность защиты животных и недопустимости жесткого обращения с ними была подчеркнута еще в XIX столетии на международном уровне. Однако в России подобные нормы появились относительно недавно. Общественная опасность преступления по ст. 245 УК РФ состоит в том, что «оно способствует распространению в обществе жестокости, бесчеловечности, садизма. Жестокость в отношении к животным является источником многих преступлений против личности»¹. Помимо этого, выделение такого состава подчеркивает приоритет гуманного отношения к животным. На мой взгляд, выделение такого отдельного состава необходимо, ведь животные тоже имеют чувства и не могут выступать только в качестве имущества лиц. Наибольшую общественную опасность в сравнении с преступлением повреждения чужого имущества подчеркивает, например, также факт, что при отсутствии квалифицирующих обстоятельств наказание по ч. 1 ст. 245 УК РФ может достигать до трех лишения свободы в отличие от 2 лет лишения свободы по ч.1 ст. 167 УК РФ.

4. Актуальность проблемы подчеркивает и то, что другие страны также обращаются к данному вопросу. В Уголовных кодексах таких стран, как Австрия, Франция, Хорватия, Украина, Грузия, Белоруссия имеется состав преступления в виде жесткого обращения к животным. Однако по-прежнему большинство государств применяет нормы о повреждении имущества к животным. Например, в японском Уголовном Кодексе не содержится отдельного состава жестокого обращения к животным. Однако интересно, что именно Япония стала одним из первых государств, в котором уже в XVII веке появилось регулирование, направленное на их защиту. Японский сёгун Токугава Цунаёси, получивший за свою политику прозвище «собачий сёгун», принял указы о наказании за жестокое обращение с животными².

5. Иной вопрос состоит в том, что предметом данного преступления могут считаться не все животные, а лишь некоторые их виды (и ведь сам человек относится к царству животных). Рассматриваемое преступление представляет собой посягательство на общественную нравственность в сфере гуманного отношения к животным, под которыми понимаются как домашние, так и дикие млекопитающие и птицы. Однако действия лица можно назвать преступными только в случае, если они совершены в отношении высшего млекопитающего, рыбы, или птицы, то есть змеи, лягушки, насекомые и другие пресмыкающиеся и земноводные не могут выступать в качестве предмета преступления. Я считаю, что стоит пересмотреть список животных, которые могут выступать в качестве предметов данного преступления. В современном мире домашними животными все чаще становятся такие необычные животные, как змеи, ящерицы, черепахи. Их исключение из списка кажется необоснованным. Жестокое обращение в отношении животного в присутствии малолетнего квалифицируется по ч. 2 ст. 245 УК РФ, так как представляет большую общественную опасность. Как бы странно это не звучало, нанесение увечий, например, черепахе, хозяином которой считает себя ребенок, может привести не только к причинению вреда животному, но и к серьезной психологической травме ребенка или, наоборот, формированию у него низменных инстинктов по отношению к «братьям нашим

1 Уголовное право России. Особенная часть: Учебник / Под ред. Ф.Р. Сундурова, М. В. Талан. М., 2012. С. 520.

2 История Японии / Отв. ред. А. Е. Жуков. М, 1998. Т. 1. 1868–1998. С. 438.

меньшим», с чем выделение отдельного состава в ст. 245 УК РФ призвано бороться. Применение только ст. 167 УК РФ несправедливо.

6. Также важно отметить, что по данному составу имеется обширная судебная практика. Можно выделить закономерность, что часто суды выбирают наиболее мягкие виды наказаний — штрафы и исправительные работы, что, по моему мнению, несоразмерно с совершенными преступлениями. Например, приговором Тбилисского районного суда Краснодарского края от 20 января 2020 г. по делу № 1-11/2020 Рытов А.В., совершивший жестокое обращение с животными из хулиганских побуждений, пренебрегая общепринятыми нормами и правилами поведения, осознавая степень общественной опасности своего деяния и желая этого, достал из багажника своего автомобиля принадлежащее ему охотничье ружье, после чего, проследовал через автомобильную стоянку в южном направлении за помещение указанного магазина, где обнаружил две беспородные собаки, желая наступление смерти животных, из принадлежащего ему охотничьего ружья произвел по ним прицельные выстрелы, был приговорен к 1 году исправительных работ с удержанием 10 процентов из заработной платы в доход государства в местах, определяемых органами местного самоуправления по согласованию с уголовно-исполнительной инспекцией, но в районе места жительства осужденного¹. Лишение свободы в качестве наказания избирается судом редко и обычно при наличии нескольких отягчающих обстоятельств. Так, приговором Томского районного суда Псковской области от 18 февраля 2020 г. по делу № 1-395/2019 Трофимовой Т.Л., совершившей жестокое обращение с котенком в целях причинения ему боли и страданий, а равно из хулиганских побуждений, повлекшее за собой увечье, совершенное в присутствии малолетних, с применением садистских методов, было назначено наказание в виде 3 лет лишения свободы с отбыванием наказания в колонии-поселении.²

7. Однако по-прежнему в СМИ большое количество сообщений о том, что многие преступления по ст. 245 остаются ненаказанными. Например, недавно на сайте издания «Аргументы и факты» была опубликована статья о том, что в мае 2019 года в своем дворе местная жительница Татьяна Кирьянова нашла 14 кошачьих трупов, рядом с которыми находились банки с кусками рыбы, окрашенной в яркий розово-сиреневый цвет. Женщина сообщила о случившемся в полицию. Участковый вынес постановление об отказе в возбуждении уголовного дела из-за «отсутствия события преступления». Татьяна Кирьянова обратилась в прокуратуру и к депутату городского совета Игорю Цевменко. Прокуратура отменила постановление, вынесенное участковым, но участковый написал новое аналогичное постановление об отказе в возбуждении дела. В итоге ни вмешательство депутата и прокуратуры, ни огласка в СМИ, не помогли найти и наказать виновных³. Такая ситуация в России не редкость. Почему-то существование ст. 245 УК РФ и ее гуманные цели обесцениваются.

8. В связи с тем, что уголовный закон не достигает своих целей — восстановления социального порядка, превенции новых преступлений, перевоспитания преступника,

1 Приговор по уголовному делу № 1-11/2020 от 20.01.2020 г. по ч.2 ст. 245 УК РФ Тбилисского районного суда Краснодарского края // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/5TMAAt8jKTw5x/> (дата обращения 25.09.2020).

2 Приговор по уголовному делу № 1-395/2019 от 18.02.2020 г. по ч.2 ст. 245 УК РФ Томского районного суда Псковской области // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/MiCMVIGmEIWJ/> (дата обращения 25.09.2020).

3 URL: https://bel.aif.ru/society/nichego_ne_dokazhesh_pochemu_v_rossii_mozhno_beznakazanno_ubivat_zhivotnyh

возникает вопрос о справедливости наказания и необходимости ужесточения санкции по ст. 245 УК РФ.

9. Таким образом, жестокое обращение с животными является отдельным составом преступления в российском уголовном праве. Несмотря на это, в формулировке состава и в его применении имеются существенные недочёты, которые следует исправить.

Щорс Анастасия Максимовна (Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова)

Исключительное право на объект интеллектуальной собственности как «законная монополия»

Ключевые слова: исключительное право, монополия, интеллектуальная собственность, защита конкуренции, принудительная лицензия.

EXCLUSIVE RIGHT TO INTELLECTUAL PROPERTY AS LEGAL MONOPOLY

Key words: exclusive right, monopoly, intellectual property, antitrust legislation, compulsory license.

1. Исторические аспекты концепции исключительного права как "законной монополии"

Термины «юридическая монополия» и «легальная монополия» широко используются в доктрине. Истоки такого подхода связывают с английским Статутом о монополиях 1623 г., с которого, по мнению О.А. Городова, берет начало история патентного права в Европе¹. Исторически патент представлял собой привилегию, выданную государством. Привилегия - акт, предоставляющий монополию на особо ценное изобретение в сфере промышленности с предоставлением исключительного права на извлечение выгоды из изобретения и с запрещением всем другим лицам воспроизводить и эксплуатировать изобретение². В российском дореволюционном законодательстве, а именно в Положении о привилегиях на изобретения и усовершенствования от 20 мая 1896 г., термин «патент» употреблялся как «патент на привилегию». Привилегия закрепляла монополию изобретателя или автора на определенный срок. Таким образом, категория исключительного права берет свое начало от термина «привилегия», который означал монополию правообладателя, отражал его преимущественное положение по отношению к иным участникам рынка.

Спор об исключительном праве как монополии обострился в конце XIX века. Александр Александрович Пиленко писал о том, что толчком к данному спору послужило всеобщее увлечение идеями экономической свободы. «Манчестерская школа, в свое время, как один человек, поднялась против патентов, «последнего остатка средневековых монополий». <...> С одной стороны, противники патентной системы старались не настаивать слишком уж энергично на монопольном характере патентов, чувствуя, что, в случае уничтожения этих последних трудно будет заменить их чем-то другим и несправедливо будет оставить их незамененными. С другой стороны, сторонники патентов – вопреки здравому смыслу – выбивались из сил, чтобы доказать, что патенты не имеют монопольного характера»³. Данный спор так и остался неразрешенным.

А. А. Пиленко склонялся к следующему тезису: «Патенты - суть монополии». Однако он был не согласен с тем, что патенты, как и другие средства защиты исключительного права, «вредны и несимпатичны», несправедливы по своей сущности, как и любая другая

¹ Городов О.А. Право промышленной собственности: Учебник. М.: Статут, 2011.

² Право интеллектуальной собственности: Учебник. В 4 т. Т. 4: Патентное право / под ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2019. С.22.

³ Пиленко А.А. Право изобретателя. Том 1. СПб, 1902

монополия. Он предлагал обсуждать концепцию предоставления привилегий не в контексте «добра и зла», а в контексте требований целесообразности, промышленной применимости. Патенты выполняют важную роль в развитии инноваций в обществе. Я еще вернусь к вопросу роли исключительного права в развитии инноваций.

Джоэль Мокир так определяет взаимосвязь между экономическим ростом и системой патентной защиты: «Если патентообладатель является монополистом, распространение изобретения будет задерживаться, а промышленность будет развиваться более медленными темпами, если только фирма изобретателя не будет расширяться так же быстро, как промышленность в целом. Чем больше для стимулирования изобретения используется монополия защита, тем медленнее оно внедряется и тем медленнее, таким образом, достигается общественная польза»¹.

Концепция «законной монополии» получила признание в начале XX века. В 1906 году юрист Ведомства по патентам и товарным знакам США Эдвин Приндл опубликовал серию статей, в которых прозвучала идея использования системы патентования в целях поддержки частных исследований и развития инноваций. «Патенты - самый эффективный способ борьбы с конкурентами, - писал он, - иногда они дают возможность полностью контролировать рынок, позволяя владельцу устанавливать цену на товар независимо от его себестоимости. <...> Патенты - единственная законная форма абсолютной монополии»².

Подтверждением данного тезиса может служить история компании AT&T. Лидирующая позиция первых больших корпораций часто основывалась на объектах интеллектуальной собственности. История известного телекоммуникационного конгломерата AT&T началась в 1876 году, когда Алесандр Белл зарегистрировал патент на своё изобретение — телефон. Во время действия патента А. Белла (1894) в США существовала единственная телефонная компания – AT&T. Но после истечения срока патента на телефон, количество телефонных компаний резко увеличилось, и для того чтобы сохранить свое положение на рынке AT&T взяло курс на приобретение небольших компаний и дальнейшее присоединение их к своей сети. В 1913 году между AT&T и антимонопольным комитетом было достигнуто соглашение Кингсбери (Kingsbury Commitment), которым за AT&T закреплялся статус естественной монополии³. Таким образом, именно обладание патентом на позволило компании AT&T занять главенствующее положение на рынке телефонной связи.

2. Полномочия, предоставленные автору или изобретателю исключительным правом. «Рычаги» воздействия правообладателя на рынок.

Как правило, именно исключительное право рассматривается как своего рода предоставленная государством монополия на использование объекта интеллектуальной собственности, т. к. данное право не только является абсолютным, имущественным и оборотоспособным, но и предоставляет правообладателю широкие полномочия по использованию и распоряжению объектом интеллектуальной собственности.

¹ Mokyр J. Editor's Introduction: The New Economic History and the Industrial Revolution // The British Industrial Revolution: An Economic Perspective. Edited by Joel Mokyр. Westview Press, 1999. P. 43, 44.

² Prindle, in David.F Noble, op. cit. p89 "Patents in Manufacturing Business"

³ AT&T. "Brief History: The Bell System." <http://www.corp.att.com/history/history3.html>

Рассмотрим, какие полномочия предоставляет исключительное право своему обладателю. В абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ указано, что другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя; использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную ГК РФ, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия допускается ГК РФ. Согласно ст. 1233 ГК РФ, правообладатель может распоряжаться своим исключительным правом, отчуждая его или предоставляя другому лицу право пользования им.

Предоставление исключительного права часто критикуется, т. к. благодаря широким полномочиям по использованию и распоряжению исключительным правом на нематериальный актив правообладатель может получить ряд потенциальных «рычагов» воздействия на рынок. Это приведет к тому, что процесс развития науки и техники будет замедлен, а компании-конкуренты правообладателя могут покинуть рынок, что в перспективе приведет к монополии правообладателя.

В современном законодательстве РФ предусмотрен механизм для борьбы с подобными злоупотреблениями – принудительная лицензия. Согласно ст. 1362 ГК РФ, основанием предоставления принудительной лицензии является отказ правообладателя от заключения лицензионного соглашения на условиях установившейся практики, если он не использовал или недостаточно использовал объект интеллектуальной собственности в течение установленного срока, если это привело к недостаточному предложению соответствующих товаров, работ и услуг на рынке. Таким образом, влияние правообладателя на рыночные процессы и конкуренцию все же не безгранично, а его отказ в лицензировании может быть оспорен в суде.

Практика борьбы с подобными злоупотреблениями распространена не только в РФ. В нормативных правовых актах ЕС запрещается включать ограничительные условия в лицензионные договоры или в договоры о передаче ноу-хау. Такая практика считается злоупотреблением патентной монополией и эффективно пресекается¹.

3. Роль исключительного права в потенциальной монополизации рынка: кейсы *AT&T, Google vs. Motorola*, дело *Orange Book Standard, Huawei v. Tmobile*

В современной экономической теории исключительное право на использование изобретения и распоряжение им еще не является монополией на рынке, однако оно может выступать средством для установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта². В качестве примера использования исключительного права для установления доминирующего положения хотелось бы привести решения американского антимонопольного ведомства по делу *Google vs. Motorola* по одобрения сделки экономической

¹ Еременко В.И. Недобросовестная конкуренция и интеллектуальная собственность: «Законодательство и экономика», 2014, № 6

² Frank H. Easterbrook, Intellectual Property Is Still Property, 13. Harvard Journal of Law and Public Policy 109 (1990); Kenneth W. Dam, The Economic Underpinnings of Patent Law, 23(1). The Journal of Legal Studies 249–50 (1994).

концентрации компаний. Google приобрел Motorola, получив доступ к более чем 17 000 патентам, которые имели существенное значение для развития телекоммуникационной отрасли¹. Приобретение компании по факту предоставило Google возможность контролировать как техническую составляющую ЭВМ (*hardware*), так и программное обеспечение (*software*), а также в перспективе производить собственные смартфоны и другие гаджеты. При решении вопроса об одобрении данной сделки Антимонопольное ведомство США подчеркнуло, что благодаря приобретению Motorola Google сможет использовать исключительные права, передаваемые в ходе сделки, на дискриминационных и несправедливых условиях, причем данные права особенно важны для развития телекоммуникационной отрасли в условиях цифровой экономики. Антимонопольное ведомство США также отдельно отметило, что объекты интеллектуальной собственности могут использоваться для ограничения конкуренции². Таким образом, антиконкурентная политика, проводимая крупными игроками на рынке телекоммуникационной отрасли, является подтверждением того, что исключительное право может использоваться как средство установления доминирующего положения на рынке в условиях цифровой экономики.

Объекты интеллектуальной собственности могут быть настолько действенным средством увеличения доли рынка компании и ее влияния, что сотрудники компании готовы пойти даже на промышленный шпионаж. Одним из громких дел, связанных с кражей промышленной собственности, является дело *Huawei v. T-mobile*. К Huawei были предъявлены обвинения в промышленном шпионаже, мошенничестве и неправомерном завладении объектов интеллектуальной собственности, принадлежащих американской компании T-mobile. В нарушение соглашения, заявляла T-Mobile в своем иске, сотрудники Huawei завладели информацией об отдельных объектах интеллектуальной собственности – о ценных разработках, в результате чего компания смогла создать свой конкурентоспособный продукт, использовать украденные части робота для «разработки, улучшения и устранения неполадок собственного робота». Данное дело не является единственным делом, в котором спор касался кражи промышленной собственности в целях получения конкурентных преимуществ и увеличения своей доли рынка. Согласно заключению Министерства Юстиции США, быстрый экономический рост компании Huawei, как и других китайских компаний, производящих технику, вызван неправомерным завладением интеллектуальной собственности (например, кодом программы, системой тестирования и иными технологиями)³.

4. Экономический анализ исключительного права

Можно ли отказаться от предоставления исключительного права автору или изобретателю, чтобы избежать потенциально возможной монополизации? Представляется, что на данный вопрос ответ будет отрицательным. Объекты интеллектуальной собственности оказывают сильное влияние на развитие инноваций в обществе, поэтому при их разработке и дальнейшем введении в оборот и использовании должен соблюдаться баланс между

¹ URL: <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/domesticpolicy/201206/201206081991125.html>

² URL: <http://justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-s-antitrust-division-its-decision-close-its-investigations>

³ <https://www.rbc.ru/politics/29/01/2019/5c4f7cf59a794750e01d3783> - РБК.

частными и общественными интересами. Частный интерес правообладателя заключается в максимальной коммерциализации своей разработки, а интерес общества – в развитии инноваций и доступности разработок. Более того, объекты интеллектуальной собственности используются социально значимых отраслях цифровой экономики: радиоэлектронная и телекоммуникационная отрасли, сфера использования искусственного интеллекта, фармацевтика.

Без должной защиты данные права теряют свои преимущества: третьи лица, получившие возможность свободного использования изобретения, не несли издержек, связанных с его разработкой и внедрением на рынок. Компания-разработчик не смогла бы возместить свои расходы, понесенные в ходе создания изобретения, если бы не существовало системы патентования, а инновации были бы открыты и доступны для всех участников рынка. В таком случае уровень развития технологий упал бы до посредственного уровня, потому что не было бы никакого экономического стимула создавать новый, инновационный продукт. На данную проблему обращает особое внимание Артем Георгиевич Карапетов: «Не будь такой защиты, конкуренты изобретателя, потратившегося на соответствующую разработку, просто скопировали бы данное техническое решение на следующий же день после его выхода на рынок и извлекали бы доход от паразитирования на усилиях и инвестициях своего активного конкурента»¹.

5. Исключительное право и право собственности как абсолютные права. Понятия "законной монополии" и "экономической монополии".

Одно лишь наличие исключительного права не может свидетельствовать о монополии правообладателя, для этого ФАС России обязана провести анализ товарного рынка, в том числе определить его продуктовые и географические границы, а также оценить рыночную силу соответствующего хозяйствующего субъекта². Тем не менее, применение одних и тех же критериев определения доминирующего положения и к рынку товаров, и к рынку объектов интеллектуальной собственности может привести к негативным эффектам, т. к. при регулировании рынка объектов интеллектуальной собственности должен учитываться баланс интересов изобретателя и общества, а также особенности объектов интеллектуальной собственности. Существует класс объектов, в отношении которых разделение РИД и связанных с ними прав, с одной стороны, и товара, произведенного с помощью РИД, - с другой, сложно, а в некоторых случаях в принципе невозможно. Примером таких товаров являются программное обеспечение, программы ЭВМ, базы данных и т.д. Необходимо констатировать, что действующие правила анализа товарных рынков не учитывают подобные особенности, а имеющийся у антимонопольного органа инструментарий недостаточен для полной и объективной оценки состояния конкуренции на рынках исключительных прав на РИД³.

Подход к пониманию исключительного права как монополии вызывает большое количество вопросов, т. к. происходит смешение понятий «экономической монополии» и

¹ Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016.

² Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 (ред. от 20.07.2016) "Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке". Зарегистрирован в Минюсте России 02.08.2010 № 18026.

³ Кузнецова Е. А., Кот М.Ю. Российские "интеллектуальные иммунитеты" в условиях Евразийского экономического союза // "Российское конкурентное право и экономика", 2019, N 3.

«юридической монополии», такой подход в целом не соответствует трактовке абсолютного права. Законная монополия правообладателя (legal monopoly) – это юридическая монополия, а не экономическая. По мнению В. А. Дозорцева, «для материальных вещей монополия выражается в институте права собственности, а для нематериальных результатов интеллектуальной деятельности - в исключительных правах. Монополия получает юридическое выражение в общей категории абсолютных прав, одной из ветвей которых... является право собственности, а другой - исключительные права»¹.

Возможно, проблема спора о соотношении исключительного права и монополии заключается отчасти в неудачно выбранной терминологии. Как отмечал С. А. Сеницын, понимание исключительных прав из патента как монополии не укладывается в традиционные и устоявшиеся универсальные трактовки субъективного гражданского права: «Правовое господство субъекта над объектом права», «мера юридической власти субъекта на совершение юридически значимых действий в отношении его объекта» - любое субъективное право, находясь в контексте социальных отношений и в точке пересечения частных и публичных интересов, ни при каких обстоятельствах не может ассоциироваться с неограниченностью и произволом, в то время как буквальное толкование монополии провоцирует именно такое понимание².

Использование и толкование в законодательстве экономических терминов "монополия", "монополизация", опосредующих объективные экономические явления и процессы, в качестве юридических категорий (правонарушений, запретов), зачастую приводит к подмене понятий, смещению противоправного и правомерного поведения на рынке, установлению презумпции противоправности хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее (в том числе монопольное) положение на рынке, что недопустимо³.

Исключительное право не предполагает запрет распространения похожих товаров или объектов интеллектуальной собственности, оно также не предполагает моментального вытеснения конкурентов. Исключительное право защищает своего обладателя от злоупотреблений со стороны третьих лиц, неправомерного использования его разработки, а также позволяет коммерциализировать свою разработку и, таким образом, способствует развитию инноваций и цифровой экономики.

Антимонопольное регулирование не должно разрушать конструкцию самого исключительного права, а лишь затрагивать оборот товара с использованием исключительных прав, поскольку исключительные права при их "монопольном" характере в целом призваны способствовать дифференциации товаров, работ, услуг, развитию технологий и инноваций, что в конечном счете направлено на создание условий для развития конкуренции.

¹ Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей. М., 2003. С. 112.

² Сеницын С.А. Патентное право как легальная монополия: proetcontra // Вестник гражданского права, 2019, N 4.

³ Парашук С. А. Понятие и виды монополий по законодательству России. Актуальные вопросы современного конкурентного права. Сборник научных трудов. Выпуск 1 / отв. ред. М. А. Егорова. М.: «Юстицинформ», 2017.