

Law Право

JOURNAL
OF THE HIGHER
SCHOOL
OF ECONOMICS

ЖУРНАЛ
ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ
ЭКОНОМИКИ



3/2024

Том 17

Правовая мысль: история и современность

Е.А. Юртаева

Определения понятий
в актах российского
законодательства:
pro et contra

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

**Е.Е. Фролова,
А.М. Берман**

Способы волеизъявления
сторон в условиях цифровой
трансформации: актуальные
тренды правоприменения

А.А. Волос

Категория «слабая
сторона гражданского
правоотношения»
в условиях цифровизации

В.А. Алексеев

Структура собственности
в здании: история,
действующее
законодательство
и возможности
его реформирования

Право в современном мире

Ю.С. Ромашев

Иерархия норм
международного права
при их применении
и в нормотворческом
процессе

**Н.Ю. Ерпылева,
И.В. Гетьман-Павлова,
А.С. Касаткина**

«Исключение» renvoi
в Гаагских принципах
выбора права, применимого
к международным
коммерческим контрактам

**К.А. Пономарева,
А.А. Батарин**

Налогообложение доходов
от экономической
деятельности на цифровых
платформах: мировой
опыт поиска решений

**Т.С. Гусева,
М.В. Казакова,
Е.А. Низамова**

Правовое регулирование
обязательств из публичного
конкурса в государствах-
участниках СНГ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)

Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)

Ю. Базедов (Институт сравнительного и международного частного права Макса Планка, ФРГ)

В.Э. Батлер (Университет Пенсильвании, США)

С.В. Бахин (Санкт-Петербургский государственный университет, РФ)

А. Белоглазков (VSB Технический университет, Чешская Республика)

Н.А. Богданова (МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Ю.В. Грачева (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)

Г.Б. Динвуди (Чикаго-Кент колледж, США)

И.А. Емелькина (РАНХиГС

при Президенте РФ, РФ)

Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)

А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)

Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)

А.И. Парог (МГЮА

им. О.Е. Кутафина, РФ)

В.А. Сивичкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Е.А. Суханов (МГУ

им. М.Ю. Ломоносова, РФ)

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкаревая (ИГП РАН, РФ)

Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, РФ)

Адрес редакции

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

Адрес издателя

и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2024

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2024



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

Е.А. Юртаева

Определения понятий в актах российского законодательства: pro et contra. 4

М.В. Залоило

Концепция мема (меметика) и первичные механизмы социокультурной эволюции права 32

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Е.Е. Фролова, А.М. Берман

Способы волеизъявления сторон в условиях цифровой трансформации: актуальные тренды правоприменения 57

А.А. Волос

Категория «слабая сторона гражданского правоотношения» в условиях цифровизации 84

В.А. Алексеев

Структура собственности в здании: история, действующее законодательство и возможности его реформирования 106

М.В. Кратенко

Родители как «вторичные потерпевшие» в случае нанесения травмы ребенку 133

В.А. Болдырев, Д.Н. Кархалев

Советская семейно-демографическая политика в памятниках права периода Великой Отечественной войны . . 162

Право в современном мире

Ю.С. Ромашев

Иерархия норм международного права при их применении и в нормотворческом процессе 180

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова, А.С. Касаткина

«Исключение» renvoi в Гаагских принципах выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам . . 212

К.А. Пономарева, А.А. Батарин

Налогообложение доходов от экономической деятельности на цифровых платформах: мировой опыт поиска решений . . 239

Т.С. Гусева, М.В. Казакова, Е.А. Низамова

Правовое регулирование обязательств из публичного конкурса в государствах-участниках СНГ 263

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

A.I. Abdullin (Kazan (Volga Region) Federal University, RF)
G. Ajani (University of Turino, Italy)
S.V. Bakhin (St. Petersburg State University, RF)
J. Basedow (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Germany)
A. Belohlavek (VSB Technical University of Ostrava, Czech Republic)
N.A. Bogdanova (Lomonosov Moscow State University, RF)
W.E. Butler (Pennsylvania State University, USA)
S. Deakin (University of Cambridge, UK)
G. Dinwoodie (Chicago-Kent College of Law, Chicago, USA)
I.A. Emelkina (the Russian Academy of National Economy under the President of the Russian Federation, RF)
T. Endicott (University of Oxford, UK)
A.V. Gabov (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, RF)
G.A. Gadjev (HSE, RF)
Yu.V. Gracheva (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
A.A. Ivanov (HSE, RF)
V.B. Isakov (HSE, RF)
A.A. Larichev (HSE, RF)
G.I. Muromtsev (Peoples' Friendship University of Russia, RF)
A.V. Naumov (University of Procuracy, RF)
N.A. Povetkina (HSE, RF)
A.I. Rarog (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
G.G. Schinkaretskaya (IGP RAN, RF)
V.A. Sivitsky (the Constitutional Court, RF)
E.A. Sukhanov (Lomonosov Moscow State University, RF)
Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)
V.A. Vinogradov (HSE, RF)
N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

3/2024



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

E.A. Yurtaeva

Definitions of Concepts in the Acts
of the Russian Legislation — Pro et Contra 4

M.V. Zaloilo

The Concept of Meme (Memetics) and the Primary
Mechanisms of Socio-cultural Evolution of Law 32

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

E.E. Frolova, A.M. Berman

Expression of the Parties' will in Context of Digital
Transformation: Current Trends in Law Enforcement 57

A.A. Volos

Concept of Weak Party in Civil Matter in Context
of Digitalization 84

V.A. Alekseev

Ownership Structure in the Building:
History, Current Legislation and Possibilities for its Reform. 106

M.V. Kratenko

Parents as 'Secondary Victims' in Case of Injury to a Child 133

V.A. Boldyrev, D.N. Karkhalev

Soviet Family and Demographic Policy in Landmarks
of Law in Great Patriotic War Period 162

Law in the Modern World

Yu.S. Romashev

International Law Norms Hierarchy in Applying Them
and in the Rule-making Process 180

N.Y. Erpyleva, I.V. Getman-Pavlova, A.S. Kasatkina

Renvoi's Exclusion in the Hague Principles on Choice
of Law in International Commercial Contracts. 212

K.A. Ponomareva, A.A. Batarin

Taxation of Professional Income on Digital Platforms:
World Experience in Regulation 239

T.S. Guseva, M.V. Kazakova, E.A. Nizamova

Legal Regulation of Obligations from Public Competition
in the CIS States 263

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

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

Научная статья

УДК: 340

JEL: K00

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.4.31

Определения понятий в актах российского законодательства: pro et contra



Евгения Анатольевна Юртаева

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Россия 119571, Москва, просп. Вернадского, 84, yurtaeva-ea@ranepa.ru, <https://orcid.org/0000-0002-8923-0608>



Аннотация

В статье рассматривается опыт включения в тексты нормативных актов понятий и их определений. Автор обращается к анализу практики размещения перечней определений в актах российского законодательства в виде специальных (часто объемных) включений, посвященных понятиям, используемым в том или ином федеральном законе (или ином нормативном акте). Такие включения чаще всего образуют отдельную статью и снабжаются пояснениями о том, что предлагаемые понятия определяются для целей данного закона, или что предлагаемое в данной статье закона лексическое значение понятия следует принимать во внимание только если в тексте закона не установлено иное. Между тем безусловным требованием к формированию законодательного регулирования в отечественной практике правотворчества является то, что вводимые в законодательство понятия должны обслуживать весь его массив безотносительно к отраслевой или тематической принадлежности того или иного нормативного акта; относясь только к одному акту, такие определения придают законодательству неоправданную казуистичность. Определения понятий часто неудачны: они логически не завершены, в них отсутствуют указания на те из признаков определяемого понятия, которые имеют существенное значение и др. Анализ практики размещения в законах определений понятий позволил автору сделать вывод, что легальные определения не формулируют правил поведения, не создают моделей правомерной деятельности. Правильность построения нормативного регулирования с разъяснением специализированных (административных, технических, медицинских или др.)

признаков или свойств упоминаемых в законе понятий в статье подвергается сомнению. Включение элементов толкования в тексты законов размывает границу между научным юридическим знанием и практической деятельностью в области законодательства. По мнению автора, практика включения произвольно составленных определений понятий не способствует оптимальному развитию правоприменительной ситуации.



Ключевые слова

правовое понятие; легальная дефиниция; нормативное регулирование; правила формулирования определений; правоприменение; применение правовых норм.

Для цитирования: Юртаева Е.А. Определения понятий в актах российского законодательства: *pro et contra* // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 4–31. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.3.4.31

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Definitions of Concepts in the Acts of the Russian Legislation — *Pro et Contra*



Evgeniya A. Yurtaeva

Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, 84 Vernadsky Avenue, Moscow 119571, Russian Federation, yurtaeva-ea@ranepa.ru



Abstract

The article presented review the practice of using definitions of concepts in the texts of legal acts. The author analysis of the popular, but unreasonable practice when are drawn up the lists definitions and included in the acts of Russian legislation as special — often very voluminous — inclusions fully dedicated to the definitions used in one legal act (federal law or other regulatory legal act). These inclusions most often time represent a separate article, and lists of concepts can be supplied with explanations that the proposed concepts are defined for the purposes of this act only (but not all acts which regulate a similar subject), or that the lexical meaning proposed in this article of the law concepts should be considered unless otherwise specified in the text of the act. Meanwhile, the absolute requirement for the formation of legislative regulation in the domestic practice of law-making is that concepts introduced into legislation should serve its entire array, regardless of the branch or thematic affiliation of an act. If the definitions refer to one single act only, then the legislation gets archaic attributes. The author notes that in almost all cases the definitions are very unfortunate: concepts are not logically complete; there are no indications of those of the signs of the concept

being defined that are of significant importance; definitions are characterized by the coincidence of the word being defined and the defining one. The analysis of the federal acts leads to the conclusion that the definitions have a purpose other than the purpose of normative regulation: it is do not formulate rules of behavior, do not create models of legitimate activities. The author questions the correctness of the construction of the regulatory framework with an arbitrary interpretation of the words features. The inclusion of elements of interpretation in the texts of federal laws is blurring the difference between academic knowledge and practical activities in matters of legislation. If the practice of including arbitrary definitions in the texts of federal laws continues, this will have a negative impact on the law-enforcement situation.



Keywords

legal terminology; definition; regulation; rules of the definition; law-enforcement; application of legal norms.

For citation: Yurtaeva E. A. (2024) Definition of Concepts in the Acts of the Russian Legislation: pro et contra. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 4–31 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.4.31

Введение

Успешность решения текущих задач социального и экономического развития, как и достижение поставленных государством общезначимых целей, несмотря на активный поиск альтернативных социальных регуляторов, в значительной мере продолжает зависеть от состояния нормативной базы, качества действующего законодательства. Поэтому любая оценка перспектив не будет в должной мере обоснованной, если государственное развитие рассматривать в отрыве от решения правотворческих проблем, встающих в ходе формирования и утверждения органами государства правовых решений.

Среди проблем, нуждающихся в теоретическом осмыслении исходя из состояния правотворческой практики, следует указать на назревшую потребность в однозначной оценке практики включения в нормативные тексты определений понятий (дефиниций).

В современном отечественном правотворчестве распространилась практика, при которой в федеральные законы (в начальную их часть) включается статья под заголовком: «основные понятия», «основные понятия, используемые в настоящем федеральном законе», реже — «основные термины», «основные термины и понятия». Между тем ни по юридическому замыслу (для облегчения усвоения нормативного материала), ни по лексическому исполнению (для правильного обозначения сущности предмета) такие определения понятий, как правило, признать удачными трудно. Дефиниции в ак-

тах законодательства и, более того, множащееся их количество неоправданно увеличивает общий объем законодательства без улучшения его регулятивного воздействия¹.

1. Задачи определений понятий — реальные и мнимые

Как и любые другие правовые нормы, нормы, включающие определения понятий, должны обеспечивать функциональную эффективность правового регулирования, совершенствование правовых отношений в целом. Конечной целью регулирования с использованием определений понятий, как всякого нормативного регулирования, служит корректирующее воздействие на содержание общественных отношений, обеспечение конструктивной реализации урегулированных правом взаимодействий. Бесспорно, нельзя исключать, что в процессе регулирования могут выявляться ситуации, когда правильность юридической формулировки предлагаемого нормативного решения зависит не только от того, какое понятие использовано для создания нормы права, но и от того, как такое понятие должно восприниматься исходя из его сущностного значения, но именно для целей, в интересах и с намерением в последующем его юридически реализовать — т.е. применить.

Сущностная особенность правовых актов выражается в том, что в качестве их адресатов выступают не только специалисты. Чтобы соблюдать и исполнять законы, необходимо понимать их регулятивный смысл, а потому главным не только лингвистическим, но и сущностным требованием к закону служат ясность и доступность его содержания, легкость обнаружения смысла и простота языковых средств, используемых при изложении содержания закона [Пиголкин А.С., 1990: 33]. Поэтому очевидной — и ключевой — задачей при формировании текстов нормативных актов становится выбор средств (как лингвистических, так и юридических), которые позволят обеспечить закону (или иному нормативному акту) содержательную ясность и правоприменительную полезность и при этом не будут создавать дополнительной основы конфликта норм, порожаемых, во-первых, трудностями формулирования нормативного

¹ В настоящей статье автор обращается к проблеме включения понятий и их определений в тексты законодательных актов в виде отдельных (чаще всего — довольно объемных) статей, не касаясь вопросов о понятиях вообще или правил их научного определения.

текста, которые объективно проистекают из особенностей передачи юридического должествования языковыми средствами, во-вторых, возникающих как следствие несогласованности правил, сформулированных с применением разных лингвистических приемов — предписывания или дефинирования.

Современная жизнь изобилует явлениями, знания о которых необходимы каждому, а отсутствие знаний способно ставить под угрозу благополучие личности. «Финансовое планирование», «миграция», «инвестиции» — основательные знания об этих предметах могут быть использованы как инструмент индивидуального развития, а отсутствие знаний — создавать риски. Возникают предметы, без знания определяющих свойств которых можно оказаться в затруднительной ситуации («овердрафт» или «акции венчурных предприятий»). Вместе с тем, используя в ежедневном обиходе «феррул» или «эглет», чаще всего мы обходимся без применения этих терминов, что, однако, не мешает пользоваться карандашом с ластиком или завязывать шнурки. Во всех случаях, когда встреченный термин малознаком или непонятен, обращаемся к словарям за расшифровкой понятия, заключенного в данном термине, находим учебные, методические пособия и иную литературу для более детального ознакомления с предметом.

Потребность в выяснении специального смысла понятий, используемых в законодательстве, совсем не так необходима, как кажется составителям отечественных законодательных актов. Надобность в детальном уяснении информации в областях, отличных от права, возникает значительно чаще: проблемы, разрешаемые в повседневной жизни, подчас могут трудными именно с точки зрения незнания либо недостаточного знания о специальном предмете, однако способ пополнения знаний о незнакомом предмете известен — его специальное изучение с привлечением источников вспомогательной информации.

Специфика правового регулирования — в том, что законы и иные правовые акты, воздействуя на действительность, используют огромный пласт понятий: обыденных, специальных, презюмируемых, реальных. В нормативных актах имеются также понятия, которые непосредственно служат регулирующим целям и специально конструируются в законодательстве. Это — правовые понятия. Правовые понятия, подчиняясь общим задачам содержательного насыщения и смыслового конструирования, в правовых актах служат специфическим (юридическим) идентификатором предмета (деяния, явления)

через выражение его признаков и свойств с одной единственной целью — обеспечить потребности правового регулирования. Однако определения, даваемые в начальных статьях текстов современных законов (часто называемые «легальными определениями»²), в большинстве случаев отношения к правовым понятиям не имеют.

Несмотря на очевидную необходимость предварительного выявления сущностного смысла регулирующей нормы, вопрос о понятиях однако не нужно понимать так, что все понятия нуждаются в детализированном объяснении в тексте правового акта и соответственно должны иметь законодательную дефиницию. Определения понятий, которые даются в нормативном акте, должны служить исключительно практическим целям — содействовать юридически точному и содержательно правильному восприятию. Но восприятию не одного только акта, а всего контекстного поля действующего законодательства. Действующее же законодательство со всем его регулирующим инструментарием должно создавать целостную картину правового регулирования, не создавая фрагментированных включений, обслуживающих единственный закон или иной нормативный акт; понятия, вводимые законодательным актом, должны служить целям всего законодательного регулирования, невзирая на предметную или отраслевую принадлежность акта. Исследователи убедительны, говоря о фундаментальной значимости встроенности понятий и категорий, используемых в нормативных актах, в более широкую систему понятий и категорий институциональной или отраслевой значимости [Исаков В.Б., 2007: 175], что порождает и более широкий контекст их должной согласованности и соотносимости — внутри системы законодательства и, даже более того, системы права.

Практика включения определений в тексты нормативных актов стала уже настолько привычной, что их отсутствие считается дефектом. Многие исследователи указывают на очевидно неудачный

² Заметим, что выражение «легальное определение» чаще всего используется применительно к определениям понятий, вводимым в статьях под заголовком «основные понятия». Почти не говорят о легальном определении, например, «рабочего времени», хотя в Трудовом кодексе РФ это понятие определяется, но не столько через собственно «определение» (хотя дефиниция тоже присутствует), сколько через указание юридических признаков и подробное их описание в почти десятке статей. То же и другие юридически важные понятия, например, из области гражданского законодательства: убыткам хотя и дано определение, однако не столько через дефиницию, сколько через юридическое определение их состава; «акционерное общество» определяется через основные юридически значимые характеристики (аналогичные примеры в других отраслях законодательства присутствуют в огромном множестве).

опыт в формулировании определений понятий в законах [Апт Л.Ф., Ветров А.Г., 2018: 65–73]; [Гурский Р.А., 2015: 24–29], на то, что для целей правоприменительной практики необходимо знание не характерных признаков того или иного объекта, а юридических закономерностей его использования и защиты. Не меньшее количество ученых тем не менее настаивает, что при наличии у объекта семантического значения должно быть предложено понятие и «в его юридическом значении» [Кроз В.М., Колесова О.Н., 2015: 34].

Порой ученые признают, что даваемые в федеральных законах определения понятий «расплывчаты», что они «не отражают основной сути» определяемого явления и указывают на отсутствие взаимосвязи между понятиями, используемыми в общих и специальных законах. При этом ученые сетуют на отсутствие нормативно (в законодательном или ином нормативном акте) закрепленного «единого юридического определения термина», что, по их мнению, является необходимым для унифицированного толкования³. Очевидно, что речь в таких случаях должна идти не об определении понятий, а о юридическом нормативном представлении того или иного предмета (деяния, явления) для целей правового регулирования.

2. Дефекты дефиниций в действующем законодательстве

Определения понятий, обнаруживаемые в федеральных законах, в большинстве случаев имеют множественные недостатки: понятия определены без указания существенных родовидовых признаков, с логическими ошибками; в законодательных актах присутствует множество излишних, не несущих юридического смысла дефиниций. Нередко определения, имеющиеся в законах, порождают коллизии, порой — ошибки. Например, из закрепленного в одном из федеральных законов определения понятия «охраняемые объекты» следует, что в число охраняемых объектов входят «здания, строения, сооружения... и иное имущество... подлежащие охране в целях предотвращения противоправных посягательств»⁴. Из этого определения вытекает, что все другие объекты, которые данным законом к числу охраняемых не отнесены, охране от противоправных посяга-

³ Научно-практический комментарий к Закону РФ от 02.07.1992 № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании». 2017 // СПС Гарант.

⁴ Статья 1 Федерального закона от 14.04.1999 № 77-ФЗ «О ведомственной охране» // СЗ РФ. 2022. № 16. Ст. 1935.

тельств не подлежат. Но такой вывод прямо противоречит положению Конституции Российской Федерации о гарантировании государственной защиты прав и свобод человека и гражданина, включая имущественные права.

Другой пример ошибки не меньшего масштаба. В Уголовный процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — УПК) включено определение: «Судья — должностное лицо, уполномоченное осуществлять правосудие». Между тем в ст. 118 Конституции закреплено положение: «правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом». По Конституции никакое должностное или иное лицо не может уполномочиваться кем бы то ни было на осуществление суда над кем-либо. В УПК, как видим, это конституционное положение «скорректировано».

Поскольку надлежащая процедура служит процессуально-правовой гарантией защиты и охраны прав и законных интересов, от норм УПК естественным является ожидание предельной ясности смысла норм. Однако формулировки понятийного аппарата в этом законе такой ясности не дают. В и без того объемном тексте УПК есть статья «Основные понятия, используемые в настоящем Кодексе», где приведен их перечень, в значительной части состоящий из общеупотребительных слов, и предлагается их понимание, за которыми, судя по данным им определениям, не предполагалось закрепить специального значения или иного, которое отличалось бы от обычного. Это «алиби», «вердикт», «жилище», «задержание подозреваемого», «контроль телефонных и иных переговоров», «непричастность», «обвинение», «председательствующий», «приговор» и др., в том числе вышеупомянутое слово «судья»: всего 74 определения, включая сравнительно недавно добавленные «педагог» и «имущество»⁵.

Так, по ст. 5 УПК «экспертное учреждение — государственное судебно-экспертное или иное учреждение, которому поручено производство судебной экспертизы в порядке, установленном настоящим Кодексом» (п. 60), т.е. экспертным по правилам уголовного процесса может стать учреждение, которое назначено таковым. В чем тогда

⁵ См.: Статья 5 УПК; указанные дополнения внесены статьей 77 Федерального закона от 02.07.2013 № 185-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу законодательных актов (отдельных положений законодательных актов) в связи с принятием Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3477; и пунктом 1 статьи 1 Федерального закона от 29.06.2015 № 190-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 27. Ст. 3981.

состоит смысл нормативного указания, что необходимо понимать под экспертным учреждением, если таковым может выступать, по сути, любое учреждение? Конституционное право лица не давать показаний против себя названо в УПК «свидетельским иммунитетом» (п. 40). В силу п. 23 «определение — это любое решение... за исключением... кассационного определения», т. е. определением по смыслу п. 23 является любое решение, но не кассационное определение. Вопрос: что же тогда такое кассационное определение? Ответ содержится в той же статье: «определение... кассационной инстанции» — это «судебное решение» (п. 53¹): таким образом, УПК закрепил правило, что не всякое судебное определение — определение, и не любое решение суда — судебное решение.

Из другого закона видно, что «электронное голосование» и «дистанционное электронное голосование» различаются тем, что голосование на них проводится без бюллетеней на бумажном носителе: в первом случае для голосования используются технические средства, во втором — программное обеспечение; при этом электронный бюллетень, «подготовленный программно-техническими средствами в электронном виде» применяется при проведении только электронного голосования⁶. Один из недавних федеральных законов продолжает традицию дефинирования общеупотребительных понятий таких, как «обращение», «хранение», «обработка, переработка», «транспортировка» применительно к «побочным продуктам животноводства»⁷.

В уже упомянутом Федеральном законе «О ведомственной охране», предмет которого можно безошибочно определить по его названию⁸, тем не менее, содержатся определения понятий «ведомственная охрана» (которое и так максимально конкретизировано в Законе как его предмет) и «охрана». Ведомственная охрана, согласно данному в Законе определению, — это «совокупность создаваемых...

⁶ См.: п. 62 и 63 ст. 2 Федерального закона от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253. Определение понятия «дистанционное электронное голосование» (п. 61.1) введено Федеральным законом от 23.05.2020 № 154-ФЗ «О внесении изменения в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 21. Ст. 3233.

⁷ См.: ст. 2 Федерального закона от 14.07.2022 № 248-ФЗ «О побочных продуктах животноводства и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2022. № 29 (часть I). Ст. 5215.

⁸ Предмет федерального закона определяет тематику урегулированных общественных отношений во всей их полноте — состав субъектов, статус, организация и формы деятельности и др.

органов управления, сил и средств, предназначенных для охраны объектов в целях предотвращения противоправных посягательств и выполнения иных задач, возложенных на ведомственную охрану», а «охрана — деятельность по обеспечению состояния защищенности объекта охраны (охраняемого объекта), осуществляемая в целях решения задач, возложенных на ведомственную охрану». Согласно данным определениям, ведомственная охрана — это совокупность органов управления, сил и средств, а охрана — это деятельность. Между тем в содержании Закона ведомственная охрана урегулирована именно как деятельность, которая определенным образом организована, которую осуществляют работники в отношении определенных объектов, используя, в том числе огнестрельное оружие и т.д.⁹ Подобную особенность, когда в законе дается определение понятия, служащего предметом закона, встречаем и в других актах¹⁰. Приведенные примеры извлечены только из нескольких, хотя и социально важных и юридически значимых федеральных законов.

Исключительно малое значение, например, дефиниции упомянувшегося понятия «педагог»: «Педагог — педагогический работник, выполняющий в образовательной организации или организации, осуществляющей обучение, обязанности по обучению и воспитанию обучающихся» (УПК)¹¹. Еще труднее понять замысел авторов таких включений в законодательный текст, где в статье под ставшим обычным заголовком «Основные понятия, используемые в настоящем законе» наряду с определениями понятий приводится набор синонимически совместимых понятий («уполномоченный орган — Центральный банк Российской Федерации (Банк России)», «субъекты

⁹ Ст. 1 Федерального закона от 14.04.1999 № 77-ФЗ «О ведомственной охране» (с изменениями, внесенными федеральными законами от 07.10.2022 № 395-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О ведомственной охране»» (пункт 1) и от 04.11.2022 № 427-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (статья 4).

¹⁰ См., напр.: Федеральный закон от 20.10.2022 № 402-ФЗ «О нематериальном этнокультурном достоянии Российской Федерации» // СЗ РФ. 2022. № 43. Ст. 7265. Первым в ст. 4 Закона определено понятие «нематериальное этнокультурное достояние Российской Федерации».

¹¹ Обратим внимание на то, что в Федеральном законе от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» закреплено другое определение. В статье 2 «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе» в отношении педагога указаны иные характеристики: «педагогический работник — физическое лицо, которое состоит в трудовых, служебных отношениях с организацией, осуществляющей образовательную деятельность, и выполняет обязанности по обучению, воспитанию обучающихся и (или) организации образовательной деятельности» (п. 21) // СЗ РФ. 2012. № 53 (часть I). Ст. 7598.

актуарной деятельности — актуарий и ответственный актуарий»)¹²; в одном из подготавливаемых в настоящее время законопроектов как равнозначные (взаимозаменяемые) используются семантически различающиеся слова «туристский» и «туристический»¹³.

В другом действующем федеральном законе под «законом» предлагается понимать «федеральный конституционный закон, федеральный закон, закон субъекта Российской Федерации», а под федеральным законом — «федеральный конституционный закон, федеральный закон», исключая тем самым из понимания закона (или федерального закона) действующую разновидность российских законов в виде «закона Российской Федерации»¹⁴. К числу «нормативных правовых актов Российской Федерации» в силу приведенного в другом законе определения этого понятия относятся, помимо нормативных актов федерального уровня, нормативные акты субъектов федерации и муниципальные правовые акты¹⁵.

Еще один пример формулировки, использованной в проекте федерального закона, которая прямо свидетельствует об отсутствии понимания сути правового регулирования, его целей, правоприменительного назначения, — это положение ч. 2 ст. 3 законопроекта (как и в других законах названной «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе»): «Иные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе, применяются в значении, определенном в иных законодательных актах Российской Федерации»¹⁶. Такую отсылку следует признать не только нецелесообразной (как не имеющей цели установить, закрепить или иначе определить параметры правового регулирования), и беспредметной [Брауде И.Л., 2010: 93] (как адресующей к категории, в отношении которой ни наукой, ни практикой не согласовано однозначное понимание, — за-

¹² См.: Статья 2 Федерального закона от 02.11.2013 № 293-ФЗ «Об актуарной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 44. Ст. 5632.

¹³ См.: Проект федерального закона «О туризме и туристической деятельности в Российской Федерации» / Федеральный портал проектов нормативных актов. Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=123892> (дата обращения: 18.11.2023)

¹⁴ См.: п. 17 и 61 ст. 2 Федерального закона от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

¹⁵ См.: пп. «в» п. 3 ст. 1 Федерального закона от 25.12.2006 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // СЗ РФ. 2008. № 52 (часть I). Ст. 6228.

¹⁶ См.: Проект федерального закона «О технологической политике». Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/Regulation/Npa/PublicView?npaID=142132> (дата обращения: 14.01.2024)

конодательный акт), а также лишенной смысла, поскольку значение используемых (в том числе в законах) понятий определяется не законодательными актами, а развитием общественно-исторической практики.

3. Определения понятий и рационализация регулятивной деятельности

Обнаружение отмеченных особенностей в определениях понятий, включая несогласованности и противоречия, объясняется многими причинами. Это и отсутствие представления о правовых понятиях, их значении и месте в правовом регулировании; это и невнимательное или непрофессиональное отношение к логико-содержательным требованиям формулирования определений понятий. Главная причина кроется в том, что длинные перечни понятий и их определения, которые «открывают» тексты большинства современных федеральных законов, не несут регулятивного смысла и не нацелены на их использование в правоприменении.

При распространении определения понятий в законодательных актах общих правил о включении дефиниций в тексты законов не выработано, не достигнута общая «договоренность» о целях таких понятий и их содержательном наполнении. Кажущаяся иногда очевидность в необходимости определений одновременно озадачивает сторонников их включения в законы с точки зрения их возможности. «Безусловно, на уровне федерального закона должны быть закреплены понятия «единая система публичной власти», «публичная власть», «орган публичной власти», «принципы деятельности единой системы публичной власти и т.п.», — в частности, В.А. Зикеев убежден во «всеобщем консенсусе» в этом вопросе. Однако при этом он сам выражает оправданное сомнение в том, что «консенсусно» раскрыть содержание «данных аспектов в законодательстве» будет вряд ли возможно¹⁷. По сути, даже когда есть твердая убежденность в имеющейся необходимости, непременно должен вставать вопрос: как это сделать правильно — без юридических, логических и лингвистических дефектов.

На различные определения одного и того же понятия в законодательстве, на юридические коллизии, порождаемые множественностью определений, или лексическую неопределенность используе-

¹⁷ Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2020/10/13/svyazannye_odnoj_celyu_o_edinoj_sisteme_publichnoj_vlasti (дата обращения: 12.09.2022)

мых в правовых актах слов и словосочетаний в доктрине указывают часто [Блинова О.В., Белов С.А., 2020: 783–784], обращая внимание на негативные правоприменительные последствия «поверхностного отношения к терминологии в законах» [Пуряева А.С., 2021: 179]. Практика включения в законодательные акты статей, целиком посвященных тому, чтобы под видом дефиниций описать значение произвольного набора слов и словосочетаний, использованных в их текстах, неоправданно распространилась. Вышеприведенные примеры показывают, что определения понятий могут преследовать отнюдь не содержательные, а юридико-технические цели, предназначаться, например, для введения сокращенных обозначений, но это уже несколько иная задача и решаться она должна с применением других средств, а не созданием дефиниций.

Разрешение правотворческой ситуации с включением целых статей с определениями понятий особенно актуально именно сейчас, когда стал нормативно закрепляться безгранично широкий спектр разных понятий и их определений. Отсутствие единообразного понимания цели включения в законодательные акты дефиниций элементарно затрудняет процесс создания (и, конечно, применения) нормативного текста неоправданным увеличением его объема; избыточное насыщение официальных текстов дефинициями (подчас совершенно ненужными) «только усложняет правоуяснение и правоприменение», поэтому «не нужно раскрывать смысл и значение как можно большего числа понятий» [Москалькова Т.Н., Черников В.В., 2022: 286].

Правотворчество изобилием определений тоже затрудняется. Например, в законопроекте «О карантине растений» предлагалось расширить понятие «подкарантинной продукции» включением в ее состав дополнительно продукции органического растениеводства, чтобы на этот вид продукции распространить требования карантинного фитосанитарного обеззараживания. По сути, речь шла о дополнении предмета закона включением правил фитосанитарного обеззараживания органической растительной продукции. Однако для введения режима особого контроля для определенного вида продукции потребовалось не только установить этот режим, но и скорректировать определение понятия «подкарантинная продукция» внесением дополнения в статью с определениями, но без последствий для собственно правового регулирования (непосредственное регулирование осуществлено в других статьях)¹⁸.

¹⁸ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/304969-8> (дата обращения: 12.01.2024)

Нельзя не видеть, кроме того, что включение дополнительных не необходимых, но весьма объемных структурных частей в законы дает повод воспринимать их не как действенный инструмент социального регулирования, а как «законодательную массу», «законодательный массив» со всеми вытекающими последствиями¹⁹.

Из приводимого в качестве аргумента в пользу включения нормативных («легальных») определений в правовые акты справедливого утверждения о постоянном усложнении жизни выводят необоснованное заключение о вынужденном насыщении актов специальной терминологией. Этот вывод не может быть принят при сохранении общеправового требования о том, что правовые акты не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения. Всеобщая осведомленность является недостижимой в отношении предметов, требующих специальных знаний или специальной подготовки.

Более того, статутная структура позитивного права в государствах континентальной правовой семьи подразумевает строгую семантизацию языковых средств, используемых в нормативных актах, а применение дополнительных опосредующих текст лингвистических приемов или механизмов создает возможность конфликта норм. То, что термины в пределах отрасли специального знания должны иметь точный смысл, ограничивающий возможности иного их толкования, также не позволяет поддержать практику включения в тексты нормативных актов определений понятий, выражаемых конкретным термином.

На необходимость сдержанности в использовании дефиниций во избежание придания «искусственного» значения словам указывают и зарубежные специалисты [Höfler S., Nussbaumer M., Xanthaki H., 2017: 160]; [Thornton G.C., 1996: 144–154]²⁰. Если в прошлые эпохи (в дореволюционное и советское время) дефинирование понятий в законодательных текстах справедливо считалось неуместным и ошибочным [Синайский В.И., 1911: 21], то в конце прошлого столетия статьи с основными понятиями, использованными в том или

¹⁹ Введение в российский юридический лексикон этих выражений приходится как раз на время существенного снижения юридико-регулирующих и лингвистических требований к законодательным текстам — на конец 1990-х гг. и сохраняется поныне из-за, как правило, невостребованных в законодательной процедуре экспертных оценок о необходимой форме предметно-регулирующего содержания федеральных законов.

²⁰ Зарубежные исследователи отмечают, что проблемы текстосложения в законодательстве одинаково значимы независимо от системы права в стране — общего или континентального.

ином законе, встречались уже почти в половине принимавшихся федеральных законов. Сейчас отсутствие таких статей становится редкостью²¹.

При этом и оформление, и содержание таких статей, как правило, не выдерживает критики. Например, включение в разрабатывавшийся в течение нескольких лет законопроект «О развитии Арктической зоны Российской Федерации» определения понятия «Арктическая зона» в предложенном разработчиками виде было воспринято как «неудачная попытка законодательного закрепления общепринятого и общеизвестного географического понятия Арктика», подобная «законодательному закреплению таблицы умножения — для целей настоящего закона $2 \times 2 = 4$ ». При этом оценка и других предлагаемых в законопроекте дефиниций дана весьма жесткая — «неграмотны и с географической, и с юридической, и с политической, и с бюрократической точек зрения»²².

4. Об определениях понятий в отсутствие юридической теории и в условиях дефицита нормотворческого обоснования

Исторически формой любой правовой новации служит договор между двумя или несколькими субъектами; впоследствии он приобретает многостороннюю поддержку и закрепляется правовыми средствами как юридическое правило в нормативном документе. На этапе формирования (согласования) общих «договорных» условий определению значения используемых понятий, применению терминов, естественно, уделяется повышенное внимание. Так, в договорной практике современные субъекты и теперь порой прибегают к определению используемых понятий для исключения (в подавляющем большинстве случаев) конфликтов. То же в современной международной договорной практике, где без конвенционализации используемых понятий и четкого определения вкладывае-

²¹ В качестве примера закона, в котором перечни «основных понятий» отсутствуют несмотря на то, что за используемыми в них словами и словосочетаниями закрепляется специальный смысл, можно указать на Федеральный закон от 14.07.2022 № 255-ФЗ «О контроле за деятельностью лиц, находящихся под иностранным влиянием» // СЗ РФ. 2022. № 29 (часть II). Ст. 5222.

²² М.А. Жуков — член Совета по Арктике и Антарктике. Об очередном проекте федерального закона «О развитии Арктической зоны Российской Федерации». 01.08.2018. Available at: URL: <http://rareearth.ru/ru/pub/20180313/03767.html> (дата обращения: 01.08.2022)

мых в них смыслов совместное применение общих для государств с различными правовыми системами правовых установок было бы невозможно в принципе. Кроме того, в практике высших судебных инстанций нередки случаи, когда разъяснение судом применяемых норм права требует содержательного разбора терминов, понятий и, как следствие, — их лексической номинации, определения; частные примеры судебной практики высших судов могут быть особенно показательными [Фомин В.Ю., 2023: 389]. Однако во всех этих случаях речь идет о правоприменительной практике или объективной необходимости обеспечения ее единообразия путем выработки согласованной позиции в условиях взаимодействия различных правовых культур, различного правового опыта.

Аргументом слабым, но хотя бы в некоторой степени объясняющим цели снабжения акта «вводной» частью с понятиями и их определениями, служит специфика актов подзаконного характера — ведомственных актов, которые объектом имеют отношения в той или иной области (или отрасли) управления. Такие акты имеют непосредственный исполнительный характер; речь чаще всего идет о путях решения поставленных задач, способах реализации возложенных полномочий. Нормативное значение подобных актов проявляется в их инструктивном характере, и разъяснительные, интерпретационные включения возможны хотя бы затем, чтобы обосновать специфику адресатов этих актов — субъектов, для которых понимание нормативного состава акта сознательно облегчается снижением абстрактности норм и включением казуистических предписаний или норм, по сути интерпретирующих предписания актов более высокой юридической силы.

Если включение ненормативных по юридической сущности положений в инструктивный акт можно признать допустимым, то за регулятором верховной правовой значимости, признаваемым в качестве акта-основы для последующего (подзаконного) правотворчества [Тихомиров Ю.А., 1982: 87], с очевидностью не следует предполагать даже гипотетической возможности снижения степени абстрактности предписываемых законом правил. Абстрактность нормативных предписаний тем выше, чем более высокая позиция определена за актом в иерархии нормативных правовых источников [Пиголкин А.С., 1981: 281].

Отход в законах от право-регулятивной казуистики к нормативным обобщениям — признанное и неоспоримое достоинство современного законодательного текстосложения. Избыточная детализация правового регулирования если и признается допустимой, то

только при снижении его уровня: чем ниже юридическая сила акта, тем более дробными и казуистичными предписаниями акт может снабжаться. Поскольку избыточная детализация осложняет правовую регламентацию увеличением объема, включением дополнительных норм (статей, иных положений, причем как нормативных, так и разъясняющих), созданием громоздких перечислений, фиксированием видовых, а не родовых признаков регулируемого явления; снижение абстрактности приходится считать проявлением низкого уровня юридической техники и даже правовой культуры [Пиголкин А.С., 1981: 280].

Об этой бесспорной мысли несколько двойственно высказывался С.С. Алексеев. Обобщая специальные закономерности развития права, автор видел «все большее значение абстрактного способа изложения норм по сравнению с казуистическим, насыщение материи права нормами-дефинициями, нормами-принципами и т.д.» [Алексеев С.С., 1981: 128]. На эту позицию ученого сразу обратили внимание, поскольку «включение в нормативные акты пожеланий, дефиниций, принципов, не переведенных на язык права, не превращенных в нормы права, значительно ослабляет регулируемую силу этих актов» [Халфина Р.О., 1988: 163]. Однако и позднее С.С. Алексеев писал о предстоящем воплощении «нормативности более высокого ранга», «широкого нормативного обобщения»²³, которое он видел, в частности, в том, что такому нормативному обобщению может служить «нормативный материал, выраженный в дефинициях юридических понятий» [Алексеев С.С., 1994: 91]. Дополнительных пояснений в обоснование этой позиции не приводится. Возможно, автор имел в виду дефиниции правовых понятий, которые нередки в кодексах, однако это не «нормы-дефиниции», они являют собой (в лучшем случае) только фрагмент правовой нормы — ее структурную часть, указывающую на условия ее применения. При этом размещение таким образом сформулированного условия действия соответствующей правовой нормы в тексте кодекса вполне согласуется с общей логикой юридического регулирования²⁴.

Потенциальную почву для объяснения причин, по которым признается необходимым включать в нормативные акты определения понятий, можно найти в самой законопроектной деятельности: вне-

²³ Автор писал о кодификации, кодифицированных нормативных документах.

²⁴ Например, в Гражданском кодексе России понятийно характеризуются объекты гражданских прав и многие другие юридически регулируемые явления, в Трудовом кодексе даются определения значимых для регулирования трудовых отношения понятий, начиная с трудового договора.

сение законопроектов на рассмотрение парламента сопровождается пакетом документов, в числе которых пояснительная записка, которая, по мнению исследователей теории и практики правотворчества, способна «раскрыть... привлекательные стороны... проекта, показать юридические новеллы» [Исаков В.Б., 2000: 68]. Однако в пояснительных записках к законопроектам, предлагающим предусмотреть статью о понятиях (или внести изменение в действующие законы включением нового или изменением имеющегося определения), убедительного обоснования в подавляющем большинстве случаев не находим²⁵. Если в пояснительной записке и встречается упоминание о вводимых в проект закона определениях понятий, то главным образом только как о факте: законопроект вводит определения понятий. Примеры, когда в пояснительной записке к законопроекту объясняется необходимость определений, единичны и о практической значимости предлагаемых определений не свидетельствуют.

Так, в пояснительной записке к законопроекту о водоснабжении, обосновывается необходимость введения в закон определения понятия «канализование» вместо «водоотведение» как предпочтительного из-за более правильного и детального обозначения им сущностных характеристик соответствующего вида деятельности, осуществляемой организациями водопроводно-канализационного хозяйства²⁶. Кроме того, в записке указывалось, что предлагаемые в законопроекте термины и определения уже применяются в действующих нормативных актах, но «не закреплены на законодательном уровне»; при этом о трудностях правоприменения, проистекающих из отсутствия «закрепления на законодательном уровне», ничего не говорится. Принятый федеральный закон, несмотря на обоснованные в пояснительной записке предпочтения составителей его проекта, имеет название «О водоснабжении и водоотведении», а в ст. 2 «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе» определяются «водоотведение», «водоснабжение» и другие понятия (всего было предусмотрено 29 понятий; в настоящее время их в данной статье 34²⁷), но нет определения понятия «канализова-

²⁵ Например, многочисленные изменения, вносившиеся в статью 5 УПК (до ноября 2023 г.), в пояснительных записках к соответствующим законопроектам отражены не были.

²⁶ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/484225-5> (дата обращения: 18.01.2024)

²⁷ См.: Федеральный закон от 07.12.2011 № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении» (с изм. на 13.06.2023). Available at: URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102152700&ysclid=lsagaybmoa592250025> (дата обращения: 14.01.2024)

ние», которое, по-видимому, в процессе рассмотрения законопроекта утратило детализирующий сущностный смысл. Этот пример демонстрирует отсутствие какого-либо юридического смысла того или иного примененного в законе термина.

Пожалуй, единственным примером, когда были разъяснены и выявленная в правоприменении проблема, и цель включения определенных новых понятий в статью закона, служит пояснительная записка к законопроекту, принятому в конце 2023 г. Подробное изложение сути проблемы в записке объяснено тем, что законопроект не предлагал правовых новелл, кроме дополнения ст. 5 УПК определениями двух новых понятий²⁸. Инициатором законопроекта выступил Верховный Суд Российской Федерации, который в пояснительной записке к законопроекту, в частности, указал, что в Уголовном кодексе Российской Федерации и УПК установлены специальные правила производства по делам субъектов предпринимательской деятельности. В правоприменительной практике есть трудности в разграничении преступлений, совершенных в связи с предпринимательской или иной экономической деятельностью, и преступлений, не связанных с такой деятельностью.

Верховный Суд прямо не утверждает, что трудности в правоприменительной следственной или судебной практике проистекают из отсутствия определений понятий, но говорит об их обусловленности «в том числе правовой неопределенностью, вызванной отсутствием в уголовно-процессуальном законе понятия «преступления, совершенные в связи с предпринимательской или иной экономической деятельностью»». Из данного пояснения не предполагается иного понимания сути необходимого нововведения, как только стремление однозначно определить в интересах расследования преступлений характеристики субъекта (и/или его деяния), позволяющие разграничивать преступные деяния субъекта, которые связаны с его предпринимательской или иной экономической деятельностью, и не имеющие такой связи.

Между тем законопроект не создает дополнительных возможностей того, чтобы на практике было легче устанавливать соответствующие различия между субъектами преступлений, поскольку в предлагаемых определениях изложено лишь общее (обычное, обще-

²⁸ См.: Проект федерального закона «О внесении изменения в статью 5 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, направленного на усиление процессуальных гарантий субъектов предпринимательской и иной экономической деятельности» / Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/383210-8> (дата обращения: 14.01.2024)

известное) понимание сути предпринимательства и ничего не добавлено для облегчения квалификации различающихся преступных деяний предпринимателей, которые либо связаны, либо не связаны с их предпринимательской деятельностью²⁹. Хотя в пояснительной записке довольно ясно говорится о потребностях и сути необходимых к введению в законодательство понятий, указывается на специальные юридические потребности нововведений, которые могли бы иметь значение для юридической квалификации в процессе правоприменительной практики. Прямая связь между обозначенной в пояснительной записке проблемой и предлагаемым для ее преодоления решением в виде предложенных определений понятий не усматривается.

5. Научные юридические условия формулирования законодательных определений

Доктрина пока не предложила убедительных аргументов в пользу включения определений понятий в каждый принимаемый закон [Москаленко И.В., 2003]; [Чиннова М.В., 2004]. При попытках отнесения дефиниций к «нетипичным» правовым средствам законодательной техники, как будто имеющим признаки нормативности, неизбежно приходят к выводу, что дефиниции не применяются и не приводят к правовым последствиям «сами по себе» [Ушакова Л.Н., 2009: 7]. «Специфическая нормативность» законодательных дефиниций, по мнению исследователей, состоит лишь в том, чтобы придать нормативному акту «повышенную информативность», но как «относительно самостоятельный феномен политико-правовой реальности» дефиниция все-таки требует, по мнению исследователей, «специального изучения учеными-правоведами в системе научно-исследовательских и образовательных учреждений» [Хайретдинова М.Д., 2008: 177].

²⁹ Эти понятия: «преступления, совершенные индивидуальным предпринимателем в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности и (или) управлением принадлежащим ему имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности, предусмотренные статьями 20, 81¹, 108 и 164 настоящего Кодекса» и «преступления, совершенные членом органа управления коммерческой организации в связи с осуществлением им полномочий по управлению данной организацией либо в связи с осуществлением коммерческой организацией предпринимательской или иной экономической деятельности, предусмотренные статьями 20, 81¹, 108 и 164 настоящего Кодекса» были включены как пункты 27¹ и 27² в статью 5 УПК РФ. См.: Федеральный закон от 02.11.2023 № 524-ФЗ «О внесении изменений в статью 5 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2023. № 45. Ст. 7995.

Отсутствие отчетливого понятия о задачах, о типизации признаков предмета закона для целей его последующего регулирования, об оптимальном объеме понятийного дефинирования в отдельно взятом законе приводит к тому, что без научного обоснования эмпирическим путем устраняется абстрактность законодательных норм — это непреложное правило и завоевание современной теории и научно-обоснованной практики правотворчества, содействующие достижению «наибольшей простоты изложения и легкости усвоения закона» [Брауде И.Л., 2010: 87].

С точки зрения потребностей нормативного регулирования собственно правовых понятий в законодательстве совсем немного: акты законодательства не могут быть непонятными, так как они пишутся «для всех». Во многом поэтому большинство используемых в законах понятий, по емкому выражению В.И. Крусса, являются юридически стерильными. Однако, будучи включенными в текст закона, они приобретают эфемерное реноме «правового понятия», не только не являясь, но и не претендуя на то, чтобы считаться таковыми. Тот же исследователь называет их «квазиправовыми дефинициями» [Крусс В.И., 2007: 199].

Иногда действительно есть законодательная потребность в том, чтобы признаки и свойства предмета (деяния, явления) были «выписаны» с предельной скрупулезностью, которая предполагает его «расчленение» на юридические (только юридические) смыслы и конструкты, например, на состав, комплекс правомочий и т.п., предполагая формирование социальной реальности именно как юридического феномена, имеющего набор юридических признаков, подлежащего всесторонней юридической оценке и влекущего за собой юридические последствия.

Наиболее насыщенным с точки зрения правовых понятий, потребности в них, а также необходимости их максимально четкого и однозначного определения по совершенно понятным причинам является уголовное законодательство. Так, определяя социальный феномен воровства, уголовный закон определяет связанные с ним отдельные понятия, делая их правовыми³⁰ (кража, мелкое хищение, присвоение, грабеж, угон), а определяя феномен лишения жизни, предлагает определения таких правовых понятий, как убийство, не оказание помощи и др. Специально отметим, что фактор «превращения» определения правового понятия в легальную дефиницию через включение ее в закон в данном случае роли не играет: речь идет о том, как понятие становится правовым понятием.

³⁰ Делает «правовыми» в том смысле, что формулирует и предлагает их юридическое понимание.

Для наглядности полезно привести еще пример. Даже такое актуальное, социально, экономически и повседневно значимое понятие, как «собственность», приходится признать «юридически стерильным». То есть с правовой точки зрения понятие собственности как материального блага, или как экономического бремени, или как индивидуального обременения («собственность обременяет») безразлично. В правовом регулировании либо обходятся без упоминания этого понятия вовсе, либо конкретизируют его состав, используя другие, более подходящие для обеспечения смысла в конкретной области правового регулирования понятия (имущество, недвижимость, денежные средства, ценные бумаги, природные ресурсы, результат интеллектуальной деятельности и т.п.). Однако исключительную важность в правовом регулировании имеет правовое понятие «право собственности» как совокупность определенных правомочий лица. Чтобы обеспечить потребности нормативного регулирования, праву собственности как правовому понятию отведено специальное место в отдельном разделе Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК), и предельно полно, четко и ясно объясняется его смысл исключительно средствами юридического атрибутирования, а не лингвистического дефинирования.

Правовые понятия наделены спецификой, отличающей их не только по содержанию, но и по способу формулирования. Если общим правилом лексикологии является то, что качество субъектно-предикатной связи не влияет на лексическое значение соответствующего словосочетания, состоящего из определяемого слова и его определителя, то для правовых понятий это правило применяется с изъятиями. Например, понятие «правовая система» лексически не совпадает с понятием «система права». Точно так же понятие «правовой акт» имеет вполне определенное и однозначно толкуемое значение, логически и лексически нерасчленимое на понятия «правовой» и «акт». Иначе «правовой акт» может быть курьезно понят как «действие (поведение)». Причем как правомерное, так и противоправное» [Затонский В.А., Малько А.В., 2006: 13].

Федеральный закон — не подходящее место для дефиниций: ни для того, чтобы являть, как правило, не самую удачную попытку сообщить нечто о произвольно выбранных предметах, ни для того, чтобы предлагать, как считают некоторые авторы, легальное толкование [Туранин В.Ю., 2006: 45]³¹. Вопреки доктринальному мнению,

³¹ С утверждениями о «познавательной» и «интерпретационной» функциях, «присущих нормативным дефинициям», также вряд ли можно согласиться, поскольку речь идет не о научных или учебно-методических пособиях, а о законодательных нормах.

отсутствие в российском законодательстве дефиниций, определяющих, что такое «ВИЧ-инфекция» или «венерическая болезнь» [Аврутин Ю.Е., 2013: 5–6], — это не дефект, а совершенно правильно. Медицинское, смысловое либо иное значение перечисленных терминов для законодательного регулирования безразлично. С юридической точки зрения любые признаки или свойства, стоящие за этими медицинскими терминами, лишены какого бы то ни было значения. «ВИЧ-инфекция» или «венерическая болезнь» с позиций нормативного регулирования — это указание на факт; этого факта при определенных в законодательстве условиях достаточно для достижения цели правового регулирования, например, включения правоприменительного механизма.

Большинство понятий, которые стали определять в законодательстве, могут функционировать на базе общепринятых определений, содержащихся в квалифицированных научных комментариях, теоретических трудах юристов-ученых, специалистов иных отраслей знаний. Масса же широко распространенных, общеупотребительных понятий совсем не нуждается в законодательных определениях.

К введению в законодательный акт определений нужно подходить крайне рационально. В уже упоминавшийся УПК понятия и их определения были введены без всякой надобности и потому они не приносят пользы правоприменению, тогда как ГК участи быть наделенным специальной статьей «основные понятия» счастливо избежал. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях успешно оперирует понятиями «внештатный сотрудник полиции» или «народный дружинник» и не испытывает необходимости разъяснять смысл этих понятий в отдельной статье, поскольку на практике вопросов о том, что это такое, нет (в то время как Федеральный закон «Об участии граждан в охране общественного порядка» перед этим соблазном не устоял)³².

Учитывая телеологические и функциональные закономерности создания и применения российских законов, признаваемый общим характер включаемых в закон норм, позиционируя правоприменительную практику как область юридической деятельности, где действуют правила применения нормы, приемы ее толкования и т.п., довольно трудно объяснить появление идеи включения в законы отдельных статей с определениями понятий в виде перечней, часто многостраничных и всегда целиком посвященных изложению лексического значения того или иного слова, причем — как показано на

³² Федеральный закон от 02.04.2014 № 44-ФЗ «Об участии граждан в охране общественного порядка» // СЗ РФ. 2014. № 14. Ст. 1536.

примерах — через указание не дифференцирующих (с учетом правовых потребностей) особенностей понимания предмета, а через их элементарные семантические свойства³³. Еще М.В. Ломоносов точно разделял цели правового исследования и законодательства и был убежден, что законодательный акт — не учебник права и не имеет цели правового просвещения [Ломоносов М.В., 1957: 149]. В середине XIX в. исследователь истории права Н.В. Калачов писал, что «следует бояться поползновения к определениям», как боялись их даже римляне, не имевшие недостатка в четких юридических формулировках, обосновывая простую мысль: «читателю неприготовленному определение само по себе не объяснит сущности предмета, а читатель, знакомый с делом, не удовлетворится немногим и неполным» [Калачов Н.В., 1859: 47–48].

Заключение

Понятия и их дефиниции (определения, даваемые этим понятием), которые включают в нормативные акты без предварительной оценки необходимости такого включения, далеко не всегда нужны. Включение в текст федерального закона или иного нормативного акта определений понятий должно быть подчинено интересам формулирования точного и непротиворечивого нормативного правила, обеспечения должного применения норм правового акта. Кроме того, при составлении нормативных актов упускают из виду, что дефиниции являются разновидностью научного текста, важным и весьма непростым элементом его содержательной структуры, поэтому включение в законодательные акты научных текстов по меньшей мере должен всякий раз убедительно обосновываться. Вряд ли к такому концептуальному лингвистическому ресурсу, составляющему типологическую разновидность научного текста, каковым являются дефиниции, следует прибегать, если им уготовано место исключительно оформительского элемента в тексте акта. Метатексту в федеральном законе трудно найти рациональное объяснение.

³³ Включение статей с определениями дефиниций не может быть объяснено и законодательной практикой государств, в которых статутное право исторически складывалось на основе обобщения и унификации правил, первоначально возникших в общем праве. В принимаемых статутах при необходимости увязать новую норму с содержанием, зависимым от юридического смысла понятия из ранее юридически урегулированного правила, включают отсылку к соответствующему акту, а в случаях, когда предметом статута выступает новый объект общественных отношений, как правило, включают в текст толковательное пояснение, позволяющее отграничить его от нормативных положений («Interpretation»).

Тем более не следует допускать, чтобы произвольно выбранные понятия и их ошибочно формулируемые определения являли собой своеобразное «введение» к федеральному закону. Это совершенно излишне для подобного рода официальных текстов. Определение понятия не является и не может являться регулирующим инструментом, оно не может выступать правилом, регулятором либо чем-то иным, что составляет норму права. Оно может являться только отдельной частью общего контекста регулирующей системы, причем той его частью, которая не включена в ее нормативный арсенал [Лунева Е.В., 2019: 39–44].

Автор авторитетного издания о проблемах разработки законодательных актов Гарт Торнтон отмечает: «Определение в законодательстве является только тогда полезным, когда оно действительно необходимо для целей, обуславливающих и объединяющих законодательство... Определение, которое вмещает в понятие полностью вынужденное и искусственное значение, является плохим определением» [Thornton G.C., 1996: 145]. Определения понятий должны сущностно вписываться в общую композицию правового регулирования, связно и последовательно встраиваться и составлять органическое единство с содержательным и логико-структурным замыслом общего нормативного контекста, всего объема правового регулирования. Законодательные дефиниции нужно включать в федеральный закон когда и если они продиктованы целями законодательного регулирования, а размещать их нужно в той части закона, в которой их положение будет отвечать нормативной логике текста.



Список источников

1. Аврутин Ю.Е. К вопросу о понятиях и дефинициях в административно-правовой теории и практике // Административное право и процесс. 2013. № 9. С. 4–8.
2. Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. 360 с.
3. Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1994. 224 с.
4. Апт Л.Ф., Ветров А.Г. Основные черты понятийного аппарата информационного законодательства // Правовая информатика. 2018. № 2. С. 65–73.
5. Блинова О.В., Белов С.А. Языковая неоднозначность и неопределенность в русских правовых текстах // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2020. № 4. С. 774–812.
6. Брауде И.Л. Избранное: Очерки законодательной техники. Некоторые вопросы системы советского права. М.: Норма, 2010. 159 с.
7. Гурский Р.А. Легальная дефиниция «земельный участок» в контексте земельно-имущественных правоотношений // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. 2015. № 1–2. С. 24–29.

8. Затонский В.А., Малько А.В. «Правовая жизнь» и «правовая система»: соотношение понятий // Правовая политика и правовая жизнь. 2006. № 2. С. 6–20.
9. Исаков В.Б. Приемы юридической техники на начальных стадиях законодательного процесса // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 172–178.
10. Исаков В.Б. Стадии подготовки проектов законов / Законодательная техника. М.: Городец, 2000. С. 59–77.
11. Калачов Н.В. Рецензия на Юридический словарь. Архив исторических и практических сведений, относящихся до России. СПб.: типография II отделения Е.И.В. канцелярии, 1859. Кн. 2. С. 40–56.
12. Краснов М.А. Законодательные дефиниции не всегда полезны // Российская юстиция. 2003. № 2. С. 51–52.
13. Кроз В.М., Колесова О.Н. «Земля» и «земельный участок» как объекты правоотношений // Вопросы экономики и права. 2015. № 1. С. 31–36.
14. Крусс В.И. Конституционная топология и дефинитивная трансгрессия правовых смыслов: теория и практика / Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: материалы международного круглого стола / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород: Юридическая техника, 2007. С. 199–223.
16. Лунева Е.В. Синонимы в юридических текстах, их смысловая нагрузка и значение в правоприменении // Юридическое образование и наука. 2019. № 4. С. 39–44.
15. Ломоносов М.В. Новое примерное расположение и учреждение Санкт-Петербургской императорской академии наук... / Полн. собр. соч. Т. 10. М.-Л.: Изд-во АН СССР, 1957. С. 138–160.
17. Москаленко И.В. Гражданско-правовые дефиниции (методологический аспект): автореф. дис. ...к. ю. н. М., 2003. 25 с.
18. Москалькова Т.Н., Черников В.В. Нормотворчество: научно-практическое пособие. М.: Проспект, 2022. 448 с.
19. Пиголкин А.С. Законодательная техника и правотворчество / Научные основы советского правотворчества. М.: Наука, 1981. С. 254–315.
20. Пиголкин А.С. Оформление законопроектов (законодательная техника) / Как готовить законы: научно-практическое пособие. М.: Известия, 1990. С. 31–59.
21. Пуряева А.С. Проблемы определения понятия «лес» в законодательстве РФ // Российский юридический журнал. 2011. № 5. С. 179–185.
22. Синайский В.И. Необходимо ли нам спешить с изданием Гражданского уложения и можем ли мы создать его в настоящее время? Варшава: Типография Варшавского учебного округа. № 3, 1911. 29 с.
23. Тихомиров Ю.А. Теория закона. М.: Наука, 1982. 257 с.
24. Туранин В.Ю. Сущность и значение дефиниции в современном законодательном тексте // Современное право. 2006. № 5. С. 43–48.
25. Ушакова Л.Н. Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники: дис. ...к. ю. н. СПб., 2009. 196 с.
26. Фомин В.Ю. Унификация терминологии как направление законодательно-совершенствования обеспечительных мер // Юридическая техника. 2023. № 17. С. 388–391.
27. Хайретдинова М.Д. Законодательная дефиниция: проблемы теории и практики: дис. ...к. ю. н. Н. Новгород, 2008. 189 с.

28. Халфина Р.О. Право как средство социального управления. М.: Наука, 1988. 256 с.
29. Чиннова М.В. Дефиниции и их использование в нормативно-правовых актах: автореф. ... к. ю. н. М., 2004. 24 с.
30. Höfler S., Nussbaumer M., Xanthaki H. Legislative Drafting. In: U. Karpen, H. Xanthaki (eds.) *Legislations of Europe*. London: Bloomsbury, 2017, pp. 145–164.
31. Thornton G.C. *Legislative Drafting*. 4th ed. London: Bloomsbury, 1996. 447 p.



References

1. Alekseev S.S. (1981) *General theory of law*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 360 p. (in Russ.)
2. Alekseev S.S. (1994) *Theory of law*. Moscow: BEK, 224 p. (in Russ.)
3. Apt L.F., Vetrov A.G. (2018) The conceptual framework of information legislation. *Pravovaia informatika*=Legal Informatics, no. 2, pp. 65–73 (in Russ.)
4. Avrutin Yu.E. (2013) Concepts and definitions in administrative law doctrine and practice. *Administrativnoe pravo i protsess*=Administrative Law and pProcess, no. 9, pp. 4–8 (in Russ.)
5. Blinova O.V., Belov S.A. (2020). Linguistic ambiguity and uncertainty in Russian legal texts. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Pravo*=Bulletin of Saint Petersburg University. Law, no. 4, pp. 774–812 (in Russ.)
6. Braude I.L. (2010) Essays on legislative technology. Issues of the Soviet law system. Moscow: Norma, 159 p. (in Russ.)
7. Chinnova M.V. (2004) Definitions and their use in legal acts: Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 24 p. (in Russ.)
8. Fomin V. Yu. (2023) Unification of terminology as a direction of legislative improvement of interim measures. *Juridicheskaya tekhnika*=Legal Technology, no. 17, pp. 388–391 (in Russ.)
9. Gurskiy R.A. (2015) Legal definition of land in context of land and property relations. *Vestnik Samarskoi gumanitarnoi akademii*=Bulletin of Samara Humanitarian Academy, no. 1–2, pp. 24–29 (in Russ.)
10. Halfina R.O. (1988) *Law as a means of social management*. Moscow: Nauka, 256 p. (in Russ.)
11. Höfler S., Nussbaumer M., Xanthaki H. (2017) Legislative drafting. In: U. Karpen, H. Xanthaki (eds.) *Legislation of Europe*. London: Bloomsbury, 320 p.
12. Isakov V.B. (2007) Receptions of legal technology at initial stages of legislative process. *Juridicheskaya tekhnika*=Legal Technology, no. 1, pp. 172–178 (in Russ.)
13. Isakov V.B. (2000) Stages of drafting. In: *The Legislative Technology*. Moscow: Gorodets, pp. 59–77 (in Russ.)
14. Kalachov N.V. (1859) Review of legal dictionary. In: *Archive of historical and practical information relating to Russia*. Saint Petersburg: University, pp. 40–56 (in Russ.)
15. Khairtdinova M.D. (2008) The legal definition: theory and practice. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Nizhnii Novgorod, 189 p. (In Russian)
16. Krasnov M. (2003) Legislative definitions are not always useful. *Rossiiskaia iustitsiia*=Russian Justice, no. 2, pp. 51–52 (in Russ.)
17. Kroz V.M., Kolesova O.N. (2015) Earth and land as an object of relationship. *Vo-prosy ekonomiki i prava*=Issues of Economy and Law, no. 1, pp. 31–36 (in Russ.)

18. Kruss V.I. (2007) Constitutional topology and definitive transgression of legal meanings: theory and practice. Legislative definition: logical-epistemological, political-legal, moral-psychological and practical aspects: papers of international round table. Nizhnii Novgorod: Juridicheskaya tekhnika, pp. 199–223 (in Russ.)
19. Lomonosov M.V. (1957) New location and establishment of the Saint Petersburg Imperial Academy of Sciences. In: Complete works. Vol. 10. Moscow: Academy of Sciences of the USSR, pp. 138–160 (in Russ.)
20. Luneva E.V. (2019) Synonyms in legal texts, their semantic load and significance in law enforcement. *Juridicheskoe obrazovanie i nauka*=Legal Education and Science, no. 4, pp. 39–44 (in Russ.)
21. Moskalenko I.V. (2003) Civil legal definitions (methodological aspect): Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 25 p. (in Russ.)
22. Moskalkova T.N., Chernikov V.V. (2022) Lawmaking: a manual. Moscow: Prospect, 448 p. (in Russ.)
23. Pigolkin A.S. (1981) Legislative technique and legal creation. Theory foundations of Soviet lawmaking. Moscow: Nauka, pp. 254–315 (in Russ.)
24. Pigolkin A.S. (1990) Formalization of bills (lawmaking technique). How to prepare laws: a manual. Moscow: Izvestia, pp. 31–59 (in Russ.)
25. Puryaeva A.S. (2011) Forming concept of forest in the Russian Federation legislation. *Rossiyskiy yuridicheskii zhurnal*=Russian Law Journal, no. 5, pp. 179–185 (in Russ.)
26. Sinaiskii V.I. (1911) Do we need to hurry with the publication of the Civil Code and can we create it now? Warsaw: University, 29 p. (in Russ.)
27. Thornton G.C. (1996) *Legislative drafting*. 4th ed. London: Bloomsbury, 447 p.
28. Tikhomirov Yu.A. (1982) *Theory of law*. Moscow: Nauka, 257 p. (in Russ.)
29. Turanin V.Ju. (2006) Essence and meaning of definition in the modern legal text. *Sovremennoe pravo*=Modern Law, no. 5, pp. 43–48 (in Russ.)
30. Ushakova L.N. (2009) Definition as an atypical means of legislative techniques: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Saint Petersburg, 196 p. (in Russ.)
31. Zatonskiy V.A., Mal'ko A.V. (2006) Legal life and legal system: correlation of concepts. *Pravovaia politika i pravovaia zhizn'*=Law Politics and Life, no. 2, pp. 6–20 (in Russ.)

Информация об авторе:

Е.А. Юртаева — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

E.A. Yurtaeva — Candidate of Sciences (Law), Assistant Professor.

Статья поступила в редакцию 29.01.2023; одобрена после рецензирования 02.03.2024; принята к публикации 11.04.2024.

The article was submitted to editorial office 29.01.2023; approved after reviewing 02.03.2024; accepted for publication 11.04.2024.

Научная статья

УДК: 340.1

JEL: K00, K24

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.32.56

Концепция мема (меметика) и первичные механизмы социокультурной эволюции права



Максим Викторович Залоило

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве
Российской Федерации, Россия 117218, Москва, Большая Черемушkinsкая ул.,
34,

z-lo@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4247-5242>



Аннотация

Новые технологии и связанная с их распространением смена технологического уклада влияют на изменение ценностных ориентиров и установок личности, общества и нации, определяют динамику в их правовом поведении. Российская правовая культура оказывается перед лицом ранее неизвестных вызовов, обусловленных новой культурной доминантой высокотехнологичного общества, определяемой технологическим императивом. На смену утрачивающему актуальность и «умирающему» постмодернизму приходят диджимодернизм, автомодернизм и киберкультурализм, ведущие к сдвигу парадигмы культуры и ее переопределению. Актуализируются задачи сохранения сущностных характеристик культуры и модернизации базовых параметров на основе проектного прогнозирования, объединяющего проект и прогноз в единое целое. Целями исследования являются определение по аналогии с генетикой эволюционного алгоритма, стратегии, программирования трансформации правовой культуры и выявление первичных механизмов ее формирования, воспроизводства и развития в свете правовой меметики и кодирования релевантной информации в правовых мемах. Исследование базируется на юридическом прогнозировании и моделировании, постклассической методологии права, культуральном подходе, принципах конструктивизма и антропоцентризма. На основе обращения к новому междисциплинарному направлению — меметике, объясняющей культурную эволюцию посредством концепции мемов (условных единиц передачи культурного наследия), — анализиру-

ется значение правовой меметики и правовых мемов в механизме формирования и развития правовой культуры. Выявляются ключевые мемы правотворчества, факторы, способы и средства их вариаций и отбора, которые могут способствовать развитию или ограничению правовых норм и практик. Определяются модели управления мемами и их функционирования в рамках правовой системы. Резюмируется, что первичным механизмом воспроизводства мемов в праве является правотворчество, а правовая меметика позволяет исследовать динамику изменений правовой культуры и культуры правотворчества в контексте формирования и изменения правовых систем, решать задачи сохранения стабильности правовых регуляторов и придания им необходимой адаптивности, определять национально-правовую идентичность.



Ключевые слова

культура правотворчества; правовая меметика; цифровизация; паттерны правового поведения; кодирование социально-правового опыта; программирование правового поведения.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-28-01773 (<https://rscf.ru/project/23-28-01773/>).

Для цитирования: Залоило М.В. Концепция мема (меметика) и первичные механизмы социокультурной эволюции права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 32–56. DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.32.56

Research article

The Concept of Meme (Memetics) and the Primary Mechanisms of Socio-cultural Evolution of Law



Maksim V. Zaloilo

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia, z-lo@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4247-5242>



Abstract

New technologies and change of technological order associated with their spread affect the change of value orientations and attitudes of the individual, society and nation, determine the dynamics of the legal behavior of individuals and collectives. The Russian legal culture is facing previously unknown challenges caused by the new cultural dominant of a high-tech society, determined by the technological imperative. Postmodernism is losing its relevance and “dying” is being replaced by digimodernism, automodernism and cyberculturalism, leading to a significant shift in the cultural paradigm and its redefinition. The tasks of ensuring the preservation of its essential characteristics and modernization of basic parameters on the basis of project forecasting, combining the project and forecast into a single whole are being updated. The objectives of

the study are to determine, by analogy with genetics, the evolutionary algorithm, strategy, programming of the transformation of legal culture and to identify the primary mechanisms of its formation, reproduction and development in the light of legal memetics and coding of relevant information in legal memes. The research is based on legal forecasting and modeling, postclassical methodology of law, cultural approach, the principles of constructivism and anthropocentrism. Based on the appeal to a new and developing interdisciplinary field — memetics, that explains cultural evolution through the concept of memes (conditional units of transmission of cultural heritage), the importance of legal memetics and legal memes in the mechanism of formation and development of legal culture is analyzed. The key memes of law-making, factors, ways and means of their variations and selection, which may contribute to the development or restriction of legal norms and practices are identified. The models of managing of memes and of ensuring of their functioning within the framework of the legal system are determined. It is concluded that the primary mechanism of the reproduction of memes in law is law-making, and legal memetics allows us to study the dynamics of changes in legal culture and law-making culture in the context of the formation and change of legal systems, to solve problems of maintaining the stability of legal regulators and giving them the necessary degree of adaptability, to determine national legal identity.



Keywords

culture of law-making; legal memetics; digitalization; patterns of legal behavior; coding of social and legal experience; programming of legal behavior.

Acknowledgments: The study was supported by a grant from the Russian Science Foundation No. 23-28-01773 (<https://rscf.ru/project/23-28-01773/>).

For citation: Zaloilo M.V. (2024) The Concept of Meme (Memetics) and the Primary Mechanisms of Socio-cultural Evolution of Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 32–56 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.32.56

Введение

Феномен культуры — уникальный объект научного познания, который в современной социальной реальности определяется как «система исторически развивающихся надбиологических программ человеческой жизнедеятельности, обеспечивающих воспроизводство и изменение социальной жизни во всех ее основных проявлениях» [Степин В.С., 2011: 43]. Одна из сфер ее проявления — юриспруденция, где существует особая культура, воспроизводящая правовую реальность. Сущность правовой культуры заключается «в образе жизни, основанном на праве и верховенстве закона, правовых ценностях, в соответствии с которыми осуществляются законотворчество и правореализация» [Керимов Д.А., 1991: 18].

Культура эволюционирует по мере исторического развития человечества, становясь структурированным образованием, где на первом уровне — культурные феномены прошлого, на втором —

феномены, обусловленные запросами и потребностями общества, обеспечивающие воспроизводство форм социальной жизни, а на третьем — прогностические культурные феномены [Степин В.С., 2011: 58]. Право выступает в роли механизма отражения и преобразования явлений и процессов, и в современном мире правовая культура не может не испытывать влияния технологического фактора (речь идет прежде всего о спектре NBICS-технологий).

Цепь промышленных революций и последовательная смена технологических укладов привели к утверждению в развитых государствах информационного, постиндустриального, высокотехнологичного общества. Вместе с тем прогнозируется формирование пост-постиндустриального общества, для которого характерен тип коммуникаций «человек—высокая технология», и даже пост-пост-постиндустриального общества, где доминируют коммуникации «высокая технология—высокая технология» [Баранова М.В., 2020: 129–130].

Очевидно, что постмодерн как состояние современной культуры, для которой характерны социально-ментальная парадигма — постнеклассический тип рациональности и критика модернистских ценностей и концепций, с изменением характеристик общества тоже трансформируется. Соответствующие концепции и теории уже имеются. Их условно можно обозначить таким общим понятием, как постпостмодернизм, отражающим, в частности, трансформацию общества и его культуры путем изменения способа общения и коммуникации его членов вследствие доминанты технологического императива, усиления цифровизации (концепция диджимодернизма [Kirby A., 2009]), возрастания автоматизации и сетевого активизма (концепция автомодернизма [Samuels R., 2009]), вступления в новый период гибридной (на стыке реального и виртуального пространства) культуры (концепция киберкультурализма [Ghasemi M., 2024]).

В постиндустриальном обществе исследования права с позиции культуры приобретают особую актуальность [Мальцев Г.В., 2013]; [Честнов И.Л., Тонков Е.Н., 2018]; [Cotterell R., 2006]; [Nelken D., 2016: 45–62]; [Silbey S., 1992: 39–48]. В доктрине получают развитие идеи о тенденциях культурологизации права [Maurer B., 2004: 843–850]; [Rosen L., 2006], культурной сущности правотворчества [Тосунян Г.А., Санникова Л.В., 2018: 28–34], культурных основаниях различных форм реализации права [Крепышева С.К., 2019: 127–131].

Тематика культуры правотворчества в отмеченных обстоятельствах выходит за пределы проблематики права, находясь на стыке междисциплинарного синтеза многих областей научного знания (культурологии, политологии, социологии, философии, экономики и пр.),

применение которых в системной совокупности позволяет выявлять и исследовать факторы и потребности в правовом регулировании общественных отношений, прогнозировать динамику правового развития. Приметой наступающей эпохи является становление «новой правовой идентичности, источником которой выступает сфера технологий, меняющих характер права и его институтов, провоцирующих пересмотр базовых понятий права и правовых процедур» [Синюков В.Н., 2021: 11].

Исследования правовой культуры в целом и культуры правотворчества в частности требуют синтеза гуманитарного и естественного знания. Злободневные в условиях динамичных технологических и цивилизационных трансформаций, глобальных вызовов современности проблемы правовой эволюции обуславливают необходимость вовлечения в традиционно применяемую в юриспруденции методологию междисциплинарных методик и категорий для определения подходов и векторов формирования правовой культуры современного российского общества, способствующих поступательному развитию правовой сферы общества и государства.

Разработка и внедрение современных информационно-телекоммуникационных технологий (ИКТ) вызвали создание новых каналов и средств распространения информации и трансляции культурных универсалий, включая паттерны правового поведения. Наряду с этими процессами утрачивают былое значение традиционные способы передачи культурных образцов и практик. Бывшие еще недавно привычными формы общения стремительно меняются, что особенно заметно в молодежной среде. Отсутствие реального постоянного контакта между поколениями оказывает деструктивное влияние на весь механизм социальной эстафеты. Воздействие технологического развития на правовую сферу является комплексным и многоплановым и затрагивает не только нормы права и механизмы их реализации, но также сказывается на правовых ценностях, лежащих в основе правовой культуры. Упрощение и ускорение информационного обмена, трансформации жизненных процессов в обществе программируемых коммуникаций влияют на воспроизведение в нем правокультурных единиц и трансляцию правокультурного наследия [Баранова М.В., 2020: 127].

Поэтому в аспекте когнитивно-информационной теории имеет научный и практический интерес использование правовой меметики (нового и перспективного междисциплинарного направления в юридической науке, основанного на соединении естественно-научного и гуманитарного знаний) для дополнительного объяснения

устоявшейся и формирующейся правовой культуры российского общества в условиях технологических и общественных трансформаций, обоснования проекций изменения национальной культуры правотворчества, в основе которой лежит закодированная в мемах культурно-правовая информация.

1. Культурная эволюция сквозь призму мемов

Меметика сложилась как подход к исследованию эволюционных моделей передачи культурного наследия на основе концепции мемов — мельчайших информационных паттернов, которые распространяются и видоизменяются подобно генам в процессе естественного отбора.

Концепция мема¹ как единицы передачи информации в человеческой культурной эволюции, способной к воспроизведению и распространению, была сформулирована биологом и этологом Ричардом Докинзом в 1976 году книге «Эгоистичный ген» и получила развитие в других его трудах («Расширенный фенотип» (1982), «Бог как иллюзия» (2006), в работах антрополога Роберта Онгера («Электрический мем» (2002), лингвистов Николааса Ритта («Эгоистичные звуки и лингвистическая эволюция: Дарвиновский подход к изменению языка» (2004), Стивена Уитти («Меметическая парадигма управления проектами» (2005).

Корнями меметика уходит также и в психологию. В 1898 году В.М. Бехтерев предложил концепцию психических микробов (*contagium psychicum*), передающихся подобно настоящим физическим микробам через слова и жесты окружающих лиц, книги, газеты и пр. [Бехтерев В.М., 1999: 169]. В 1990-х—начале 2000-х годов в литературе с позиций аналитической философии, психологии, информатики и кибернетики обосновывался науковедческий статус меметики [Броди Р., 2007]; [Lynch A., 1996], объектом которой была обозначена эволюция культуры («язык, мода на одежду и еду, обряды и обычаи, искусство и архитектура, технические знания и умения» [Докинз Р., 1989: 178]). В 1997—2005 гг. издавался посвященный меметике журнал “Journal of Memetics — Evolutionary Models of Information Transmission”. В 2010-е годы магистерские программы меметики были открыты в ряде европейских университетов.

¹ Правильнее было бы говорить «мим», поскольку это понятие восходит к греческому «μῖμις» (подобие), тем не менее, в силу устоявшегося употребления в русскоязычной науке словесной формы «мем», в последующем в статье будет использоваться именно она.

Понятия мема и меметики получили развитие в политологии [Виловатых А.В., 2018: 141–154], социологии [Зиновьева Н.А., 2016], филологии [Милованова М.В., Терентьева Е.В., 2022: 58–66], философии [Волошин В.В., 2023: 224–237], экономике [Schlaile M.P., 2021]. В каждой предметной области специфические когнитивные механизмы приводят к возникновению свойственной данной области культурной динамики. В отдельных работах меметику предлагается считать формирующейся междисциплинарной наукой об умственной деятельности человека, предметом исследования которой являются исторические, культурные, политические, социальные, экономические, правовые и иные типы мемов [Поляков Е.М., 2010: 160–165].

С другой стороны, непрекращающиеся дискуссии не позволяют однозначно ответить на вопрос о науковедческом статусе меметики. Вместе с тем в условиях смены парадигмы научного познания и выхода на передний план когнитивной методики анализа информации меметику можно скорее охарактеризовать в качестве специфического междисциплинарного направления в исследовании эволюционных изменений культурных систем, ориентированного на постижение смыслов.

В рамках меметики получили разработку процессы, в равной степени применимые как к биологической, так и к культурной эволюции: репликация (передача, копирование), вариация (изменение существующих и появление новых мемов) и отбор (воспроизводство, вытеснение адаптированными мемами менее адаптированных) мемов — с той разницей, что способ репликации мемов и сама культурная информация взаимосвязаны и взаимообусловлены, а число способов передачи культурной информации не ограничено, так как они претерпевают изменения вместе с ее содержанием. Мемы при этом, исходя из их широкой трактовки, понимаются в качестве условной социально-культурной единицы.

Их повторение и копирование служит трансляции культуры, передаче культурного знания или практики в рамках одного или между несколькими поколениями. Репликация мемов происходит тремя способами: вертикальным (от предыдущих поколений посредством различных культурных артефактов), горизонтальным (между индивидами одной возрастной группы) либо косвенным (от старшего индивида к младшему), наиболее стабилен из которых первый, хотя при неустойчивости внешних условий происходит более частое обращение к горизонтальному и косвенному способам передачи культурной информации [Claidière N., André J.-B., 2012: 13–18].

Механизм возникновения мема основывается на основополагающем критерии подражания. Культурная информация обрабатывается когнитивной системой, генерируется поведение, которое становится объектом информации для другой когнитивной системы, порождая тем самым культуру [Sperber D., 2001: 304–315]. Для своего воспроизводства мемы должны отвечать критериям, основными из которых признаются полезность, новизна, согласованность с имеющимися знаниями, выразительность, авторитетность, простота [Heylighen F., 1997: 63–67].

Распространяясь в процессе социальных коммуникаций, мемы (понятия, идеи, мысли, верования, паттерны поведения, тренды) «укореняются в человеческом сознании, взаимодействуют между собой» [Малышева Е.В., Бынев А.А., 2016: 149], способствуют созданию абстрактного представления, «которое в силу своей привлекательности и множественного копирования становятся концептом, определяющим поведенческие акты, в том числе в целях преобразования тех реальных объектов, которые породили первоначальный мем» [Лазарев В.В., 2020: 14, 17]. Таким образом, они одновременно имеют характеристики единицы информации и процесса ее передачи [Зиновьева Н.А., 2016: 50] и, формируя под себя контекст, участвуют в конструировании социальной реальности, выступают программным кодом, определяющим поведение человека и формирующим личность. Не зря в макромасштабе мемы признаются основными строительными блоками культуры, а в микромасштабе — строительными блоками каждого человеческого сознания [Романов А.А., 2016: 5].

2. Меметика и мемы в механизме формирования правовой культуры

Меметика находит преломление в правовой плоскости (правовая меметика), где образует новое и развивающееся направление, сосредоточенное на исследовании влияния культурных, социальных и исторических явлений и факторов на развитие права, формирование и изменение правовых норм и практик, создание и применение нормативных актов. Правовая меметика способствует осуществлению количественного анализа эволюции права [Henke C., 2007: 13]. Исходя из теории правового развития С. Дикина, последнее — это особый тип общего эволюционного алгоритма, описанного Чарльзом Дарвином и ставшего основой современной эволюционной биологии [Deakin S., 2002: 28].

Как писал основоположник социологии права О. Эрлих, «центр тяжести развития права ... лежит не в законодательстве, не в юриспруденции и не в правоприменении, а в самом обществе» [Эрлих О., 2011: 64]. Эволюция права обусловлена взаимодействием между внешней информацией в обществе и процессом ее кодирования в рамках правовых норм и имеет кумулятивный характер (постепенные изменения правовых форм в сочетании с избирательным воздействием окружающей среды могут привести к появлению многофункциональных правовых институтов). Правовые явления и процессы не могут быть оптимальными, но являются адаптивными (отражают внутреннюю динамику изменений, которая формируется историческими условиями, а не predetermined конвергенцию в единой, уникальной форме или эволюционном пике). Правовое развитие осуществляется посредством процесса, аналогичного наследованию генетической информации в биологии, т.е. посредством передачи мемов [Deakin S., 2002: 2]. Определяя характер взаимосвязи человеческого поведения и права, необходимо указать, что последнее с помощью технико-юридического инструментария и языка права кодирует социально-правовой опыт и программирует правовое поведение индивидов.

Правовое воздействие на общественные отношения осуществляется не только через нормы права и правоотношения, но и через правосознание и правовую культуру. Частью правовой культуры являются мемы (правовые, или правокультурные) как единицы передачи правового культурного наследия (правокультурные единицы), детерминирующие изменения в праве [Баранова М.В., 2020: 127–128]. Мемы в праве — это репликаторы правовой информации. Их можно определить, разделив, как это определено Р. Докинзом, на все более мелкие единицы до тех пор, пока дальнейшее деление без потери их принадлежности к праву и их активной способности к копированию станет невозможным [Henke C., 2007: 16]. Это сложносоставные идеи, которые формируют отдельные запоминающиеся единицы [Dennet D, 1991: 201]. Мемы могут быть организованы в мемокомплексы (мемплексы) — устойчивые наборы взаимно поддерживающих мемов [Blackmore S., 1999: 19].

Мемами в области права, складывающимися в мемокомплексы, являются, например, правовые идеи, теории и концепции, юридические презумпции и конструкции, правовые принципы². В их числе

² Отдельного внимания заслуживают интернет-мемы профессионального сообщества юристов как средство интернет-коммуникации на юридическую тема-

правокультурные мемы различного уровня и генеза — «нормативный правовой акт в электронной среде, нормативная составляющая в интерпретационном акте, рецепция элементов иных правовых систем, идеологизация правового регулирования, дробление правовой регламентации, формализация правовой среды». Важнейшими источниками мемов в праве являются юридическая доктрина, правовые традиции и правовые ценности, а также конституции (на уровне правотворчества) и разъяснения высших судебных инстанций (на уровне правореализации), которые кодируют правовую информацию в концептуальную форму, тем самым способствуя ее межвременному распространению. Устойчивое словесное выражение получили такие культурно-правовые единицы, как «достаточная степень точности», «чувства верующих», «моральные страдания», «общепринятые моральные ценности» [Баранова М.В., 2020: 131].

Когнитивное понимание мема позволяет соотнести его с понятием концепта как своеобразного культурного гена, оперативной единицы памяти и концептуальной картины мира, комплексной кумулятивной единицы познания, которая была воспринята юриспруденцией [Гаврилова Ю.А., 2011: 132–188]. Подобно генетическому коду, правовые концепты изменяются медленнее содержания правовых норм. Точно так же, как способность генома точно копировать самого себя обеспечивает необходимое условие наследования информации, содержащейся в генетическом коде, так и относительная непрерывность «юридического кода» делает возможной вертикальную передачу содержащейся в нем информации.

Движение правовых мемов через вариации и отбор к равновесному состоянию права происходит через циклы правового развития. Как известно, правовая система развивается нелинейно, переживая периоды покоя и разрывов, вызванные внешними потрясениями, а не непрерывной адаптацией к окружающей среде [Deakin S., 2002: 13, 14]. В этом смысле эволюция права является круговой, а переход от одной стадии правового цикла к другому часто бывает обусловлен кризисом. Историческая смена циклов правового развития России (мегацикл дореволюционный, который по различным основаниям может быть разделен на несколько циклов, например, во взаимосвязи с теорией технологических революций/укладов; мегацикл советский, современный) была сопряжена с циклами социально-по-

тику, в определенной мере отражающее и даже формирующее правовую культуру. Однако они не имеют правовой формы и скорее относятся к медиатизации правового дискурса, а потому их рассмотрение осталось за рамками настоящего исследования.

литического и технологического развития. В условиях изменения правовых парадигм осуществляются вариации и отбор правовых мемов, что находит предметное выражение в реформировании системы права, отчетливо заметном в первых советских декретах и кодификациях, в масштабной модернизации всей системы отечественного законодательства после распада СССР.

Наряду с цикличностью другим объективным свойством правового развития выступает преемственность правовых традиций, юридический «эффект колеи» («зависимость от предшествующего пути развития»). Речь идет, в частности, об обусловленности эволюции права национальными правовыми традициями, восприятию в современных условиях правовых явлений, концепций, принципов предшествующих периодов. Передача культурно-правовых образцов и норм поведения посредством повседневного воспроизводства действительности обеспечивает сохранение и укрепление ценностной основы национальной правовой культуры.

Факторами отбора мемов в праве выступают: их приемлемость для юридического сообщества; непротиворечивость правовой системе, нормам более высокой юридической силы (конституциям), правовым традициям и правовым ценностям; легитимность; корреляция с социально-экономическим и политическим развитием. Отставание правовых концепций от социальных новаций означает несостоятельность соответствующей концепции, тогда как правовые инновации являются адаптацией правовых концепций к новому контексту. Для этого в доктрине в разрезе правомеметики применяются математические величины, в частности, в литературе обоснованы понятия «относительная пригодность мемов» (выражение информации об адаптации мема к окружающей среде и факторах отбора) и «период их полураспада» (внесение изменений в законодательство, временное правовое регулирование, правовое экспериментирование) [Henke С., 2007: 26]. С этих позиций увеличение периода полураспада правовых мемов (жизнеспособности, времени, в течение которого они сохраняют свои первоначальные характеристики) обеспечивается применением механизмов опережающего правотворчества, юридического прогнозирования.

Средства, способы и каналы распространения правовой информации постоянно модернизируются. Взаимодействие в сфере правового регулирования и правокультурный обмен детерминированы в настоящее время построением коммуникационных сетей между субъектами правоотношений, цифровыми формами правовых предписаний, широтой охвата потенциальной аудитории норм права,

возможностями выбора каналов получения правовой информации ее адресатами, потенциалом дистанционного общения в правовом поле. В этих условиях правокультурные мемы «являются уникальным средством передачи правовых универсалий широкому спектру лиц в максимально сжатой, образной и доступной форме, позволяющим повышать уровень правосознания и правовой культуры» [Баранова М.В., 2020: 130–132]. Среди выделяемых функций правовой культуры [Карташов В.Н., 2019: 42–45] особую важность приобретает та, что заключается в трансляции социально-правового опыта, посредством которой правовая культура обеспечивает юридическую преемственность, передачу правового наследия через правовые мемы.

3. Мемы правотворчества в модернизации его культуры

Выступая первым звеном в механизме правового регулирования, основой дальнейшего регулятивного действия права, правотворчество служит одним из основных механизмов отбора правовых мемов. В контексте правовой меметики культура правотворчества рассматривается как среда, в которой генерируются, реплицируются, адаптируются к обстоятельствам жизни общества и государства и воспроизводятся различные правовые мемы, включая правовые нормы, ценности, идеи и практики. Сам термин «правотворчество» сформировался в силу распространения в праве культурцентристской парадигмы, поскольку именно творчество является движущей силой и механизмом динамики культуры [Сазонникова Е.В., 2011: 7].

В основе любой культуры лежит мировоззрение. В современном обществе под воздействием различных факторов формируются новое мировоззрение и соответствующее ему правовое мышление. К этим факторам относятся, например: подвижность правового пространства, повышение удельного веса законов в общем массиве нормативных актов, технологизация права, конституционализация национального правового пространства, глобальные вызовы современности (финансово-экономические, климатические, пандемические, международная напряженность, переход от моноцивилизационной к многоцивилизационной модели мирового устройства и пр.). Трансформация культуры правотворчества в данном контексте может быть рассмотрена как процесс изменения состава и структуры мемов, а также их взаимодействия друг с другом. При этом стоящие перед культурой правотворчества задачи заключаются не только в формировании новых правокультурных концептов, но и

в сохранении имеющегося правового опыта, доказавшего свою состоятельность.

С другой стороны, мемы правотворчества — это единицы правовой культурной информации, формирующие и изменяющие правовые нормы и практики. Они могут включать нормы, ценности, идеи, стереотипы и предубеждения, которые влияют на процесс создания и изменения нормативных правовых актов. Одним из ключевых аспектов правовой меметики является изучение того, как мемы правотворчества взаимодействуют друг с другом и как их взаимодействие влияет на формирование и изменение правовых систем. Это может помочь выявить ключевые мемы, которые могут способствовать развитию или ограничению определенных правовых норм и практик, а также определить стратегии для управления этими мемами и их функционирования в рамках правовой системы.

Среди основных мемов, существенным образом преобразующих современную культуру правотворчества, можно обозначить те, что связаны с последними технологическими новациями; это в частности цифровизация правотворчества, алгоритмизация права, машиночитаемое право.

Технологический императив в репликации, вариациях и отборе мемов правотворчества определяет направления трансформации культуры последнего: увеличение технологического компонента как за счет внедрения высоких технологий, так и за счет расширения спектра и модернизации известных юридических технологий, нередко составляющих симбиоз с информационно-телекоммуникационными; утверждение формулы человекоцентричного правотворчества и персонализация правового регулирования; появление новых функций (коммуникативной, аксиологической, прогностической, а также функции управления рисками); реструктуризация источников права; обретение правовыми регуляторами новых форм (цифровой и машиночитаемой, гибкой, циклической); переход объекта правотворчества в субъект либо квазисубъект (искусственный интеллект), появление нетипичных участников правотворческой деятельности и изменения ролей традиционных субъектов правотворчества (мемы «правотворческий краудсорсинг», «законодатель как посредник»); модернизация подходов к подготовке норморайтеров.

Цифровые технологии и соответствующие им модернизации известных юридических технологий (экспертиза нормативных актов и их проектов, правовые мониторинг, краудсорсинг и др.) значительно повышают возможности надлежащего качества правотворческих решений.

На государственном уровне поставлена задача создания цифрового стандарта нормативного правового акта. Разработанный учеными Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве России законопроект «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» оперирует термином «электронный нормативный правовой акт», предусматривая опубликование соответствующего документа на специальном правовом ресурсе электронной информации и его полную аутентичность принятому в обычном порядке нормативному акту.

Одновременно получила концептуальную стратегическую основу и широко дискутируется идея перехода к созданию нормативных актов сразу в цифровой (машиночитаемой) форме, изложению их на языке программирования, понятном машинам. В мировой практике известны эксперименты с переводом в машиночитаемый вид отдельных законов. Однако в машиночитаемый формат можно перевести далеко не все законы, что в первую очередь относится к предписаниям, требующим человеческого суждения. Наиболее подходящими для такого перевода могут стать нормы, регулирующие оказание государственных (муниципальных) услуг.

Технологическая трансформация субъектного состава процесса создания нормативного акта непосредственным образом влечет изменение и механизма передачи и отбора единиц культурно-правовой информации, трансляция которых посредством цифровых технологий без вмешательства человека может вызвать риски технологической сингулярности, нарушения эстафеты передачи указанной информации, передачи негативных (неправовых) универсалий и транслирования деструктивных паттернов правового поведения, не отвечающих свойствам легитимности, законности, вступающих в существенные противоречия с национальной правовой традицией.

Ускорение процессов обработки правовой информации, несомненно, упрощает организацию отдельных правотворческих процедур. Овладение их участниками качественно иными — технологическими навыками в дополнение к знаниям в области юриспруденции в целом и юридической техники в частности позволит ускорить передачу и воспроизводство правовой информации и развития правотворческих практик. В рамках объявленной Президентом Российской Федерации реформы образования³ могла бы получить реализацию

³ Указ Президента Российской Федерации от 12.05. 2023 № 343 «О некоторых вопросах совершенствования системы высшего образования» // СЗ РФ. 2023. № 20. Ст. 3535.

новая — технологическая парадигма системы профессионального юридического образования.

4. Правотворческие юридические технологии как средства передачи и отбора правовых мемов

Ныне процессы передачи и отбора правовых мемов претерпевают изменения ввиду развития правотворческих юридических технологий — правотворческого краудсорсинга, юридического прогнозирования и правового экспериментирования, правотворческой экспертизы. Первая из них, развиваясь в формах общественного обсуждения, общественной экспертизы проектов нормативных актов, народной (гражданской) правотворческой инициативы, реализуется с применением ИКТ на площадках regulation.gov.ru, roi.ru, а кроме того опробована во время голосования по поправкам к Конституции Российской Федерации в 2020 году.

Однако действенность краудсорсинговых технологий недостаточна ввиду цифрового неравенства и низкой общей правовой культуры граждан. Хотя интенсификация общественного участия в правотворческом процессе привлекает внимание граждан к правовой сфере, способствует укреплению правосознания и в долгосрочной перспективе — повышению уровня правовой культуры, распространение краудсорсинговых практик в правотворчестве чревато доминированием обыденного понимания правовой сферы и правотворческих практик, упрощением языка права, сокращением периода полураспада правовых мемов, рисками злоупотребления правом и цифрового активизма.

В рамках юридического прогнозирования и правотворческого эксперимента также имеют место репликация, вариации и отбор реплицируемых правовых мемов. Апробация проектируемой правовой модели производится в ходе эксперимента в ограниченном масштабе для подтверждения или, наоборот, опровержения рабочей гипотезы о необходимости и содержательной стороне правового регулирования тех или иных общественных отношений. Экспериментальное правовое регулирование в новейшей правовой истории России было предусмотрено рядом федеральных законов и осуществлялось в налоговой политике, программах развития гражданской службы, образования, туризма и др. Результатом правотворческого эксперимента становится вытеснение адаптированными мемами менее адаптированных, что продемонстрировали примеры проведения единого государственного экзамена, создания государствен-

ной системы бесплатной юридической помощи, дистанционного электронного голосования, налогообложения самозанятых и пр. Проведение правотворческих экспериментов получило правовую регламентацию за рубежом. Тем не менее методологический потенциал эксперимента используется в правотворчестве пока не в полной мере.

Другим способом отбора правовых мемов выступает установление переходного периода (временного промежутка, предусматриваемого для осуществления поэтапного перехода от одного правового режима к другому, гармоничного и плавного внедрения новых законодательных правил, минимизации возможных негативных последствий их реализации), что получило распространение в российской и зарубежной законотворческой практике, в частности, при введении в действие новых законодательных актов, внесении существенных изменений в действующие нормативные акты. Необходимость установления переходного периода для адаптации граждан к новому (изменяемому) правовому регулированию тех или иных общественных отношений находит отражение в правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации⁴.

«Законотворчество, основанное на свободном усмотрении законодателя, закрепляет нормы права, не соответствующие закономерному ходу развития общества и государства, деформирует правовую культуру населения», а создаваемые таким образом препятствия реализации прав и свобод граждан «формируют в их сознании юридический нигилизм и инфантилизм» [Сырых В.М., 2023: 39–40]. В связи с этим повышается значение таких принципов правотворчества, как профессионализм и научность. Особая роль в создании качественного нормативного акта отводится научно-правовой экспертизе, которая призвана отчасти преодолеть разрыв между правотворчеством и наукой.

На преодоление разрыва также ориентированы научные концепции — развития законодательства, а также крупных нормативных актов (как правило — федеральных законов, посвященных новому предмету регулирования). Актуальным направлением трансформации культуры правотворчества выступает институционализация

⁴ См. постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 24.05.2001 № 8-П // СЗ РФ. 2001. № 22. Ст. 2276; от 29.01. 2004 № 2-П // СЗ РФ. 2004. № 6. Ст. 450; от 20.04.2010 № 9-П // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2277; от 20.07.2011 № 20-П // СЗ РФ. 2011. № 33. Ст. 4948; от 17.06. 2013 № 13-П // СЗ РФ. 2013. № 25. Ст. 3206; от 15.02. 2016 № 3-П // СЗ РФ. 2016. № 8. Ст. 1167; от 15.02. 2019 № 10-П // СЗ РФ. 2019. № 8. Ст. 820.

правотворческого консалтинга, предполагающего: разработку идей и концепций проектов нормативных актов, юридико-техническое оформление правотворческого решения, оценку полезности действия норм, установление рисков, связанных с новыми правовыми решениями, построение юридических прогнозов.

5. Рецепция, юридическая трансплантация и сближение правовых систем в механизме репликации и отбора правовых мемов

Важными функциями правовой системы являются стандартизация и передача сложной информации так, чтобы распространить торговый оборот за пределы локализованных сообществ, тем самым расширяя сферу разделения труда [Deakin S., 2002: 18]. В связи с этим традиционным механизмом копирования мемов выступает рецепция правовых концепций и норм в рамках вертикальной и горизонтальной передачи знаний. Вместе с тем практика демонстрирует, что рецепция, особенно в современных условиях, не всегда проходит успешно. Так, в Средние века рецепция римского права имела «конкретные социально-экономические причины» (внедрение капиталистического способа производства, основанного на товарно-денежных отношениях) [Комаров А.С., 2023: 34]. Поэтому отбор правовых мемов из других правовых систем должен оцениваться как исходя из национальных правовых традиций и социально-экономического контекста, так и в русле юридико-технической совместимости заимствуемых концепций и норм и собственного национального правопорядка.

В 1970-х годах А. Уотсон разработал альтернативную теорию правового развития посредством юридической трансплантации: эволюция национального права определяется не социально-экономическими условиями или культурными традициями стран, а происходит в результате внешнего заимствования, перемещения юридико-технически сопоставимых правовых норм и институтов из одной правовой системы в другую. В отличие от рецепции юридическая трансплантация правовых мемов не учитывает юридического «эффекта колеи». Внедрение чужеродных правовых элементов в национальную систему права снижает действенность создаваемого таким образом правового регулирования и уровень правовой культуры, причем далеко за пределами правотворчества. В каждой юрисдикции определенная форма социально-экономического поведения развивается параллельно с определенным типом правового дискур-

са. Правовые концепции кодируют информацию, относящуюся к средствам решения проблем координации в данной ситуации, переводя правила в более широкие концептуальные или догматические юридические категории [Deakin S., 2002: 20–21]. Другой путь — автономного правового развития в условиях конвергенции и сближения правовых систем в чистом виде не может послужить формированию и распространению правовых универсалий, которые должны отвечать не только внутреннему контексту, но и внешним реалиям правового развития.

Сближение правовых систем осуществляется в русле унификации и гармонизации, распространившихся в сфере частного права под влиянием глобализации и постепенно замещающей ее в последние годы регионализации. Унификация и гармонизация — способы создания правовых предписаний, единообразно или схожим образом регулирующих частнопровые отношения в самых разных правовых системах, выступают распространенными трансграничными механизмами отбора жизнеспособных правовых мемов. Величина периода полураспада унифицированных правовых мемов объясняется появлением новых акторов правотворчества. Наряду с государствами эти функции приобретают иные структуры и организации, объединения бизнеса.

Один из известнейших частнопровых инструментов — Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА⁵ — являются собой не только источник унифицированных норм международного договорного права, сборник передовых правотворческих практик различных государств, но предлагают новаторские решения, многие из которых ранее не были известны национальным, наднациональным и международному правопорядкам и выработаны специально на основе трансграничной договорной практики для регламентации международного коммерческого оборота. Развитие подобного рода частных кодификаций международного частного права свидетельствует об изменении процесса отбора правовых мемов, который органично дополняется расширением содержания и сфер применения принципа автономии воли в регулировании трансграничных частнопровых отношениях, практикой применения таких вненациональных регуляторов международным коммерческим арбитражем (и в ряде случаев — национальными судами).

Однако несмотря на очевидные преимущества унификации и гармонизации в создании правового регулирования частнопровых

⁵ UNIDROIT Principles 2016. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/> (accessed: 01.12.2023)

отношений с иностранным элементом, период полураспада транслируемых и отбираемых правовых мемов часто невысок вследствие фрагментации, присущей этим процессам, существо которой заключается в объеме огромного нормативного массива межгосударственных (конвенциональных, обязательных) и негосударственных (рекомендательных) регуляторов на глобальном и региональных уровнях, зачастую не отвечающих в своей совокупности требованиям полноты и системности правового регулирования, коллидирующих с другими унифицированными правовыми инструментами либо сверхимперативными нормами национальных правопорядков.

С точки зрения правовой меметики и полицентристской модели международного правотворчества эффективность унифицированных (гармонизированных) норм зависит не только от числа участников той или иной международной конвенции, но и от широкого применения не обладающих обязательным характером негосударственных регуляторов участниками соответствующих отношений, государственными судами или арбитражными институтами.

6. Циклические мемы антикризисного правотворчества

Правовая система динамична, а предназначение права как ведущего социального регулятора заключается в оперативном реагировании на процессы, протекающие в обществе, и адекватном отражении этих изменений в виде юридических предписаний. Зависимость правового развития от социальной, экономической, политической и прочих сфер жизни общества предопределяет особенности репликации, вариаций и отбора мемов в условиях глобальных кризисных ситуаций, что продемонстрировала недавняя пандемия коронавируса и обусловленное чрезвычайными обстоятельствами антипандемическое правовое регулирование, созданное как в России, так и в других государствах, а также на наднациональном и международном уровнях. С нарастанием кризисов растет роль чрезвычайного, антикризисного, экстраординарного правотворчества. В правотворчестве в ответ на стремительное изменение условий жизни общества под воздействием кризисных факторов формируются и опробуются ситуативные правовые модели и регулятивные практики (электронное голосование, дистанционный режим работы, онлайн-правосудие), предпосылки которых обнаруживаются и в других процессах (например, в цифровизации), однако катализатором и фактором вариации уже сложившихся правовых мемов служат именно кризисные ситуации.

Правотворческая практика последних лет характеризуется внедрением новых циклических мемов, имеющих долгосрочный характер и функционирующих не столько на уровне доктрин, сколько определяющим образом трансформирующих культуру правотворчества. К таковым относятся циклические антипандемический и антисанкционный правовые массивы. Их особенность заключается в разнонаправленной репликации формирующихся правовых мемов (антипандемического, антисанкционного) в различных отраслях и институтах законодательства и детерминации изменений всего правового поля. Растет значение прогнозного видения динамики правовой сферы на уровне доктрин, стратегий и концепций. Качественные изменения происходят в понимании самой сути правотворчества, которое из средства поиска права и отражения его в нормативных установлениях преобразуется в инструмент конструирования социально-правовой реальности.

Заключение

В условиях динамизма социального взаимодействия, разнонаправленности индивидуальной активности, приращения технологических инноваций происходят качественные изменения человеческой цивилизации, формирование общества нового типа, парадигмальные изменения его ценностно-нормативной основы, культурно-правовых констант, мировоззренческих координат и поведенческих стереотипов. В таких обстоятельствах, сопряженных с кризисами экономического, эпидемиологического, политического порядков, закономерно встает вопрос определения векторов и координат трансформации культурной матрицы и, в частности (применительно к правовой сфере), такого среза правовой культуры, как культура правотворчества. Усложнение правовой реальности, невозможность объяснить многообразие проявлений права однолинейными схемами, общепризнанными правовыми категориями диктуют необходимость дополнения их набора. Для этих целей ввиду эмерджентности права и социальной среды перспективно применение правовой меметики, отвечающей за кодирование информации в правовых мемах.

Правотворчество является основным механизмом отбора (воспроизводства) мемов посредством юридического прогнозирования, экспериментирования и краудсорсинга, концептуального обоснования и научной экспертизы проектов нормативных актов, рецепции норм права, юридической трансплантации, сближения правовых систем в форме унификации и гармонизации права.

Вместе с тем новые циклы правового развития определяют формирование новых правовых мемов, существенно преобразующих правовую культуру в целом и культуру правотворчества в частности (цифровизация правотворчества, алгоритмизация права, машиночитаемое право). Правовая меметика позволяет исследовать динамику культурных изменений в правотворчестве, выявлять ключевые мемы и анализировать их взаимодействие друг с другом в контексте формирования и изменения правовых систем, решать задачи сохранения стабильности правовых регуляторов и приданию им необходимой адаптивности, определять собственную национально-правовую идентичность.



Список источников

1. Баранова М.В. Правокультурные мемы в обществе программируемых коммуникаций / Право и закон в программируемом обществе. К 100-летию со дня рождения Даниэля Белла): сборник статей / отв. ред. В.В. Лазарев. М.: Норма, 2020. С. 126–132.
2. Бехтерев В.М. Избранные труды по психологии личности. Т. 2. Объективное изучение личности. СПб: Алетейя, 1999. 281 с.
3. Броуди Р. Психические вирусы. Как программируют ваше сознание. М.: Поколение, 2007. 304 с.
4. Вилловых А.В. Меметика как инструмент современного информационного противоборства // Проблемы национальной стратегии. 2018. № 5. С. 141–154.
5. Волошин В.В. Мем и меметика: эпистемологический ракурс // Известия ТулГУ. Гуманитарные науки. 2023. № 1. С. 224–237.
6. Гаврилова Ю.А. Смысловое поле права (философско-правовой аспект). Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2011. 154 с.
7. Докинз Р. Эгоистичный ген. М.: АСТ, 2013. 245 с.
8. Зиновьева Н.А. Трансляция социокультурных кодов в создании информационного продукта: анализ интернет-мемов: автореф. дис. ... к. с. н. СПб., 2016. 26 с.
9. Карташов В.Н. Юридическая культура, антикультура и ответственность в правовой системе общества. М.: Проспект, 2019. 352 с.
10. Керимов Д.А. Культура и техника законотворчества. М.: Юрид. лит., 1991. 160 с.
11. Комаров А.С. О реформировании национального гражданского права в переходный период / Международное частное право: преемственность и развитие: сборник материалов Международной конференции к 130-летию юбилею Л.А. Лунца / отв. ред. Н.Г. Доронина. М.: КОНТРАКТ, 2023. С. 33–42.
12. Крепышева С.К. Основы криминалистической культуры правоприменения // Право. Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2019. № 6. С. 127–131.
13. Лазарев В.В. Государство в свете мемологии // Журнал российского права. 2020. № 3. С. 5–18.

14. Малышева Е.В., Бынев А.А. Меметика: проблемы и перспективы / Языковой дискурс в социальной практике: материалы международной конференции. Тверь: Тверской государственный университет, 2016. С. 148–151.
15. Мальцев Г.В. Культурные традиции права. М.: Норма, 2013. 607 с.
16. Милованова М.В., Терентьева Е.В. Интернет-мемы как актуальный феномен политической интернет-коммуникации в России // Гуманитарные и социальные науки. 2022. Т. 93. № 4. С. 58–66.
17. Поляков Е.М. Меметика: наука или парадигма? // Вестник ВГУ. Серия: Философия. 2010. № 2. С. 160–165.
18. Романов А.А. Механизмы распространения «вирусных» идей в инфосфере регулятивно-меметической реальности // Мир лингвистики и коммуникации. 2016. № 2. С. 1–19.
19. Сазонникова Е.В. Культурологизация конституционного правотворчества и правоприменения // Культура: управление, экономика, право. 2011. № 4. С. 7–8.
20. Синюков В.Н. Право XX и XXI веков: преемственность и новизна // Lex Russica. 2021. № 2. С. 9–21.
21. Степин В.С. Цивилизация и культура. СПб.: Университетское, 2011. 408 с.
22. Сырых В.М. Правовая культура общества — объективная основа действующего законодательства // Правовая культура. 2023. № 2. С. 30–40.
23. Тосунян Г.А., Санникова Л.В. Культура правотворчества в современной России // Государство и право. 2018. № 3. С. 28–34.
24. Честнов И.Л., Тонков Е.Н. (ред.). Культуральные исследования права. СПб.: Алетейя, 2018. 466 с.
25. Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2011. 704 с.
26. Blackmore S. The meme machine. Oxford: University Press, 1999. 258 p.
27. Claidière N., André J.-B. The transmission of genes and culture: a questionable analogy. *Evolutionary Biology*, 2012, vol. 39, pp. 12–24.
28. Cotterrell R. Law, culture and society: legal ideas in the mirror of social theory. Aldershot: Ashgate Publishing, 2006. 208 p.
29. Deakin S. Evolution for our time: a theory of legal memetics. *Current Legal Problems*, 2002, vol. 55, no. 1, pp. 1–42.
30. Dennet D.C. Consciousness explained. New York: Little, Brown and Company, 1991. 511 p.
31. Ghasemi M. Paradigms of cyberculturalism in post-postmodernity. In: T. Tsim-pouki et al. (eds) *American studies after postmodernism. Renewing the American narrative*. Cham: Palgrave Macmillan, 2024, pp. 309–328.
32. Henke C. Memetik und recht. *Humboldt Forum Recht*, 2007, no. 2, S. 13–26.
33. Heylighen F. Objective, subjective and intersubjective selectors of knowledge. *Evolution and Cognition*, 1997, no. 3, pp. 63–67.
34. Kirby A. Digimodernism. How new technologies dismantle the postmodern and reconfigure our culture. New York– London: Continuum, 2009. 290 p.
35. Lynch A. Thought contagion. How belief spreads through society. New York: Basic Books, 1996. 182 p.
36. Maurer B. The cultural power of law? Conjunctive readings. *Law & Society Review*, 2004, vol. 38, no. 4, pp. 843–850.

37. Nelken D. Comparative legal research and legal culture: facts, approaches, and values. *Annual Review of Law and Social Science*, 2016, vol. 12, pp. 45–62.
38. Rosen L. *Law as culture: an invitation*. Princeton: University Press, 2006. 232 p.
39. Samuels R. Automodernity: autonomy and automation after postmodernity. In: *New media, cultural studies, and critical theory after postmodernism. Education, psychoanalysis, and social transformation*. New York: Palgrave Macmillan, 2009, pp. 3–25.
40. Schlaile M.P. (ed.) *Memetics and evolutionary economics: to boldly go where no meme has gone before*. Cham: Springer International Publishing, 2021. 224 p.
41. Silbey S. Making a place for cultural analyses of law. *Law & Social Inquiry*, 1992, vol. 17, no. 1, pp. 39–48.
42. Sperber D. Conceptual tools for a natural science of society and culture. *Proceedings of the British Academy*, 2001, no. 111, pp. 297–317.



References

1. Baranova M.V. (2020) Law-cultural memes in a program communications society. In: *Law and statute in the programmed society (100th jubilee of Daniel Bell): collection of papers*. V.V. Lazarev (ed.). Moscow: Norma, pp. 126–132 (in Russ.)
2. Bekhterev V.M. (1999) *Selected works on personality psychology*. Vol. 2: Objective study of personality. Saint Petersburg: Aleteya, 281 p. (in Russ.)
3. Blackmore S. (1999) *The meme machine*. Oxford: University Press, 258 p.
4. Brodie R. (2007) *Virus of the mind. How your mind is programmed*. Moscow: Pokolenie, 304 p. (in Russ.)
5. Chestnov I.L., Tonkov E.N. (eds.) (2018) *Cultural studies of law*. Saint Petersburg: Aleteya, 466 p. (in Russ.)
6. Claidière N., André J.-B. (2012) The transmission of genes and culture: a questionable analogy. *Evolutionary Biology*, vol. 39, pp. 12–24.
7. Cotterrell R. (2006). *Law, culture and society: legal ideas in the mirror of social theory*. Aldershot: Ashgate Publishing, 208 p.
8. Dawkins R. (2013) *The selfish gene*. Moscow: AST, 245 p. (in Russ.)
9. Deakin S. (2002) Evolution for our time: a theory of legal memetics. *Current Legal Problems*, vol. 55, no. 1, pp. 1–42.
10. Dennet D.C. (1991) *Consciousness explained*. New York: Little, Brown and Company, 511 p.
11. Ehrlich E. (2011) *The foundation of the sociology of law*. Saint Petersburg: University, 704 p. (in Russ.)
12. Ghasemi M. (2024) Paradigms of cyberculturalism in post-postmodernity. In: T. Tsimpouki et al. (eds.) *American studies after postmodernism. Renewing the American narrative*. Cham: Palgrave Macmillan, pp. 309–328.
13. Gavrilova Yu. A. (2011) *The semantic field of law (philosophical and legal aspect)*. Volgograd: University, 154 p. (in Russ.)
14. Henke C. (2007) Memetik und recht. *Humboldt Forum Recht*, no. 2, S. 13–26.
15. Heylighen F. (1997) Objective, subjective and intersubjective selectors of knowledge. *Evolution and Cognition*, no. 3, pp. 63–67.
16. Kartashov V.N. (2019) *Legal culture, anti-culture and responsibility in the legal system of society*. Moscow: Prospekt, 352 p. (in Russ.)

17. Kerimov D.A. (1991) *Culture and technique of lawmaking*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 160 p. (in Russ.)
18. Kirby A. (2009) *Digimodernism. How new technologies dismantle the postmodern and reconfigure our culture*. New York– London: Continuum, 290 p.
19. Komarov A.S. (2023) Reform of national civil law in the transitional period. In: Private international law: continuity and development. Papers of international conference. N.G. Doronina (ed.). Moscow: Kontrakt, pp. 33–42 (in Russ.)
20. Krepysheva S.K. (2019) Basics of forensic law enforcement culture. *Vestnik Nizhegorodskogo Universiteta*=Bulletin of Nizhni Novgorod University, no. 6, pp. 127–131 (in Russ.)
21. Lazarev V.V. (2020) State in the light of memology. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 3, pp. 5–18 (in Russ.)
22. Lynch A. (1996) *Thought contagion. How belief spreads through society*. New York: Basic Books, 182 p.
23. Maltsev G.V. (2013) *Cultural traditions of law*. Moscow: Norma, 607 p. (in Russ.)
24. Malysheva E.V., Bynev A.A. (2016) Memetics: issues and perspectives. In: Linguistic discourse in social practice: papers of international conference. Tver: Tver State University, pp. 148–151 (in Russ.)
25. Maurer B. (2004) The cultural power of law? Conjunctive readings. *Law & Society Review*, vol. 38, no. 4, pp. 843–850.
26. Milovanova M.V., Terentjeva E.V. (2022) Internet memes as a relevant phenomenon of political Internet communication in Russia. *Gumanitarnye i socialnye nauki*=The Humanities and Social Sciences, vol. 93, no. 4, pp. 58–66 (in Russ.)
27. Nelken D. (2016) Comparative legal research and legal culture: facts, approaches, and values. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, pp. 45–62.
28. Polyakov E.M. (2010) The memetika: science or the paradigm? *Vestnik Voronezhskogo universiteta*=Bulletin of Voronezh State University, no. 2, pp. 160–165 (in Russ.)
29. Romanov A.A. (2016) Mechanisms for disseminating of “viral” ideas in information space of regulatory and memetic reality. *Mir lingvistiki i kommunikacii*=World of Linguistics and Communication, no. 2, pp. 1–19 (in Russ.)
30. Rosen L. (2006) *Law as culture: an invitation*. Princeton: University Press, 232 p.
31. Samuels R. (2009) Automodernity: autonomy and automation after postmodernity. In: New media, cultural studies, and critical theory after postmodernism. Education, psychoanalysis, and social transformation. New York: Palgrave Macmillan, pp. 3–25.
32. Sazonnikova E.V. (2011) Cultural studies of constitutional lawmaking and law enforcement. *Kultura: upravlenie, ekonomika, pravo*=Culture: Management, Economy, Law, no. 4, pp. 7–8 (in Russ.)
33. Schlaile M.P. (ed.) (2021) *Memetics and evolutionary economics: to boldly go where no meme has gone before*. Cham: Springer International, 224 p.
34. Silbey S. (1992) Making a place for cultural analyses of law. *Law & Social Inquiry*, vol. 17, no. 1, pp. 39–48.
35. Sinyukov V.N. (2021) Law of the 20th and 21st centuries: continuity and innovations. *Russkiy zakon*=Lex Russica, no. 2, pp. 9–20 (in Russ.)
36. Sperber D. (2001) Conceptual tools for a natural science of society and culture. *Proceedings of the British Academy*, no. 111, pp. 297–317.

37. Stepin V.S. (2011) *Civilization and culture*. Saint Petersburg: University, 408 p. (in Russ.)
 38. Syrykh V.M. (2023) Legal culture in society as objective basis for current legislation. *Pravova kultura*=Legal Culture, vol. 53, no. 2, pp. 30–40 (in Russ.)
 39. Tosunyan G.A., Sannikova L.V. (2018) Culture of law-making in modern Russia. *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, no. 3, pp. 28–34 (in Russ.)
 40. Vilovatykh A.V. (2018) Memetics as an instrument for modern informational confrontation. *Problemy natsionalnoi strategii*=Issues of National Strategy, no. 5, pp. 141–154 (in Russ.)
 41. Voloshin V.V. (2023) Meme and memetics: epistemological angle. *Vestnik Tul'skogo gosudarstvennogo universiteta*=Bulletin of Tula State University, no. 1, pp. 224–237 (in Russ.)
 42. Zinovieva N.A. (2016) Translation of socio-cultural codes in the creation of an information product: analysis of Internet memes. Candidate of Sociological Sciences Summary. Saint Petersburg, 26 p. (in Russ.)
-

Информация об авторе:

М.В. Залоило — кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник.

Information about the author:

M.V. Zaloilo — Candidate of Sciences (Law), Leading Researcher.

Статья поступила в редакцию 13.12.2023; одобрена после рецензирования 06.05.2024; принята к публикации 17.06.2024.

The article was submitted to editorial office 13.12.2023; approved after reviewing 06.05.2024; accepted for publication 17.06.2024.

Научная статья

УДК: 347.441

JEL: K15, K24

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.57.83

Способы волеизъявления сторон в условиях цифровой трансформации: актуальные тренды правоприменения



**Евгения Евгеньевна Фролова¹,
Алиса Михайловна Берман²**

^{1,2} Российский университет дружбы народов имени Патриса Лумумбы, Россия
117198, Москва, Миклухо-Маклая ул., 6,

¹ frolova_ee@pfur.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1852-0085>

² berman_am@pfur.ru, <https://orcid.org/0000-0003-0257-9127>



Аннотация

Авторы рассматривают современные способы волеизъявления сторон в условиях цифровой трансформации и их влияние на практику правоприменения. Особое внимание уделяется таким аспектам, как цифровизация, смарт-контракты, click-wrap, browse-wrap и shrink-wrap соглашения, а также использование биометрической идентификации для совершения сделок. Также подвергается анализу новый тренд — использование эмодзи как замены подписи на договоре. Исследована зарубежная и отечественная судебная практика, свидетельствующая о придании эмодзи юридического значения. Отдельное внимание уделено вопросам кибербезопасности в контексте цифровых сделок. Предложено авторское видение понимания смарт-контрактов, click-wrap соглашения, browse-wrap соглашения, shrink-wrap соглашения. Анализируются преимущества и риски использования данных инструментов, а также предлагаются рекомендации к обеспечению правовой действительности, безопасности и эффективности таких цифровых сделок. Прослеживается тенденция кратного роста новых цифровых явлений, заслуживающих правового регулирования, идущих в ногу со стремительным проникновением в сферу имущественных правоотношений технологий, революционизирующих

ее принципиально новыми возможностями предпринимательской деятельности. Ими создан диапазон новых категорий, в той или иной мере становящихся объектами правового регулирования или заслуживающими того, чтобы стать ими — «большие данные», «блокчейны», «цифровые активы», «цифровые права» и др. Цифровая трансформация, интегрируясь в предпринимательскую деятельность, качественно изменяет ее. Зачастую весь процесс от момента заключения сделки до ее завершения совершается в электронном виде. Для успеха экономического сотрудничества необходимо создание быстрых и гибких способов разрешения споров. Достигнуть данных целей возможно за счет интегрирования в данный процесс современных информационно-телекоммуникационных технологий. Общей тенденцией в процессе разрешения споров является переход к электронной форме. Анализируется отечественная и зарубежная литература, посвященная выявлению роли и значения права в регулировании отношений, связанных с цифровизацией, и делается вывод, что правовая наука приступила к масштабному и глубокому исследованию содержания и методов регулирования отношений по поводу искусственного интеллекта.



Ключевые слова

воля сторон; цифровизация; смарт-контракт; click-wrap соглашения; browse-wrap соглашения; shrink-wrap соглашения; биометрическая идентификация; эмодзи; кибербезопасность.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-28-00157, <https://rscf.ru/project/23-28-00157/>

Для цитирования: Фролова Е.Е., Берман А.М. Способы волеизъявления сторон в условиях цифровой трансформации: актуальные тренды правоприменения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 57–83. DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.57.83

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

Research article

Expression of the Parties' Will in Context of Digital Transformation: Current Trends in Law Enforcement



Evgenia E. Frolova

Peoples' Friendship Lumumba University, 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russia, frolova_ee@pfur.ru.



Alisa M. Berman

Peoples' Friendship Lumumba University, 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russia, berman_am@pfur.ru.



Abstract

In the article authors examine modern ways of expression of will of the parties in the context of digital transformation and their impact on the practice of law enforcement. Specific attention is paid to such aspects as digitalization, smart contracts, click-wrap, browse-wrap and shrink-wrap agreements, as well as the use of biometric identification for transactions. A new trend — the use of emoji as a substitute for a signature in a contract — is also analyzed. The article examines foreign and domestic judicial practice, which testifies to the legal significance of emojis. Special attention is paid to cybersecurity issues in the context of digital transactions. The author's vision of understanding smart contracts, click-wrap agreements, browse-wrap agreements, shrink-wrap agreements is proposed. Benefits and risks of using these tools are analyzed and recommendations for ensuring the legal validity, security and efficiency of such digital transactions are offered. There is a trend of multiple growth of new digital phenomena that deserve legal regulation, keeping pace with the rapid penetration of technologies into the sphere of property relations, revolutionizing it with fundamentally new business opportunities. They have created a range of new categories that, to one degree or another, become objects of legal regulation or deserve to become them — “big data”, “blockchains”, “digital assets”, “digital rights” and others. Digital transformation, integrating into entrepreneurial activity, qualitatively changes it. Often, the entire process from the moment of conclusion of the transaction to its completion is carried out electronically. For the most effective economic cooperation, it is necessary to create fast and flexible ways to resolve disputes. It is possible to achieve these goals by integrating modern information and telecommunication technologies into this process. The general trend in the dispute resolution process is the transition to electronic form. The authors analyze the domestic and foreign literature devoted to identifying the role and importance of law in regulating relations of digitalization and conclude that legal science has begun a large-scale and in-depth study of the content and methods of regulating relations regarding artificial intelligence.



Keywords

expression of the parties' will; digitalization; smart contract; click-wrap agreements; browse-wrap agreements; shrink-wrap agreements; biometric identification; emoji; cyber security.

Acknowledgements: The study was carried out at the expense of the grant of the Russian Science Foundation No. 23-28-00157, <https://rscf.ru/project/23-28-00157/>

For citation: Frolova E.E., Berman A.M. (2024) Expression of the Parties' Will in the Context of Digital Transformation: Current Trends in Law Enforcement. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 57–83 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2024.3.57.83

Введение

Современное общество находится в процессе цифровой трансформации, что существенно влияет на все аспекты его жизни. Технологии меняют наш мир, делая его более многоохватным, стреми-

тельным и комфортным. Цифровая трансформация затрагивает не только экономику, но и, например, образование, здравоохранение и государственное управление. Не менее подвержена цифровой трансформации и сфера юридических правоотношений. Все большее значение приобретают электронные средства коммуникации: электронная почта, сообщения в мессенджерах, электронные документы, онлайн-встречи. Наблюдается существенный рост электронного документооборота, который сохраняет высокие темпы: 2023 год начался с увеличения объемов электронного документооборота на 35%¹. Правда, общий массив договорной работы в бумажном виде пока доминирует над электронным документооборотом².

Необходимость развития цифровой трансформации подчеркивается на государственном и на наднациональном уровнях. Так, цифровая трансформация определена Президентом Российской Федерации в качестве одной из национальных целей развития России на период до 2030 года³. Страны Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС) также видят цифровизацию экономики в качестве приоритетного направления развития их сотрудничества. Подчеркивается, что цифровые технологии имеют большой потенциал для развития экономики и облегчения взаимодействия между странами-членами ЕАЭС⁴.

Одним из основных изменений в сфере юридических правоотношений, вызванных цифровой трансформацией, является разнообразие способов волеизъявления. Цифровая трансформация также сделала процесс волеизъявления более доступным и удобным. Если рассматривать публично-правовые аспекты волеизъявления, то благодаря цифровизации сегодня можно голосовать через Интернет или мобильные приложения удаленно, без необходимости посещения избирательных участков, участвовать в обсуждении законопроектов онлайн, подписывать петиции и выражать мнение об общественных инициативах, не выходя из дома.

Кроме того, цифровизация способствует повышению уровня информированности граждан. Сегодня каждый может получить доступ

¹ Available at: URL: https://kontur.ru/press/news/38567-rynok_edo_prodolzhaet_rasti (дата обращения: 07.12.2023)

² Available at: URL: <https://www.dk.ru/news/237188660?erid=LjN8KTcdp> (дата обращения: 07.12.2023)

³ Указ Президента Российской Федерации от 21.07.2020 № 474 «О национальных целях развития Российской Федерации на период до 2030 года». Available at: URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/45726> (дата обращения: 19.12.2023)

⁴ Available at: URL: <https://eec.eaeunion.org/news/tsifrovizatsiya-i-sozдание-sovmestnykh-investproektov-stanut-prioritetami-dlya-caes/> (дата обращения: 07.12.2023)

к информации о событиях в режиме реального времени, что позволяет принимать обоснованные решения и активнее участвовать в общественной жизни.

В частноправовой сфере влияние цифровизации на способы волеизъявления в первую очередь проявляется применительно к договорным отношениям. С развитием цифровых технологий появилась возможность заключать договоры онлайн [Ермакова Е.П., Протопопова О.В., 2023:152]. Электронные документы и подписи позволили сторонам заключать договоры дистанционно, облегчая и ускоряя этот процесс. Использование цифровой подписи также значительно упростило и ускорило оформление договоров.

Одним из основных изменений, вызванных цифровой трансформацией, стало появление смарт-контрактов. Эти наборы программных кодов выполняют функции обычных договоров, автоматизируя и упрощая процессы заключения и исполнения сделок. Смарт-контракты неразрывно связаны с блокчейн-технологиями, что дает сторонам возможность заключать безопасные и прозрачные сделки [Rusakova E. et al., 2023:749]

Кроме того, цифровая трансформация влияет на регистрацию и учет договоров. Сетевые платформы поставляют средства создания, хранения и управления массивом электронных документов практически любого размера, что делает процесс их регистрации и учета более удобным, а также способствует сокращению бумажной работы.

Однако с ускорением и распространением цифровой трансформации возрастает потребность в защите данных, конфиденциальности и безопасности сообщаемых компьютерной системе сведений, в том числе при использовании смарт-контрактов. С развитием цифровизации растет риск кибератак, способных угрожать безопасности всей цифровой системы не только в рамках технических мощностей юридического лица, но и государства в целом. В доктрине проблема информационной безопасности, защиты персональных данных и данных, обладающих конфиденциальностью, отмечается в качестве одной из ключевых проблем, встающих в связи с цифровизацией различных правоотношений [Гроник И.А., 2023: 1123]; [Хабриева Т.Я., 2022: 257].

Цифровая трансформация обогащает способы волеизъявления в договорных отношениях, делая заключение сделок доступнее, быстрее и удобнее, но при этом вызывает появление новых юридических препятствий безопасности и защите интересов сторон. Цифровизация открывает новые возможности формирования деловых и правовых отношений внедрением инновационных способов выра-

жения воли сторон. Однако она также создает новые вызовы правоприменению и требует разработки дополнительных подходов к установлению достоверности и подлинности такого волеизъявления.

Растущий как в отечественной, так и в зарубежной доктрине круг публикаций, посвященных выявлению роли и значения права в регулировании отношений, связанных с повсеместной цифровизацией, выступает свидетельством того, что доктрина приступила к масштабному и глубокому исследованию содержания и методов регулирования отношений связанных с искусственным интеллектом, электронными субъектами и др.

В настоящей статье авторами при помощи правового анализа, аналогии, сравнительно-правового метода, теоретического обобщения и др., рассмотрены наиболее актуальные способы волеизъявления сторон, появившиеся в условиях цифровой трансформации. Проанализированы профильное регулирование, правоприменительная практика, формируемые в данной сфере в России и зарубежных странах.

1. Смарт-контракт как способ волеизъявления

Современное общество разработало формы построения отношений, которые в момент, требующий действий, направленных на исполнение договоренностей, не требуют непосредственного участия ни одной из сторон. Одной из таких форм является автоматическое исполнение условий договора компьютерной системой, которая заранее знает, что и при каких условиях необходимо сделать, называемое смарт-контрактом.

Несмотря на часто встречающееся понимание смарт-контрактов как особого вида договоров, все же правильнее называть их особой формой совершения сделки, исполнения обязательства или обеспечения ее исполнения, в которой договоренности сторон достигнуты консенсуально, путем предварительного обоюдного волеизъявления заключить договор на условиях, которые нельзя будет изменить или просрочить. Дальнейшее исполнение договора, сделок и условий, заложенных в его содержание, происходит без участия сторон, путем выполнения алгоритма электронной вычислительной машины. Поскольку исключение возможности влиять на исполнение договора в одностороннем порядке является главной причиной выбора сторонами именно такого способа совершить сделку, они в наибольшей мере заинтересованы в сохранении неизменности достигнутых договоренностей: если одна из сторон получит доступ к смарт-контракту, являющемуся по сути набором строк программного кода,

написанного программистом, такая сторона сможет всеобъемлюще влиять на дальнейшую судьбу договора.

Противодействовать этому в большинстве случаев можно только включением смарт-контракта в соответствующий блокчейн — неизменяемую цепочку информации, содержащую условия заключения и содержание каждого добавленного в нее смарт-контракта. Внесение условий сделки в специальную систему блокчейна обеспечивает невозможность изменить условия исполнения в будущем за счет принципов существования блокчейна — ранее внесенный и утвержденный пользователями блокчейна элемент (как правило, на основе принципа “proof of stake”, позволяющего подтвердить достоверность каждого блока за счет «валидаторов», обладающих существенной долей расчетных единиц блокчейна) уже не может быть изменен и становится неотъемлемой частью всех последующих записей.

Однако неизменяемость не является единственной причиной использования смарт-контрактов. Прозрачность процесса исполнения договора, необратимость последствий автоматического исполнения, прослеживаемость всех этапов исполнения с фиксацией хронологии до мельчайших деталей — совокупность этих факторов делает смарт-контракты привлекательными для бизнеса. Практическая применимость смарт-контрактов в рамках защиты авторских прав наглядно иллюстрируется в доктрине [Купчина Е.В., 2023: 236].

При этом неизменяемость и невозможность повлиять на последующее исполнение часто становится и главным недостатком, отталкивающим стороны от использования смарт-контрактов. Но недостатком не единственным: смарт-контракты имеют и другие недостатки, например, связанные с отсутствием устойчивой юридической базы, регулирующей деятельность блокчейна как платформы для существования смарт-контракта и технологий, заложенных в структуру самоисполнения. Большинство стран до сих пор не определило юридический статус блокчейна, что выводит его за пределы правового поля. Некоторые государства и вовсе выразили намерение полностью запретить обращение цифровых активов в своей юрисдикции, что пагубно влияет на внедрение блокчейна и смарт-контрактов в бизнес-среду.

При этом модернизация частно-публичных отношений путем внедрения смарт-контрактов наилучшим образом повлияла бы на решение проблем: автоматическое внесение стороны договора в реестр недобросовестных поставщиков при просрочке поставки товара для государственных или муниципальных нужд, перевод любых действий, связанных с внесением изменений в государственные

реестры, из ручного режима в автоматический режим администрирования при помощи смарт-контрактов, когда компьютерная программа сама проверяет соблюдение необходимых условий и вносит необходимую запись в реестр. Более того, и сферы за пределами гражданско-правового регулирования могли бы быть улучшены за счет внедрения в сопутствующие исполнению процессы смарт-контрактов: моментальное направление жалобы руководству при пропуске сотрудником времени приема посетителя, автоматическое возвращение искового заявления при несоблюдении обязательных требований, зачисление ребенка в списки детских садов, направление заказа на производство и бронирование квоты на выдачу бионических протезов при выделении субсидии государством или оплате необходимых расходов пациентом, и многое другое.

Однако реализуемость всех преимуществ смарт-контрактов напрямую зависит от того, как самоисполнимое условие было сформулировано сторонами на этапе формирования договоренностей, а также как оно было понято техническим специалистом, который перенес содержание договоренностей в программный код. Проблема толкования открытых условий договора в разрезе цифровой трансформации подчеркивается в доктрине [Русакова Е.П., Хузяттов А.А., 2023: 180].

При этом неверно называть смарт-контракт формой волеизъявления сторон. Легитимность исполнения обязательств при наступлении определенных обстоятельств без отдельно выраженного дополнительного волеизъявления сторон законодатель закрепил еще в 2019 году, тем самым узаконив автоматизированное исполнение обязательств⁵. Действие, которое направлено на исполнение обязательства, не является выражением воли, а лишь триггером реализации предварительно согласованных договоренностей путем выполнения заранее определенного порядка шагов, операций. Автоматизированное выполнение обязательства не происходит случайно, компьютерная программа выполняет заранее заданное решение, согласованное сторонами договора.

При этом волеизъявление сторон на заключение договора посредством участия в создании и исполнении смарт-контракта является надлежащим. Тем не менее назвать такой способ кардинально изменяющим подход к определению волеизъявления сторон проблематично — все же цели его использования иные.

⁵ Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. № 12. Ст. 1224.

Имеет перспективы разработка и внедрение организованной системы требований к смарт-контрактам, например, в формате единого свода правил заключения смарт-контрактов, содержащего, помимо прочего, технические требования к конфиденциальности и характеристикам исполняющей его системы. Такие правила могли бы устанавливать разные уровни смарт-контрактов и регулировать сферу их применения: выполнение наиболее жестких требований (вплоть до контролирования процесса разработки используемой системы) позволило бы автоматически вносить изменения в публичные реестры, соблюдение минимальных уровней требований исключило бы необходимость судебных тяжб по вопросам исполнения сделок на основе смарт-контрактов и позволило бы перевести их в сферу приказного производства.

2. Click-wrap соглашения

Это форма пользовательского соглашения, используемого в цифровой среде. С развитием интернет-платформ и электронной коммерции потребность в простых и удобных способах заключения договоров стала настоящей. Пользователи хотели получить доступ к программам, онлайн-сервисам и другим цифровым продуктам без необходимости тратить много времени на оформление документов. Основное преимущество данных соглашений заключается в удобстве их использования — пользователь может принять условия соглашения без необходимости распечатывать, подписывать и отправлять бумажные документы, так как принятие условий происходит проставлением галочки или нажатием на кнопку «Согласен», «Купить» (или аналогичную).

Такие соглашения широко применяются в интернет-бизнесе и являются удобным и рациональным способом заключения соглашений с пользователями цифровых продуктов или услуг. Обычно данные соглашения используются при установке программного обеспечения, регистрации на веб-сайте или использовании онлайн-сервисов.

Указанные соглашения появились на рубеже 1990-х и 2000-х годов в США в связи с распространением Интернета и онлайн-коммерции. Американские суды определяют понятие данного соглашения как «сообщение, представленное пользователю на его или ее экране компьютера, которое требует, чтобы пользователь согласился с условиями соглашения посредством нажатия на иконку»⁶.

⁶ Specht v. Netscape Communications Corp., 150 F.Supp.2d 585, 45 UCC Rep. Serv.2d 1 (S.D.N.Y 2001).

Рассматриваемые соглашения могут включать различные правила и условия использования, политики конфиденциальности, лицензионные соглашения и другие важные правовые аспекты. Они дают владельцам онлайн-платформ средство защиты своих прав и интересов, например, в случае спора с пользователями, и при этом не затрудняют последним работу с функционалом веб-сайта.

Несмотря на все удобство, использование таких соглашений не лишено правовых трудностей. Для юридической обязательности соглашений важно, чтобы пользователь ознакомился с их условиями и выразил согласие. Разработчики и провайдеры услуг должны обеспечить техническую возможность, чтобы условия этих соглашений были доступны для ознакомления перед принятием, например, путем прикрепления ссылки на полный текст соглашения или изложения его содержания на той же странице. Кроме того, важно, чтобы процесс принятия соглашения был прозрачным — пользователь должен осознанно и явно выразить согласие. Без подобных мер предосторожности рассматриваемые соглашения станут предметом судебных споров в рамках оспаривания их обязательности и соответствия применимому праву.

Таким образом, при спорах в правоотношениях, основанных на таких соглашениях, встает правовой вопрос: действительно ли пользователь полностью осознал и согласился с условиями соглашения, поскольку оно было принято путем клика, были ли условия соглашения ясно сформулированы и доступны пользователю для ознакомления? Некорректное сообщение юридически значимой информации или скрытые условия приводят к претензиям пользователей и даже оспариванию соглашений.

Чтобы узаконить акцепт оферты, размещенной в Интернете, проставлением галочки или нажатием кнопки «Согласен», рекомендуется в условиях самой оферты непосредственно закреплять, что такие действия приравниваются к акцепту. Данный вывод подтверждается судебной практикой. Так, в одном из дел судом были изучены условия оферты, которая предусматривала, что договор на приобретение авиабилетов считается заключенным в момент проставления отметки в виде «галочки» в графе «Я принимаю соглашение и условия возврата и обмена» на последнем этапе оформления заказа на сайте либо нажатия на кнопку «Купить билет» в мобильном приложении⁷. Суд пришел к выводу, что осуществление данных действий

⁷ Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 20.03.2018 по делу № 33-11423/2018. Available at:

подтверждает факт ознакомления пользователя с условиями оферты и согласия с ними.

Также стоит рассмотреть несколько дел, ставших прецедентами в США в сфере подобных соглашений. Данные дела обозначают критерии, при которых суды США признают их юридическую силу.

Дело *Forrest v. Verizon* может служить примером использования одного из таких соглашений и его юридической силы. В этом деле между потребителем и Verizon возник спор из-за одного из условий соглашения: хотя пользователь согласился с условиями соглашения путем клика (что было необходимо для завершения транзакции), он утверждал, что Verizon не уведомил его о спорном условии. Суд исследовал соглашение и отметил, что оно было трудночитаемым, объемом около 13 страниц, а поле, в котором оно было размещено, было небольшим. При этом оспариваемое условие было расположено практически в конце данного соглашения. Несмотря на эти факторы, суд встал на сторону Verizon, придя к выводу, что потребитель был в должной степени уведомлен обо всех условиях соглашения. Суд сравнил возможность прокрутки Интернет-страницы со стандартным многостраничным договором и указал на основной принцип заключения договоров — когда лицо подписывает договор, который оно имело возможность прочитать, оно должно быть связано соглашением, независимо от того, прочитало ли оно его или нет.

Вывод: наличие у сторон соглашения возможности ознакомиться с его условиями и выразить согласие с ними считается надлежащим сообщением содержания соглашения, несмотря на «малозаметность» его условий, был поддержан и в деле *DeJohn v. The .TV Corporation*.

Однако существует и противоположная практика, показывающая, что при несоблюдении отдельных требований *click-wrap* соглашение может быть признано недействительным. В деле *Sgouros v. TransUnion Corp* суд принял решение о том, что соглашение в целом и арбитражная оговорка, содержащаяся в нем, в частности, не имеют юридической силы, поскольку «оформление и язык сайта» не обеспечили пользователю «разумного уведомления» о том, что нажатие кнопки покупки отчета о кредитном рейтинге будет означать согласие на передачу всех споров на рассмотрение третейского суда. К такому выводу суд пришел на основании следующих обстоятельств: арбитражная оговорка не была видна во всплывающем окне; сайт не привлекал внимание пользователя к арбитражной

оговорке каким-либо другим способом; сайт не требовал от пользователя прокручивать страницу до нижней части окна (при этом суд отметил, что сама по себе возможность прокручивания не является «достаточным условием для создания обязательного договора»); термин «Соглашение об обслуживании» ничего не говорил «о том, что регулируется соглашением»; кнопка с надписью «Я принимаю» фактически вводила потребителя в заблуждение, заставляя думать, что это было согласие только с условиями авторизации.

В рамках углубленного анализа таких соглашений неизбежен и вопрос о том, может ли нажатие «галочки» рядом с условиями означать не согласие, а что-то другое. В деле *Scherillo v. Dun & Bradstreet* потребитель утверждал, что несмотря на то, что он фактически нажал на кнопку согласия, он не подразумевал согласия на заключение договора. Суд с данным доводом не согласился и указал, что разумный среднестатистический человек не стал бы нажимать «да» в поле для согласования, если бы он действительно не давал своего согласия.

В России законодатель не определил правовой природы таких соглашений и законодательно не установил условий их использования. Хотя эти соглашения уже стали частью нашей повседневной «онлайн-жизни», до сих пор идут споры: являются ли они договорами, заключаемыми посредством обмена электронными документами, договорами, заключаемыми посредством конклюдентных действий, или они вообще не имеют юридической силы? В связи с этим необходимо изучение зарубежного правового регулирования в данной области.

В США такое регулирование содержится в двух актах: Едином законе об электронных транзакциях (1999 Uniform Electronic Transactions Act)⁸ и Законе об электронных подписях (2000 Electronic Signatures Act)⁹. Оба закона признают, что нажатие на кнопку или установка флажка в поле, чтобы выразить согласие, отвечает требованию, по которому подписывающее лицо должно продемонстрировать «намерение подписать». В актах изложены руководящие принципы электронного соответствия. В Едином законе об электронных транзакциях прямо говорится, что определение электронной подписи включает «стандартный процесс кликов по веб-странице».

Таким образом, юридическая сила рассматриваемых соглашений по общему правилу признается как в России, так и в других странах. Однако действительность каждого соглашения зависит от многих фак-

⁸ Available at: https://www.approveme.com/wp-content/uploads/2021/10/UETA_Final-Act_1999.pdf (дата обращения: 16.01.2024)

⁹ Available at: <https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/Electronic-Signatures-in-Global-and-National-Commerce-Act> (дата обращения: 16.01.2024)

торов. Для повышения вероятности признания судом действительности соглашения следует придерживаться следующих рекомендаций: соглашение должно быть размещено на заметном месте на веб-сайте или в мобильном приложении; способ согласования условий соглашения должен быть недвусмысленным; в соглашении должно содержаться указание на то, что, принимая условия, пользователь становится стороной юридического соглашения, с условиями которого он согласился. Если использование сайта предполагает регистрацию, то данные действия рекомендуется совершать еще на этапе регистрации (то есть как последний шаг создания учетной записи). Если в соглашение вносятся какие-либо изменения, даже незначительные, каждый из пользователей должен быть уведомлен об этих изменениях.

3. Browse-wrap соглашения

Такие соглашения являются еще одной разновидностью онлайн-контрактов. Они являются формой соглашения об использовании (terms of service), которая обычно размещается на веб-сайте и доступна по ссылке на нем. Особенность этого соглашения в том, что оно не требует от пользователя совершения дополнительных действий для выражения согласия с условиями. Согласие предполагается, если пользователь продолжает пользоваться сайтом или скачивает программное обеспечение.

Так как в отличие от click-wrap соглашения для заключения browse-wrap соглашения не требуется даже клика, использование этого второго из видов соглашений вызывает существенные правовые трудности. Например, отсутствие требования о получении активного согласия пользователя может вызвать споры — был ли пользователь в курсе условий соглашения и вообще факта его существования? При этом установить, что пользователь был в курсе и согласился с условиями такого вида соглашения, трудно, а иногда технически невозможно. Поэтому суды могут не признавать данные соглашения юридически обязывающими, если они не являются однозначными, доступными и понятными пользователю. Статистика разбирательств в американских судах показала, что в 2020 году только 14% споров, возникших на основании этих соглашений, было решено в пользу владельцев сайта. Это является самой негативной практикой среди трех исследуемых типов онлайн-соглашений¹⁰.

¹⁰ Available at: URL: <https://ironcladapp.com/journal/contract-management/are-browsewrap-agreements-enforceable/#:~:text=Browsewrap%20agreements%20>

В контексте browse-wrap соглашений особого внимания заслуживает дело *Specht v. Netscape*. Признается, что данное дело сформировало современное понятие об онлайн-соглашениях. Так, на веб-сайте, предназначенном для скачивания программного обеспечения, компания Netscape разместила в нижней части экрана формулировку: «Пожалуйста, ознакомьтесь и согласитесь с условиями». При этом от пользователей не требовалось совершать активных действий для подтверждения согласия с условиями. Проанализировав данные обстоятельства, суд пришел к заключению, что нажатие потребителем на кнопку загрузки не означает согласия с условиями договора, если потребитель не был очевидно информирован, что нажатие кнопки означает согласие с условиями. В указанном деле соглашение было признано неисполнимым.

К аналогичному выводу суды пришли в деле *Hines v. Overstock.com*, так как единственное уведомление о юридической силе соглашения содержалось только в нем самом, что не позволяло потребителю узнать об этом до перехода на страницу соглашения.

В 2005 году Апелляционный суд штата Иллинойс вынес решение в пользу действительности browse-wrap соглашения в деле *Hubbert v. Dell Corp.* Суду подлежало оценить, был ли потребитель уведомлен об условиях соглашения. Исследовав сайт, суд установил, что постоянно на разных страницах сайта потребителям демонстрировалась надпись: «Все продажи регулируются положениями и условиями продажи Dell», — которая сопровождалась гиперссылкой на сами условия. Суд пришел к выводу, что такая многократная демонстрация и визуальный эффект заставили бы разумного человека узнать о содержании условий. Это указывает на уровень осведомленности о существовании соглашения, а значит, и на надлежащее уведомление.

Критерий повторяемости сообщения об условиях совершения определенных действий на веб-сайте также использовался в качестве доказательства действительности browse-wrap соглашения и в других делах, например, в деле *Cairo v. CrossMedia Services*. В данном деле решающую роль сыграло то, что Cairo использовал сайт CrossMedia Services неоднократно и не мог не видеть на нем уведомления о таком соглашении. Таким образом, чем больше у пользователя возможностей увидеть уведомление о существовании browse-wrap соглашения, тем больше вероятность, что суд признает действительность такого соглашения.

(also%20referred%20to,often%20presented%20via%20a%20hyperlink (дата обращения: 19.01.2024)

Однако в отдельных делах суды признают, что повторяемости недостаточно. В деле *Nguyen v. Barnes and Noble, Inc* фигурировал сайт, на котором ссылка на условия его использования размещалась в левом нижнем углу каждой страницы сайта. Суд признал, что такое соглашение не имеет законной силы, ибо не обеспечивает разумного уведомления пользователей об условиях. Обусловлено это было тем, что только перейдя по данной ссылке, пользователь мог увидеть уведомление о том, что, посещая сайт Barnes and Noble или совершая какие-либо действия на нем, он принимал условия его использования.

Аналогичным образом в деле *In re Zappos.com, Inc., Customer Data Security Breach Litigation* окружной суд округа Невада вынес решение против условий использования Zappos.com, представленных в виде browse-wrap соглашения, указав, что их оформление не было заметным и что ни один разумный пользователь не смог бы прочесть соглашение. Суд сделал вывод, что нельзя утверждать, что истцы когда-либо видели условия использования сайта, не говоря уж о том, что они выразили свое согласие с ними. Условия использования не были заметны, они находились среди множества других ссылок и веб-сайт никогда не направлял пользователей к ним. В связи с этим ни у одного разумного пользователя не было бы причин нажимать на условия использования. Сторона не может согласиться с условиями, о которых она не знает или о которых конструктивно не уведомлена, а малозаметная гиперссылка, затерянная в множестве других ссылок, не обеспечивает такого уведомления. Поскольку истцы не соглашались с условиями, договор не был заключен и их нельзя понудить к арбитражному разбирательству. Суд подчеркнул, что появление Интернета не изменило основных требований к договору: соглашение не существует без акцепта (явного проявления согласия).

Поэтому, хотя browse-wrap соглашение считается действительным даже без явного согласия пользователя (что подтверждается правоприменительной практикой), все же многие провайдеры услуг стараются убедиться в том, что пользователи формально подтверждают свое согласие с условиями, например, с помощью чекбокса или иных механизмов. Так, законодательство Канады о договорах предусматривает требование: оферта и ее условия должны быть доведены до сведения пользователя, доступны для ознакомления и каким-либо образом приняты пользователем. При этом практика свидетельствует, что использование сайта, содержащего уведомление о browse-wrap соглашении, соответствует данным требованиям. Это подтверждается в том числе делом *Century 21 v. Rogers Communications*. Интересно, что в данном деле суд ссылаясь на прецеденты, сформированные не в Канаде, а в США.

Одна из проблем использования этих соглашений возникает при изменении их условий. В деле *Harris v. Blockbuster, Inc.* рассматривалось соглашение с условием: «Blockbuster может в любое время и по своему усмотрению вносить изменения в настоящие Условия использования, включая, без ограничения, Политику конфиденциальности, с уведомлением или без него. Такие изменения вступают в силу сразу после их публикации. Вы соглашаетесь периодически просматривать настоящие Условия использования, и Ваше дальнейшее использование данного Сайта после внесения таких изменений будет означать Ваше согласие с этими измененными Условиями использования. Если Вы не согласны с какими-либо изменениями настоящих Условий использования, Вы должны немедленно прекратить использование Сайта». Оценив данное условие, суд пришел к выводу, что данное условие незаконно и пользователь должен быть уведомлен о любом изменении соглашения, а также должно быть получено новое согласие пользователя с измененными условиями соглашения.

Таким образом, даже при отсутствии однозначного правового регулирования правоприменение свидетельствует о допустимости заключения соглашений в рассматриваемом формате. Однако для повышения шансов признания заключенного таким способом договора действительным следует соблюдать ряд требований: на каждой странице сайта (на видном месте) информировать пользователя, что условия использования сайта урегулированы *browse-wrap* соглашением, давать ссылку на его условия, — т.е. информация о том, что, посещая сайт или совершая действия на нем, пользователь принимает условия соглашения, должна быть донесена до сведения пользователя еще до перехода по ссылке на его условия. При изменении условий соглашения все пользователи должны быть уведомлены об этом (например, посредством электронной рассылки информации зарегистрированным пользователям или обновленного всплывающего баннера на самом сайте) для того, чтобы дальнейшее использование сайта свидетельствовало об их согласии с новыми условиями. Это позволит судам при использовании теста «разумного человека» сделать вывод, что пользователю были созданы все условия для ознакомления с положениями соглашения.

4. Shrink-wrap соглашения

Данные соглашения также являются одним из видов соглашений, заключаемых путем получения волеизъявления стороны посред-

ством Интернета. Их особенность в том, что иногда пользователь не имеет возможности ознакомиться с условиями соглашения заранее и принять их до момента оплаты и установки программного обеспечения или открытия упаковки с товаром (происхождение термина связано с обозначением действия по упаковке на английском языке). После совершения этих действий, чтобы обязательства, указанные в соглашении, вступили в силу, пользователь обычно должен либо активным действием согласиться с условиями при помощи предоставленных средств (например, нажать кнопку «Согласен» при установке программы), либо продолжить использовать продукт или услугу после того, как ознакомился с предупреждением о существовании юридически обязывающего соглашения.

Этот вид соглашений часто используют для программного обеспечения или других цифровых продуктов, реализуемых посредством физических носителей, например, компакт-диски или DVD. Такие соглашения обычно содержат условия использования продукта или услуги, а также ограничения и ответственность, связанные с их использованием. Правовые споры вокруг этих соглашений связаны с тем, что условия соглашения не могут быть изучены потребителем, пока он не оплатит и не вскрыет товар. Фактически потребитель должен согласиться с соглашением, условия которого ему неизвестны.

Рассматриваемые соглашения могут быть подвержены судебному оспариванию и быть признаны недействительными, если их условия не являются разумными или если пользователю не было сделано должное предупреждение о существовании и условиях соглашения. Тем не менее создателям программного обеспечения и других продуктов часто все же удается защитить свои интересы при помощи таких соглашений. Общая тенденция законодательства и юридической практики направлена на баланс между интересами правообладателей и защитой прав потребителей при использовании данного вида соглашений.

Одним из первых прецедентов, сформированных в сфере shrink-wrap соглашений, является дело ProCd Inc v. Zeidenburg. Потребитель приобрел базу данных телефонных справочников на компакт-диске, содержащем специальное уведомление о наличии лицензионного соглашения. При установке программного обеспечения на экране компьютера пользователя было уведомление с описанием лицензионного соглашения, которое, в свою очередь, потребовало нажатия флажка для согласия с его условиями. Потребитель нарушил требования лицензии, санкционировавшей использование программного обеспечения только для некоммерческих целей.

Исследовав вопрос действительности лицензионного соглашения, суд постановил, что shrink-wrap лицензия действительна и исполнима. Суд подчеркнул, что, хотя сообщение на внешней стороне диска содержало не лицензию, а только уведомление о наличии такой лицензии, это не вынуждало потребителя к покупке. Кроме того, по условиям лицензионного соглашения покупатель мог вернуть пакет розничному продавцу, если он не был согласен с условиями соглашения. Таким образом, покупатель после установки программного обеспечения имел должную возможность изучить лицензию и вернуть продукт при несогласии, тем самым не допустив нарушения условий его использования. Однако покупатель, наоборот, указал на согласие с соглашением, нажав на соответствующий флажок. Таким образом, суд постановил, что shrink-wrap лицензия является действительной и имеющей юридическую силу, поскольку возможность возврата товара, на который распространяется действие лицензии, предусмотрена продавцом, а несогласие покупателя с условиями такого соглашения может быть выражено путем возврата товара продавцу.

Знаковым для данной сферы также является дело *Tony Brower et al v. Gateway 2000, Inc. et al*. Истцы приобрели компьютерные и программные продукты у Gateway 2000. Вместе с товарами они получили стандартное соглашение о положениях и условиях Gateway 2000, которое предусматривало, что соглашение станет обязательным для сторон, если потребитель не вернет товар в течение 30 дней. Суд подтвердил, что в shrink-wrap сделках при размещении заказа или даже при получении товара между сторонами не возникает юридически обязывающих условий, предусмотренных соглашением. Договор между сторонами возникает только по прошествии 30-дневного срока, в течение которого потребитель должен изучить условия соглашения. Факт того, что стороны не обладают равной переговорной позицией сам по себе не делает соглашение недействительным, так как при несогласии с условиями потребитель вправе отказаться от использования товара и вернуть его продавцу.

Примечательно, что в данном соглашении содержалась арбитражная оговорка о передаче всех споров на рассмотрение в Международный арбитражный суд при Международной торговой палате (ИСС). Суд счел, что в этой части соглашение было недобросовестным и недействительным, в связи с чем не подлежало применению. Дело в том, что по правилам Палаты для подачи требований по спору на сумму менее 50 000 дол. США необходимо авансом уплатить сборы ИСС в размере 4 000 дол., из которых 2 000 дол. не подлежат возвра-

ту, даже если потребитель выигрывает дело. Указанный размер сбора существенно превышал стоимость большинства продуктов Gateway 2000. Суд счел это положение недобросовестным и значительно ограничивающим право потребителей на защиту их прав. Поэтому суд передал дело в верховный суд штата с ходатайством направить стороны в арбитражное разбирательство к арбитру, выбранному судом в соответствии с Федеральным законом об арбитраже.

Юридическую силу рассматриваемым соглашениям придают и законодательные акты США. Так, разделы 112 и 209 Единого закона о сделках с компьютерной информацией (2000 Uniform Computer Information Transaction Act)¹¹ предусматривают, что согласие с договором может быть выражено особым поведением покупателя: если потребитель разрывает упаковку и использует компакт-диск после ознакомления с условиями и положениями его использования, это означает, что он выразил согласие с условиями. При этом непонятно: считается ли надлежащим образом заключенным соглашение, условия которого сообщаются пользователю поэтапно: при загрузке компакт-диска после разрыва упаковки на экране компьютера могут появиться дополнительные условия, которые включают и первоначальные условия лицензии. Имеют ли эти условия ту же юридическую силу и считаются ли они принятыми автоматически?

Из раздела 208(2) Единого закона о сделках с компьютерной информацией следует, что если потребитель изначально был уведомлен о том, что условия будут предложены в процессе использования продукта позднее, и последние были приняты пользователем, то договор, включающий их в себя, считается заключенным. Если более поздние условия были отвергнуты, то договор не считается заключенным в соответствии с разделом 209(b) Единого закона о сделках с компьютерной информацией.

Если подытожить выводы, сделанные судами, то для действительности shrink-wrap соглашений следует соблюдать следующие принципы: размещать уведомление о shrink-wrap соглашении на внешней части упаковки, чтобы потребитель мог узнать об этом ранее ее вскрытия, предусматривать возможность возврата товара, если покупатель не согласен с условиями его использования. В таком случае юридически обязывающее соглашение будет заключено между сторонами в момент истечения срока возврата товара.

¹¹ Available at: URL: https://wsba.org/docs/default-source/legal-community/sections/bus/resources/bus_publications_ucita_000628.pdf?sfvrsn=9a3d3ef1_6 (дата обращения: 17.01.2024)

5. Использование биометрической идентификации для совершения сделок

Биометрические данные — это биологические и поведенческие характеристики, которые являются уникальными для каждого человека. К биометрическим данным относятся отпечатки пальцев, голос, черты лица, радужная оболочка глаза и другие индивидуальные особенности человека. Если биометрические данные человека являются уникальными, то могут ли они быть использованы вместо подписи для совершения сделки? Еще недавно положительный ответ на этот вопрос казался чем-то из области научной фантастики, но в последнее время использование биометрических данных при совершении простых ежедневных операций стало реальностью.

По инициативе Минцифры России и Банка России разработана государственная информационная система, обеспечивающая сбор биометрических персональных данных (изображение лица человека и запись его голоса), их хранение и использование для идентификации (определения личности физического лица) и аутентификации (проверки подлинности) пользователей — Единая биометрическая система¹². Минцифры России также является оператором другой государственной информационной системы, которую условно можно назвать «электронным паспортом», с помощью которого происходит аутентификация (т.е. получение санкционированного доступа) в различных государственных, муниципальных и иных информационных системах (например, на Госуслугах) — Единая система идентификации и аутентификации.

Использование Единой биометрической системы и Единой системы идентификации и аутентификации по общему правилу приравнивается к предъявлению документов, удостоверяющих личность физического лица (за исключением случаев, когда в силу закона требуется представление исключительно оригинала такого документа)¹³.

На текущий момент сообщение физическими лицами их биометрических персональных данных является правом, а не обязан-

¹² Пункт 4 статьи 2, часть 4 статьи 3 Федерального закона от 29.12.2022 № 572-ФЗ «Об осуществлении идентификации и (или) аутентификации физических лиц с использованием биометрических персональных данных, о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (далее — Закон № 572-ФЗ). Available at: URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/405951675/> (дата обращения: 20.01.2024)

¹³ Статья 11 Закона № 572-ФЗ.

ностью¹⁴. Поэтому выполнение государственных, муниципальных функций, оказание услуг, выполнение работ или купля-продажа товаров не могут быть поставлены под условие обязательного прохождения идентификации и (или) аутентификации с применением биометрических персональных данных. Если физическое лицо отказалось от прохождения идентификации и (или) аутентификации с использованием его биометрических персональных данных, ему не может быть отказано, например, в получении государственной услуги¹⁵.

Где же применяется Единая биометрическая система? В большинстве случаев — в банковской сфере при открытии счета или вклада, подаче заявки на кредит. В 2021 году кредитные организации (а также ряд иных организаций) были уполномочены проводить без присутствия клиента при помощи Единой биометрической системы и Единой системы идентификации и аутентификации все операции и сделки¹⁶. До этого такое право распространялось только на открытие и ведение счета (вклада) клиента—физического лица, кредитование клиентов—физических лиц, а также на переводы денежных средств по таким счетам (при соблюдении установленных законом условий).

На бытовом уровне мы также сталкиваемся с совершением сделок при помощи биометрической идентификации: примером служит возможность бесконтактной оплаты проезда в московском метро при помощи изображения лица человека — так называемая технология Face Pay, используемая с 2020 года. Аналогичная технология используется в смартфонах для покупки различных приложений.

Ключевая трудность повсеместного использования биометрических данных связана с необходимостью их защиты. Получение доступа к таким данным — безусловная цель киберпреступников, ибо биометрия открывает доступ к сделкам с недвижимостью и управлению банковскими продуктами. Утверждать, что данные полностью защищены от утечки, пока невозможно. Ведь способы хранения биометрических данных существенно не отличаются от хранения других персональных данных (хотя биометрические данные хранятся в зашифрованном виде на защищенных серверах), утечки которых происходят регулярно. Так, например, в 2022 году суд оштрафовал сеть лабораторий «Гемотест» за утечку 300 гигабайт персональных

¹⁴ Часть 11 статьи 3 Закона № 572-ФЗ.

¹⁵ Части 12, 13 статьи 3 Закона № 572-ФЗ.

¹⁶ Пункт 5.8 статьи 7 Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма». Available at: URL: <https://base.garant.ru/12123862/> (дата обращения: 20.01.2024)

данных миллионов клиентов¹⁷. Однако при размере штрафа (всего 60 000 руб.) последствия такой утечки для пострадавших граждан и наказание для оператора персональных данных являются несоизмеримыми, что не стимулирует компании, работающие с персональными данными, к усовершенствованию уровня их защиты.

6. Эмодзи как эквивалент подписи на договоре

Уже много лет мессенджеры являются неотъемлемой составляющей делового общения. В мессенджерах обсуждаются условия сделок, детали различных операций, а с недавнего времени — заключаются договоры. Переписка в мессенджерах в текстовом формате уже используется в качестве средства доказывания. Однако переписка может состоять не только из слов, но и из эмодзи — различных картинок и смайликов, изображающих действия и состояния, которые используются вместо слов. В связи с этим возникают вопросы: может ли эмодзи быть расценено как эквивалент подписи на договоре? Какова правовая природа эмодзи и имеют ли эмодзи правовое значение?

Арбитражный суд Краснодарского края рассмотрел дело о неисполнении договора купли-продажи мобильного торгового киоска¹⁸. Ответчик настаивал, что не исполнил договор из-за того, что истцом не были утверждены цвета, в которые должен был быть окрашен киоск (цвета подлежали утверждению путем заключения дополнительного соглашения в установленные договором сроки). Однако в договоре было прямо установлено, что стороны признают юридическую силу всех документов, тексты которых получены по каналам связи (электронная почта с указанными в договоре адресами сторон, а также телефонные номера (WhatsApp)), наравне с составленными в простой письменной форме. В связи с этим истец предъявил переписку в WhatsApp, подтверждающую, что стороны обсуждали цвет киоска. В этой переписке в ответ на предложение ответчика по выбору цвета истец направил эмодзи «большой палец вверх».

Суды первой и апелляционной инстанций по результатам оценки данного доказательства сделали вывод, что «данный знак в обычно

¹⁷ Постановление мирового судьи судебного участка № 281 района Вешняки города Москвы от 08.07.2022 по делу № 05-0564/287/2022. Available at: URL: <https://mos-sud.ru/287/cases/docs/content/ed16638f-04e1-404a-b395-66135fefdd8f> (дата обращения: 22.01.2024)

¹⁸ Решение Арбитражного суда Краснодарского края от 20.04.2023 по делу № А32-36944/2022. Available at: URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/MWk41Uxx4rLl/> (дата обращения: 21.01.2024)

принятом и распространенном понимании при общении посредством электронной переписки означает «хорошо». Суд апелляционной инстанции подчеркнул, что: «Заявитель жалобы [ответчик], указывая на возможность различных интерпретаций данного изображения, иного разумного понимаемого значения данного изображения не предложил. В последующей переписке значение данного ответа не уточнил, из чего следует, что ответчик воспринял данный ответ как согласие, не требующее дополнительного объяснения»¹⁹. Таким образом, суд фактически признал юридическую силу эмодзи.

Придание эмодзи правового значения свойственно не только российскому правоприменителю. Суд канадской провинции Саскачеван за два месяца до решения российского суда также постановил, что эмодзи «большой палец вверх» может служить подтверждением подписания договора²⁰. Согласно фабуле дела в 2021 году покупатель намеревался приобрести партию льна. Условия поставки покупатель и поставщик оговорили по телефону. По результатам договоренностей покупатель направил поставщику фотографию договора поставки с просьбой подтвердить его. В ответ покупатель получил от поставщика эмодзи «большой палец вверх». Однако лен не был доставлен вовремя, в связи с чем покупатель подал иск в суд.

Позиция истца строилась на том, что он ранее уже получал эмодзи в качестве подтверждения факта заключения договора. Ответчик же утверждал, что эмодзи подтверждало факт не заключения договора, а получения файла с текстом договора. Суд подчеркнул, что эмодзи «не является традиционным способом подписания документа», но все равно встал на сторону истца, указав, что «это было законным способом выражения тех целей, которые имеет обычная подпись».

Россия и Канада не являются первопроходцами в формировании практики квалификации направления эмодзи в качестве юридического факта. Согласно статистике, собранной профессором права Э. Голдманом, американские суды в 2019-2022 годах упоминали эмодзи «большой палец вверх» в 37 судебных актах²¹.

Судебная практика свидетельствует, что эмодзи могут иметь юридическое значение. Если их использование будет массовым, логично будет ожидать разъяснений Верховного Суда Российской Феде-

¹⁹ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.06.2023 по делу № А3236944/2022. Available at: <https://sudact.ru/arbitral/doc/Bc8fmwwZhIrK/> (дата обращения: 21.01.2024)

²⁰ South West Terminal Ltd. v Achter Land, 2023 SKKB 116 (CanLII).

²¹ Available at: <https://blog.ericgoldman.org/archives/2022/10/a-million-dollar-thumbs-up-emoji-lightstone-v-zinntex.htm> (дата обращения: 23.12.2023)

рации, так как пока правовое значение эмодзи вызывает множество вопросов: подтверждает ли эмодзи получение сообщения или является свидетельством акцепта оферты? Может ли эмодзи относиться не к последнему сообщению в беседе, а к более раннему сообщению? Должны ли при толковании эмодзи учитываться возраст, профессия или индивидуальные привычки человека? При толковании эмодзи должно учитываться только его словарное значение или также общий контекст сообщения?

Отрицать правовое значение эмодзи бессмысленно. Специфику развития цифровой коммуникации необходимо учитывать в выстраивании бизнес-процессов. Для повышения предсказуемости гражданского оборота, реализуемого с помощью цифровых технологий, при возникновении договорных отношений необходимо однозначно фиксировать в договоре — придают ли стороны юридическую силу переписке, совершенной посредством мессенджеров и социальных сетей, или нет. Кроме того, использование эмодзи следует рассматривать не только с точки зрения исполнения договорных обязательств, но и с точки зрения возможности ущерба чести и достоинству участника переписки, клеветы, а также иных административных правонарушений или даже уголовных преступлений. Так, в 2015 году в США сообщение без текста, но с изображением трех эмодзи — сжатый кулак, указывающий направо палец, скорая помощь — послужило основанием задержания двух человек²². Такие случаи уже не являются исключением, а становятся все более распространенной практикой.

Авторы статьи придерживаются позиции, что при оценке эмодзи в качестве доказательства суды должны не только исходить из его буквального значения, но и учитывать предыдущий опыт общения лиц (их предшествующую переписку), общий контекст, а также использовать «независимый тест» для оценки поведения сторон — как понял бы сообщение любой другой обычный разумный человек в подобных обстоятельствах. При этом привлечение эксперта для определения значения эмодзи не должно быть обязательным элементом разбирательства, так как это может привести к существенному затягиванию и удорожанию рассмотрения и разрешения спора.

²² Digital trends. 2015. Available at: <https://www.digitaltrends.com/social-media/two-men-arrested-for-sending-threatening-emoji-over-facebook/> (дата обращения: 23.12.2023)

Заключение

Цифровая трансформация значительно изменила способы волеизъявления сторон, упрощая и ускоряя процессы совершения сделок и улучшая доступ к информации. Внедрение смарт-контрактов позволило автоматизировать исполнение условий сделок, устраняя необходимость проведения дополнительных проверок и вовлечения посредников. Технология блокчейна гарантировала сохранность внесенных в систему данных и невозможность их подделывания, чем способствовала созданию неизменяемой, безопасной и прозрачной среды, в которой появились смарт-контракты как способы совершения сделок. Рассмотренные выше разновидности онлайн-контрактов все чаще используются в цифровых сделках, упрощая процесс получения согласия с условиями использования продукта или услуги от пользователя.

Цифровые технологии открыли и будут открывать новые возможности модернизации и расширения способов волеизъявления сторон, упрощая совершение сделок, но требуя внимания к безопасности и прозрачности сделок. Волеизъявление сторон с использованием биометрической идентификации создает наибольший уровень аутентификации подписанта и подтверждает личность участников сделки, но не гарантирует безопасности сообщения данных в учетную систему. Растущая популярность использования эмодзи в качестве способа волеизъявления раскрывает новые аспекты интерпретации и признания таких символов как средства выражения согласия на заключение договора.

В условиях цифровой трансформации повышенное внимание следует уделять кибербезопасности, чтобы предотвратить угрозы и риски, связанные с совершением сделок в онлайн-среде. Кроме того, новые цифровые инструменты волеизъявления сторон требуют дополнительной правовой регламентации для устранения возможных проблем их использования, выявляемых в рамках правоприменения.



Список источников

1. Гроник И.А. Трансформация цифровых способов разрешения споров в Индии // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2023. № 4. С. 1113–1124.
2. Ермакова Е.П., Протопопова О.В. Цифровые права и цифровые отношения // Евразийский юридический журнал. 2023. № 7. С. 152–155.
3. Купчина Е.В. Защита прав авторов при помощи смарт-контрактов // Евразийский юридический журнал. 2023. № 5. С. 235–238.

4. Купчина Е.В. Защита прав на цифровые объекты интеллектуальной собственности // Евразийский юридический журнал. 2023. № 8. С. 133–136.
5. Осипов Г.В., Хабриева Т.Я. Цифровизация: социология и право, концепция и практика социализации // Экономические стратегии. 2022. № 1. С. 6–19.
6. Русакова Е.П., Хуззяттов А.А. Искусственный интеллект как механизм восполнения открытых условий договора // Евразийский юридический журнал. 2023. №7. С. 179–184.
7. Русакова Е.П., Фалькина Г.Ю. Подходы к регулированию смарт-контрактов: опыт ЕС // Евразийский юридический журнал. 2023. № 10. С. 47– 51.
8. Русакова Е.П., Сергеев К.Б. Зарубежный опыт применения цифровых технологий в гражданском судопроизводстве // Евразийский юридический журнал. 2023. № 7. С. 214–218.
9. Синицын С.А. Международное частное право: некоторые тенденции развития, традиционные и новеллизационные институты // Журнал российского права. 2024. № 1. С. 35–52.
10. Хабриева Т.Я. Технологические революции и их проекция в праве // Вопросы истории. 2022. № 2. С. 256–270.
11. Dremluga R., Koshel A. Can artificial intelligence author laws: a perspective from Russia. *Journal of Politics and Law*, 2020, vol. 13, no. 3, pp. 286–295.
12. Ermakova E.P. Blockchain, metaverses and NFT in civil procedure and arbitration Russia China and USA. *Bulletin of People's Friendship University. Law*, 2023, no. 1, pp. 148–165.
13. Mamychev A.Y., Miroshnichenko O.I. Legal deontological regulation of artificial intelligence and robotic technologies: current conditions and perspectives In: *Modern Global Economic System: Evolutional Development vs. Revolutionary Leap*. Cham: Springer, 2021, pp. 938–946.
14. Miroshnichenko O.I., Mamychev A.Y. Digital platforms and cloud technologist in post-capitalist discourse: a doctrinal and legal perspective. *Smart Innovation, Systems and Technologies*. Singapore: Springer, 2022, pp. 3–15.
15. Rusakova E., Gorbacheva A., Kupchina E. Implementation of the smart-contract construction in the legal system of Russia / *International Conference on Education, Social Sciences and Humanities*. Istanbul: Ocerint, 2019, pp. 748–753.



References

1. Dremluga R., Koshel A. (2020) Can artificial intelligence author laws: a perspective from Russia. *Journal of Politics and Law*, vol. 13, no. 3, pp. 286–295.
2. Ermakova E.P. (2023) Blockchain, metaverses and NFT in civil procedure and arbitration in Russia, China and USA. *Vestnik Universiteta Druzhby narodov. Jurisicheskie nauki*=Bulletin of People's Friendship University. Law, no. 1, pp. 148–165.
3. Ermakova E.P., Protopopova O.V. (2023) Digital rights and digital relations. *Evrziskiy juridicheskiy zhurnal*=Eurasian Law Journal, no. 7, pp. 152–155 (in Russ.)
4. Gronik I.A. (2023) Transformation of digital dispute resolution methods in India. *Vestnik Universita Druzhby narodov. Juridicheskie nauki*=Bulletin of People's Friendship University. Law, no. 4, pp. 1113–1124 (in Russ.)
5. Khabrieva T.Ya. (2022) Technological revolutions and their projection in law. *Voprosy istorii*=Questions of History, no. 2, pp. 256–270 (in Russ.)

6. Kupchina E.V. (2023) Protection of authors' rights with the help of smart contracts. *Evraziyskiy juridicheskiy zhurnal*=Eurasian Law Journal, no. 5, pp. 235–238 (in Russ.)
7. Kupchina E.V. (2023) Protection of rights to digital intellectual property objects. *Evraziyskiy juridicheskiy zhurnal*=Eurasian Law Journal, no. 8, pp. 133–136 (in Russ.)
8. Mamychyev A.Y., Miroshnichenko O.I. (2021) Legal deontological regulation of artificial intelligence and robotic technologies: current conditions and perspectives In: Modern Global Economic System: Evolutional Development vs. Revolutionary Leap. Cham: Springer, pp. 938–946.
9. Miroshnichenko O.I., Mamychyev A.Y. (2022) Digital platforms and cloud technologist in post-capitalist discourse: a doctrinal perspective. Smart Innovation, Systems and Technologies. Singapore: Springer, pp. 3–15.
10. Osipov G.V., Khabrieva T.Ya. (2022) Digitalization: sociology and law, concept and practice of socialization. *Ekonomicheskie strategii*=Economic Strategies, no. 1, pp. 6–19 (in Russ.)
11. Rusakova E. et al. (2019) Implementation of the smart-contract construction in the legal system of Russia. International conference on education, social sciences and humanities. Istanbul: Ocerint, pp. 748–753.
12. Rusakova E.P., Khuziyatov A.A. (2023) Artificial intelligence as a mechanism for fulfilling open contract terms. *Evraziyskiy juridicheskiy zhurnal*=Eurasian Law Journal, no. 7, pp. 179–184 (in Russ.)
13. Rusakova E.P., Sergeev K.B. (2023) Foreign experience in the use of digital technologies in civil proceedings. *Evraziyskiy juridicheskiy zhurnal*=Eurasian Law Journal, no. 7, pp. 214–218 (in Russ.)
14. Rusakova E.P., Falkina G.Yu. (2023) Approaches to regulation of smart contracts: EU experience. *Evraziyskiy juridicheskiy zhurnal*=Eurasian Law Journal, no. 10, pp. 47–51 (in Russ.)
15. Sinitsyn S.A. (2024) International private law: development trends, traditional and civilizational institutions. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 1, pp. 35–52 (in Russ.)

Информация об авторах:

Е.Е. Фролова — доктор юридических наук, профессор.

А.М. Берман — старший преподаватель.

Information about the authors:

E.E. Frolova — Doctor of Sciences (Law), Professor.

A.M. Berman — Senior Lecturer.

Статья поступила в редакцию 15.06.2024; одобрена после рецензирования 25.07.2024; принята к публикации 12.08.2024.

The article was submitted to editorial office 15.06.2024; approved after reviewing 25.07.2024; accepted for publication 12.08.2024.

Научная статья

УДК: 347; 347.44

JEL: K15

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.84.105

Категория «слабая сторона гражданского правоотношения» в условиях цифровизации



Алексей Александрович Волос

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,
volosalexey@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5951-1479>.



Аннотация

Статья посвящена ключевым вопросам квалификации субъекта, использующего цифровые технологии для целей возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей, в качестве слабой стороны таких отношений. Целью исследования является рассмотрение особенностей категории «слабая сторона гражданского правоотношения» и ее потенциальное правоприменительное значение в связи с происходящими в настоящее время процессами цифровизации общества. Для достижения этой цели автор в первой части работы рассматривает общие вопросы понимания слабой стороны в частном праве, во второй части — специфику защиты слабой стороны в цифровой среде. Далее в рамках исследования анализируются проблемы охраны интересов слабых субъектов в отдельных отношениях в цифровой среде (в сделках по поводу цифровых прав и иных цифровых активов, объектов интеллектуальной собственности, в корпоративных отношениях). Сделан вывод, что сущность и признаки слабой стороны должны определяться критериями, отличными от специфики статуса. Слабость субъекта складывается из трудности осуществления конкретного субъективного права или ряда субъективных прав в рамках определенного правоотношения. Основой гарантированности механизма охраны интересов слабой стороны в онлайн-пространстве должен стать критерий транспарентности, заключающийся в том, что порядок заключения и исполнения договоров, содержание публичных оферт, возможные механизмы расторжения и прекращения договорных отношений должны быть открыты и понятны. Кроме того, любой участник таких отношений должен иметь доступ к необходимой по договору информации. Сделан принципиальный вывод о назначении правил о договоре присоединения для целей охра-

ны интересов слабой стороны: нормы ст. 428 Гражданского кодекса Российской Федерации формируют дефиницию и критерии слабой стороны. Помимо этого, в статье доказано, что технические средства, нейросети, инструменты LegalTech могут быть использованы в целях создания новых механизмов охраны законных интересов слабой стороны.



Ключевые слова

слабая сторона; договорное право; свобода договора; добросовестность; цифровое право; цифровые права; криптовалюта; миноритарии.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-78-01055, <https://rscf.ru/project/23-78-01055/>

Для цитирования: Волос А.А. Категория «слабая сторона гражданского правоотношения» в условиях цифровизации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 84–105. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.3.84.105

Research article

Concept of Weak Party in Civil Matter in Context of Digitalization



Aleksei A. Volos

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,
volosalexey@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5951-1479>.



Abstract

The article is devoted to key issues connected with qualification of subject in civil relation as a weak party. According to the author's aim it is chosen the situation when the subject uses the digital technologies for the purpose of forming, changing, termination of civil rights and duties. It is considered how we can use the methodological decisions of the issue connected with the definition of the category "weak party in civil relation". It can be significant in order to understand the directions of effective protection of weak party in civil relation under the circumstances of digitalization. The purpose of the research is to examine the features of the category "weak party of civil relation" and its transformation in the case of the digital transformation in society. To achieve the purpose the author in the first part of the research studies the general issues of the theory of weak party in civil relation. The second part of the article is connected with the unique features of weak party in civil relation in the case of the digitalization. Then it is discussed the issue arising from the protecting weak party's interests in several cases connected with digital sphere (digital rights, digital assets, corporate relations, intellectual property). It was concluded the weak party's essence and features should not be determined by the criteria of the legal status. The weakness of a party is the result of the difficulty of the

specific rights' exercising or of the several rights' exercising in certain civil relation. The author's point is that the basis of weak party protection in digital sphere is the criteria of transparency. It is meant that the procedure of contractual concluding and executing, the public offer's content, possible mechanisms of termination should be open and understandable ones. Moreover, any participant in the relation should have access to all the information required by a specific agreement. Also, according to the author's point, the rules of adhesion contract have a special purpose. It has a sense to use the Article 428 of the Civil Code of Russia for clearing definition and criteria of weak party. The most useful instruments of weak party protection are the rules of norms interpretation and the rules of contractual interpretation.



Keywords

weak party; contract law; freedom of contract; good faith; digital law; digital rights; cryptocurrency; minority shareholders.

Acknowledgments: The study was carried out with the financial support of a grant from the Russian Science Foundation № 23-78-01055, <https://rscf.ru/project/23-78-01055/>

For citation: Volos A.A. (2024) Concept of Weak Party in Civil Matter in Context of Digitalization. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 84–105 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2024.3.84.105

Введение

Проблемы защиты прав и законных интересов слабой стороны гражданского правоотношения давно находятся в центре внимания различных исследований. Фактически начало дискуссии было положено в 1999 году Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ; КС), который сделал вывод, что граждане-вкладчики являются слабой стороной в отношениях с банком¹. После этого появилось большое количество работ, в которых изучались понятие, признаки, меры охраны слабой стороны. В настоящее время заявленная тематика приобретает особую значимость.

Во-первых, и теории, и практике непонятно признание слабой стороны в предпринимательской сфере. Тот факт, что не только гражданин-потребитель, но и субъект B2B-сектора может выступать слабой стороной, общепризнан на уровне высших судов², но критерии квалификации в последнем случае вызывают вопросы правоприменителя. Так, сегодня немаловажным направлением стала охрана интересов индивидуальных предпринимателей, использующих платформы элек-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23.02.1999 г. № 4-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 1999. № 3.

² См., напр.: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.03.2014 № 16 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

тронной коммерции в качестве средства осуществления своей деятельности. Платформы, в частности, маркетплейсы, имеют очевидную возможность навязывания невыгодных договорных условий контрагентам.

Во-вторых, в условиях цифровизации имеет интерес формирование критериев недобросовестного осуществления гражданских прав в Интернете. Злоупотребления, связанные с использованием современных технологий, приводят к нарушению прав некоторых наименее защищенных категорий граждан и предпринимателей: создаются новые способы воздействия на субъектов, в том числе в целях склонения к заключению договоров.

Разумеется, не во всех случаях, связанных с вышеуказанными, слабой стороне гражданского правоотношения должна предоставляться безальтернативная защита, скажем, путем права на свободный выход из договора. Однако решение ряда проблем видится через принципы гражданского права, в том числе с использованием категории «слабая сторона».

Приведем два примера, иллюстрирующих актуальность заявленной темы. Все более популярной становится точка зрения, что субъекты, использующие смарт-контракт в качестве инструмента автоматического исполнения своих обязательств, не могут защищать в судебном порядке свои права, возникающие из такого договора. Стороны конклюдентными действиями отказываются от права на судебную защиту и могут претендовать лишь на рассмотрение потенциального спора на специальной онлайн-площадке. Делается прямой акцент на том, что никакие правила о слабой стороне не могут быть применены к таким отношениям³. Но при этом упускается из виду, что смарт-контракт — это особая технология, специфический способ реализации прав и исполнения обязанностей. Исходя из свободы договора, стороны могут договориться, что смарт-контракт выполняет функции письменной формы договора [Kaulartz M., Neckmann J., 2016: 622]. Однако то, что лишь сам факт использования какого-либо оборудования, пусть даже обладающего уникальными характеристиками, должен приводить к автоматическому отказу от применения принципов частного права при споре между сторонами — очень сомнительный вывод, противоречащий фундаментальным цивилистическим понятиям.

Так, блокчейн на первый взгляд выглядит альтернативной моделью обеспечения легитимности государственных органов, но при ближай-

³ Так, например, в рамках круглого стола «Блокчейн в праве: метод, форма сделки или отношение?» в НИУ ВШЭ Р.М. Янковский, говоря о смарт-контрактах на блокчейне, отметил, что к ним не применимы подходы, связанные со слабой стороной договора. Available at: URL: https://vk.com/vaalawyer?w=wall26237917_2307%2Fall (дата обращения: 04.03.2024)

шем рассмотрении создается впечатление, что это всего лишь новая технология, которая выводит проблемы регулирования отношений на новый уровень [Kasl F., 2018: 15].

Другой вопрос связан с обсуждением планируемого специального правового регулирования маркетплейсов⁴. На данный момент имеется проект закона, который еще предстоит обсуждать, в том числе на предмет возможных коллизий с иным законодательством (Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ; ГК)⁵, Законом РФ «О защите прав потребителей»⁶ и др.). Представители онлайн-площадок предлагают собственное видение перспектив развития законодательства в данной сфере, к примеру, постулирование клиентоориентированности в качестве принципа регулирования рассматриваемых отношений. Однако данная категория является экономической и она не в полной мере корреспондирует принципу защиты слабой стороны в гражданском правоотношении. Именно последний должен оставаться принципом регулирования частного права, а не экономические категории.

В рамках настоящей статьи предпринята попытка разрешения проблемы трансформации научных представлений о категории «слабая сторона гражданского правоотношения» (ее сущности, признаках, механизмах охраны прав и законных интересов) в условиях цифровизации общества. Автор ставит целью рассмотреть отдельные виды правоотношений, прежде всего те, в которых цифровая трансформация проявляется наиболее явно ввиду экономической специфики, позитивного законодательства и судебной практики, формирования деловых традиций и других критериев: сделки по поводу цифровых прав и иных активов, корпоративные отношения, отношения по поводу объектов интеллектуальной собственности.

1. Общие вопросы понимания слабой стороны

Что такое — слабая сторона, каковы перспективы применения указанной категории в современной практике? Приходится признать, что существование обсуждаемого концепта в цивилистической теории вызывает споры. Большое количество ученых и практикующих юристов

⁴ См.: На факультете права прошел круглый стол «Перспективы законодательного регулирования электронной торговли и маркетплейсов». Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/news/896639856.html> (дата обращения: 04.03.2024)

⁵ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁶ См.: Закон РФ 07.12.1992 «О защите прав потребителей» № 2300-1 // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

относятся к этой идее скептически. В частности, идея защиты слабой стороны традиционно встречает активное противодействие в теории английского контрактного права [O'Sullivan J., Hillard J., 2016: 5].

Основные аргументы, позволяющие сомневаться в необходимости защиты слабой стороны нормами частного права, сводятся к следующему. Во-первых, существование самой категории входит в формальное противоречие с принципом юридического равенства субъектов частноправовых отношений, предполагающего прежде всего равенство их правового статуса и начального положения.

Во-вторых, особенности формирования дефиниции слабой стороны в теории привели к тому, что ее применение стало расширяться, понятию потенциально могут соответствовать самые разные участники гражданского оборота. Если раньше к традиционным примерам слабой стороны относили граждан-потребителей и работников по трудовому договору, то затем стали говорить о субъекте малого предпринимательства. Сейчас в зависимости от того или иного критерия отнести к слабой стороне можно значительное количество участников оборота. Так, в одном из судебных дел обсуждались перспективы признания слабой стороной крупной нефтяной компании, поскольку последняя не являлась профессиональным участником спорных правоотношений⁷. В связи с этим концепция, изначально подразумевающая направленность на охрану наименее защищенных субъектов, причем только в исключительных случаях, может стать излишне широкой и личностной, привязанной к самым различным физическим и юридическим лицам.

В-третьих, слабая сторона при определенных условиях получает возможность злоупотребления правами. Актуальность приобретают дискуссии о «потребительском терроризме» в В2С-отношениях [Белов В.А., 2021: 22] или использовании миноритариями своего положения при принятии корпорацией решения. Слабая сторона в некоторых случаях становится сильной стороной, способной в свою очередь навязывать условия контрагенту.

В-четвертых, в ряде правоотношений не совсем ясно, какой субъект является слабой стороной. Так, в договорах перевозки пассажира потребитель — слабая сторона в силу своего статуса. Вместе с тем законодатель дополнительно предоставляет особые права перевозчику, так как его деятельность связана с особыми условиями (вспомним о специфике регулирования воздушных или морских перевозок).

Заслуживают внимания некоторые из аргументов С.В. Третьякова, обсуждавшего научные взгляды Р. Хейла. Последний доказывал, что в

⁷ См.: Дело А40-3903/2017. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/cbc16d5e-6662-49e4-99c4-bff4952e3451> (дата обращения: 06.03.2024)

любом гражданском отношении есть элемент принуждения. Из этого вытекает, что «все время будет риск того, что экономически более сильная сторона будет принуждать экономически более слабую сторону в невыгодном для последнего выборе». Поэтому правопорядку следует делегировать широкие возможности вмешиваться в эти отношения. Однако такая трактовка функций публичной власти не оставляет места автономии воли, на которой зиждется частное право [Третьяков С.В., 2022: 309–310].

Закономерный вопрос: могут ли приведенные доводы рассматриваться в качестве опровергающих идею необходимости защиты слабой стороны гражданского правоотношения? Сразу следует дать отрицательный ответ, потому что в законодательстве последовательно реализуются нормы, направленные на создание дополнительных механизмов охраны законных интересов слабой стороны [Карапетов А.Г., 2020: 92], т.е. формальных оснований отказа от рассматриваемой концепции нет.

При этом общетеоретические построения о слабой стороне должны быть уточнены в целях преодоления фундаментальных проблем, о которых сказано выше. Так, стоит разобраться в понятии и основных признаках слабой стороны. Ее традиционно выявляют в правоотношениях и связывают с правовым статусом: потребителя, субъекта малого предпринимательства, работника, беременной женщины и т.п. Такие строгие теоретические рассуждения приводят к ряду логических противоречий. Например, исключительно по формальным основаниям трудно назвать работника по сравнению с работодателем слабой стороной, ведь с точки зрения объема прав и обязанностей правовой статус работника существенно выгоднее. Ясно, что работодатель имеет возможность экономического, организационного, психологического воздействия на работника, но в таком случае понятие слабой стороны становится уже не в полной мере юридическим, поскольку базируется не на правовых, а на иных основаниях.

Таким образом, сущность и признаки слабой стороны должны предопределяться иным критерием, отличным от специфики статуса. Так, участники правоотношения осуществляют различные права и исполняют ряд обязанностей. Далеко не всегда одна и та же сторона является слабой применительно к осуществлению всех субъективных прав и исполнению различных обязанностей по сравнению с контрагентом. Так, не стоит в любых случаях презюмировать слабость потребителя по поводу исполнения им обязанностей по принятию товара или его оплаты. Здесь слабость потребителя связана не с конкретным субъективным правом, а с ограничением права на выбор способа исполнения договорного обязательства. Законодатель устанавливает порядок и процедурные особенности исполнения этой обязанности, например, обязан-

ность контрагента потребителя нести риски, связанные с получением денежных средств, переведенных онлайн, но это не означает, что потребитель выступает в этом случае слабой стороной. Другое дело, когда речь идет об исполнении информационных обязанностей. Потребитель не может иметь всей информации о товаре, его качестве, о продавце и изготовителе, не обязан выступать в качестве эксперта по приобретаемому товару, поэтому и должен быть признан слабой стороной.

Из этого стоит заключить, что для нивелирования противоречий, возникающих в теории гражданского права в связи с изучаемой категорией, следует придерживаться мнения, что сторона является слабой не в силу своего статуса, а в силу затрудненности осуществления отдельных прав и исполнения ряда обязанностей. Это, в частности, решает проблему соотношения с принципом юридического равенства, ведь при таком подходе сохраняется презумпция равного положения и правового статуса субъектов.

Кроме того, приведенные рассуждения могут быть базисом последующих дискуссий о потребительском терроризме. Если презюмировать, что потребители являются слабой стороной только в связи с осуществлением отдельных субъективных прав и исполнением ряда обязанностей, допускается ситуация, при которой потребитель злоупотребляет своими правами. Правда, данный факт подлежит доказыванию лицом, ссылающимся на недобросовестность. Так, по одному из дел Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ; ВС) подчеркнул, что продавец, сформировавший и разместивший на своем сайте публичную оферту, не вправе ссылаться на технический сбой⁸.

С точки зрения защиты слабой стороны с подобным решением следует согласиться, однако стоит добавить, что факт ссылки на технический сбой не должен исключать возможности ссылки на недобросовестность потребителя, например, когда последний в установленной обычаем форме (в данном кейсе: на главной странице сайта) был заранее извещен о техническом сбое. Показательно, что применительно к отношениям в цифровой среде по японскому законодательству, а также праву других азиатских стран высказывалось мнение Такигавы (Takigawa), что защита потребителей не должна быть безгранична. Приводится пример злоупотребления потребителями своими правами путем подключения к нескольким сетям (multihoming)⁹ [Kono T., 2021: 17].

Еще одной иллюстрацией сказанного является ситуация, когда в договорах присутствует процессуальный момент: в пользовательских со-

⁸ См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 05.12.2023 № 82-КГ23-5-К7 // Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс.

глашениях нередко содержатся правила, похожие на арбитражную оговорку или досудебный порядок (обязательный онлайн-арбитраж или рассмотрение споров на той же самой платформе, где заключен договор). Сам по себе факт включения подобного условия в соглашение, заключаемое в Интернете, не должен рассматриваться в качестве нарушающего права и законные интересы слабой стороны. Последняя должна иметь возможность ознакомиться с условиями и понять их. В частности, изучив дизайн и соответствующий интерфейс интернет-сайта, в том числе на наличие отвлекающих факторов, можно сказать, действительно ли согласие, сделанное проставлением галочки в специальной форме, было добровольным.

2. Специфика защиты слабой стороны в цифровой среде

Онлайн-пространство, используемое в качестве особого способа осуществления прав и исполнения обязанностей, не только упрощает деятельность участников гражданского оборота, но и создает дополнительные риски, вызванные вероятностью технических сбоев. Ю.С. Овчинникова, рассматривающая проблемы защиты слабой стороны в сфере страхования в связи с ее цифровизацией, раскрывает вопросы определения состава сведений, содержащихся в информационной системе, применения таких систем для разных видов страхования, охраны частной жизни [Овчинникова Ю.С., 2022: 74–76]. Можно предположить, что заявленные аспекты актуальны не только для сферы страхования в части прежде всего сообщения пользователям информационных систем полной и достоверной информации или защиты их персональных данных в цифровой среде.

Правомерен вопрос, не предreshает ли обращение субъекта в юридических целях к цифровой среде автоматическое признание за ним черт слабой стороны. Напрашивается гипотеза, что незнание неординарных технических средств или неизбежность обладания специальными знаниями и навыками становятся характерными признаками слабой стороны в таких правоотношениях. Из этого следует вывод: лица, которым требуется помощь в применении технических средств, например, при заключении договора, должны иметь право на получение такого содействия. Сказанное касается ситуаций, когда государство в императивном порядке решает, что установленные им инструменты обязательны для осуществления определенных прав и исполнения обязанностей.

Частным случаем «технической слабости» является так называемая проблема фактической доступности к договору. Ее суть заключается в

том, что субъект, присоединяющийся к стандартным договорным условиям, размещенным в Интернете, не только не может влиять на их содержание, но и нередко становится заложником ситуации, при которой доказывание этого содержания при наличии спора в дальнейшем во многом зависит от сильной стороны — субъекта, разместившего условия. Слабая сторона при этом не всегда защищена от действий контрагента по недобросовестному внесению в форму выгодных последнему изменений после заключения договора, в частности, когда пользователь интернет-платформы не получил по электронной почте копии заключенного им договора [Кузьмина А.В., 2019: 717]. Решение видится в распространении на уровне закона или судебной практики подхода, что субъект, разместивший в цифровой среде публичной оферты, стандартных договорных условий и пр., несет риски, связанные с невозможностью копирования или трудностью понимания таких условий. Предложенный вывод следует из принципов договорного права и правил о договоре присоединения.

Приведенные соображения вытекают из сущности категории «слабая сторона гражданского правоотношения», не формируя ее каких-либо уникальных характеристик. Вместе с тем дальнейшие рассуждения позволяют выявить ряд особенностей слабой стороны, использующие цифровые технологии. Так, применение технических средств одной из сторон правоотношения (например, банком при выделении кредита) безапелляционно не означает, что ее контрагент — слабая сторона. Однако в ряде случаев такое решение должно презюмироваться, в частности, если один из участников сделки имеет возможность использования технических средств и различных инструментов в онлайн-пространстве в целях ослабления позиции другой стороны (употребление особых шрифтов на сайте, всплывающих окон, особой яркости или цветовой гаммы и пр.).

В такой ситуации важно, чтобы лицо, заключающее договор в онлайн-пространстве или использующее технические средства для исполнения обязательств, имело способность реализовать право на ознакомление с условиями соглашения и понимание юридических последствий своих действий. Формально такой вывод основывается на неоднократно выраженной позиции Верховного Суда России: слабой стороной является субъект, который «не имеет возможности активно и беспрепятственно участвовать в согласовании условий договора на стадии его заключения»⁹. Показательно, что в развитых правовых порядках уже давно

⁹ См., напр.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 18.10.2023 № 305-ЭС23-8962 по делу № А40-33927/2022 // Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс.

сложилась судебная практика, при которой что слабость стороны может заключаться в ее собственной небрежности и неосмотрительности [Zimmermann D., 2014: 74].

Таким образом, для реализации концепции защиты слабой стороны договора, заключаемого в онлайн-пространстве или исполняемого посредством цифровых технологий, правилен следующий путь рассуждений: презюмируется слабость того субъекта, который использует специальное приложение или интернет-сайт. Такой подход будет стимулировать защиту прав граждан и предпринимателей, использующих онлайн-ресурсы. Также решаются и иные затруднения, что выступает дополнительными политико-правовыми основаниями ограничения свободы договора в рассматриваемой ситуации: а) гарантирование защиты добросовестных пользователей Интернета; б) стимулирование таких действий «сильного субъекта» стороны, которые нивелировали бы правовые и технические риски (полное раскрытие информацию, контроль за программой и компьютерным кодом, регулярная работа по устранению багов и т.д.).

Еще одним направлением гарантий механизма охраны интересов слабой стороны в онлайн-пространстве должен стать критерий транспарентности, заключающийся в том, что порядок заключения и исполнения договоров, содержание публичных оферт, возможные механизмы расторжения и прекращения договорных отношений должны быть открыты и понятны. Любой участник таких отношений должен иметь доступ к необходимой по договору информации. Обеспечить транспарентность для развития указанной категории правоотношений легко ввиду открытости Интернета.

Приведенная выше авторская точка зрения может вызывать дискуссии, далеко не все юристы в России и за рубежом в целом поддерживают идею защиты слабой стороны в цифровой среде. Так, обозначенная проблема ставилась применительно к смарт-контрактам. Утверждалось, что охрана слабой стороны не в полной мере соответствует данной компьютерной программе [Schönfeld C., 2018: 25]. Выполнение кода со стороны последней может привести к созданию обстоятельств, которые наносят ущерб слабой стороне, что не является нарушением договора, ведь стороны согласились с тем, чтобы исполнение было автоматическим и именно таким, каким оно было запрограммировано в коде [Cutts T., 2019: 436].

Подобные умозрительные рассуждения до сих пор не в полной мере подтвердились на практике. Суды различных государств пока не признавали, что использование технических средств или технологии смарт-контракта должно приводить к отказу в дополнительной защите

слабой стороне. Наоборот, правоприменитель требует у сильной стороны повышенного внимания при внедрении в ее деятельность автоматизированных систем, основанных на компьютерном коде. Например, при рассмотрении споров об оспаривании выдачи дистанционного кредита в связи с мошенничеством особого внимания требует исследование добросовестности и осмотрительности банков при оформлении кредита через приложение¹⁰. Таким образом, пока не подтверждена теория, что распространение определенных технических средств должно приводить к отказу от применения доктрины защиты слабой стороны гражданского правоотношения.

В ряде исследований акцент делается не на необходимости создания механизмов защиты слабой стороны в цифровой среде, а наоборот — на том, что современные технологии есть гарант прав такого субъекта. Так, утверждается, что программное обеспечение нередко помогает более слабой стороне в том плане, что благодаря технологиям автоматически выделяется соответствующая информация, обращается внимание на конкретные положения договора, есть возможность сопоставлять различные условия или давать простые или расширенные пояснения. Также технически удобнее сделать наглядной информацию о контрагенте, разместить иные обязательные сведения, предусмотренные законодательством, в том числе законодательством о защите прав потребителей. Приходят и к такому выводу: сведения, могущие быть собранными специальным программным обеспечением, открывают новые возможности в изучении договорных отношений, а значит, могут быть использованы в целях выявления новых критериев определения слабой стороны или не выявленных ранее несправедливых договорных условий [Ebers M., Poncibo C., Zou M., 2022: 95–96].

Похожие аргументы высказаны применительно к онлайн-правосудию и свободному доступу в нему различных категорий субъектов. Есть мнение, что в цифровой среде обеспечивается улучшенный доступ к правосудию за счет того, что более слабая сторона в споре получает возможность получать соответствующую юридическую информацию и консультации. Тем самым устраняется дисбаланс сил и увеличивается возможность справедливого урегулирования [Sourdin T., 2021: 175].

Следует согласиться с указанными выше примерами и с тем, что технические средства, нейросети, а также инструменты LegalTech могут быть с пользой применены в целях создания новых механизмов охраны законных интересов слабой стороны договорных отношений. При

¹⁰ См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 28.11.2023 № 67-КГ23-14-К8 // Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс.

этом, как видно из приведенных выше модельных ситуаций, многое будет зависеть от того, что изначально заложено в компьютерный код программы. Это нередко находится в ведении сильной стороны договорного правоотношения, что также необходимо иметь ввиду, в частности, в процессе совершенствования законодательства и установления ограничений деятельности некоторых субъектов (речь идет, к примеру, о маркетплейсах, агрегаторах и пр.).

3. Слабая сторона в сделках по поводу цифровых прав и иных цифровых активов

В России среди договоров, совершаемых с использованием цифровых технологий, выделяются сделки по поводу цифровых прав ввиду наличия для таковых позитивного правового регулирования. Далеко не факт, что сделки рассматриваемой группы станут частыми в деловой практике, однако применение специального законодательства, а также попытки ряда участников рынка цифровых активов выстроить деятельность в соответствии с установленными государством правилами создают благоприятную почву для научного осмысления и формирования обоснованного понимания тенденций развития права в рассматриваемой сфере.

Гражданский кодекс в ст. 141.1 и отдельные федеральные законы, регулирующие оборот цифровых прав, дают только общее фрагментарное понятие о том, как же происходит осуществление цифровыми правами и, соответственно, как совершаются сделки по поводу этого объекта. При этом закон делает отсылку к правилам информационных систем, так как особенности распоряжения цифровыми правами и порядок совершения действий обладателя ими имеют существенные технические особенности, которые вряд ли следует указывать в законодательстве. Вполне логично для этих целей ограничиться локальными актами. Вместе с тем субъекты должны иметь возможность знакомиться с этими правилами, чтобы понимать техническую, экономическую и юридическую специфику совершения сделок с цифровыми активами, а также оценивать соответствующие риски. Этот аспект проблемы нивелируется тем, что правила информационных систем утверждаются Банком России и размещаются на его сайте.

Разумеется, ряд условий таких соглашений еще предстоит рассмотреть с точки зрения их толкования в совокупности с положениями действующего законодательства. Так, согласно Правилам информационной системы Сбера (п. 1.8), пользователь подтверждает, что «Правила не лишают Пользователя прав, обычно предоставляемых по договорам

такого вида, и не содержат явно обременительные для Пользователя условия, которые бы Пользователь, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не принял бы при наличии у него возможности участвовать в определении содержания Правил»¹¹. Приведенное положение может создать ложное впечатление о том, что пользователь при заключении подобного соглашения признает отсутствие в нем явно обременительных условий и отказывается от применения в будущем для защиты своих прав норм о договоре присоединения (ст. 428 ГК).

Однако, как следует из норм указанной статьи, а также из судебной практики вопрос об обременительности договорного условия разрешается на момент появления спора между субъектами. Вряд ли субъект, заключая договор присоединения (очевидно, именно таковым является соглашение, заключенное путем принятия Правил информационной системы Сбера), может оказаться от потенциального применения механизмов защиты, предусмотренных ст. 428.

Как указано применительно к спорам с участием предпринимателей в п. 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ; ВАС) «О свободе договора и ее пределах», «при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения пункта 2 статьи 428 ГК о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента»¹².

Поскольку имеются все названные ВАС признаки несправедливых договорных условий, процитированное правило п. 1.8 Правила информационной системы Сбера не только не может являться допустимым, но и должно рассматриваться в качестве явно обременительного и лишаящего пользователя прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида. Таким образом, не обсуждая проблему соответствия закону всех правил информационных систем, принятых в России в соответствии с требованиями об обороте цифровых прав, целесообразно отме-

¹¹ См.: Правила информационной системы Сбера, в которой осуществляется выпуск цифровых финансовых активов. Available at: URL: https://cbr.ru/vfs/finm_infrastructure/ois/rules/rules_sber_17032022.pdf (дата обращения: 08.03.2024)

¹² См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

тить, что традиционные механизмы охраны прав и законных интересов слабой стороны, связанные с применением норм статьи 428, должны оставаться действенными.

Правда, в доктрине выдвинуто обоснованное суждение: меры защиты, предусмотренные статьей 428, не являются эффективными в принципе. На практике более действенными механизмами охраны законных интересов слабой стороны являются инструменты, предусмотренные другими нормами законодательства, прежде всего ст. 10 ГК [Церковников М.А., 2021: 42–47]. Впрочем, автору настоящих строк данная ситуация не видится критической, так как охрана интересов слабой стороны договора изначально осуществляется различными механизмами, среди которых положения ст. 428 не являются важнейшими. Роль нормы ст. 428 следует искать прежде всего, в другом: в формировании дефиниции и критериев слабой стороне.

Среди важнейших инструментов защиты прав слабой стороны фигурируют институт толкования норм законодательства в качестве императивных и диспозитивных, а также правила толкования договора. В первом случае есть возможность толкования норм законодательства в качестве императивных, если это необходимо для защиты слабой стороны¹³. Во втором случае суд вправе при толковании договора принять во внимание принцип добросовестного осуществления правом или применить *contra proferentem*¹⁴, опять же защитив именно слабую сторону договорного правоотношения.

Примером такой ситуации может быть кейс со включением в проект договора с потребителем или предпринимателем, который не может влиять на текст соглашения, третейской оговорки. Суды в таких случаях вправе интерпретировать данную оговорку как оставляющую право слабой стороне право выбрать, обращаться ли ей в третейский суд или государственный суд. При этом не стоит понимать такое соглашение в качестве ограничивающего право потребителя на обращение в суд. Данный пример интересен тем, что все чаще в пользовательские соглашения, опосредующие отношения в цифровой среде, включаются правила, которые вполне могут рассматриваться в качестве третейской оговорки и предполагающие обязательное рассмотрение потенциальных споров на той же самой или иной цифровой платформе, но не в суде.

¹³ См., напр.: п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

¹⁴ См., напр.: п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 2.

Значительно менее однозначно складывается ситуация с цифровыми активами, которые не являются цифровыми правами. Согласно прямому указанию ст. 141.1 Гражданского кодекса, цифровые права — такие объекты, которые должны быть прямо поименованы в законе (на данный момент речь идет только о цифровых финансовых активах и утилитарных цифровых правах). Однако в экономический оборот вовлечены и иные цифровые активы: криптовалюты, аккаунты в социальной сети или компьютерных играх, внутриигровое имущество, цифровые баллы и т.п. Есть сразу несколько вариантов, при которых указанные активы следовало бы признать объектом гражданских прав, в частности, через отнесение их к категории «иное имущество» по смыслу ст. 128 ГК или (путем применения аналогии закона) и ст. 141.1.

Другой вариант включает отказ в судебной защите и рассмотрение обязательств по передаче таких цифровых активов до создания для них специального режима исключительно в качестве натуральных [Суханов Е.А., 2021: 21]. Последний тезис может быть полезным для переходного периода, во время формирования законодательства и государственной политики в сфере оборота цифровых активов. Однако в законе стоит прямо указать, какие обязательства являются натуральными и по каким стороны не могут претендовать на судебную защиту своих прав. Иначе будут основания для признания договоров по поводу цифровых активов в качестве непоименованных, поскольку они не нарушают императивно установленных законодательством запретов.

Судебная практика России не сформировала единообразного подхода к разрешению такого рода споров. Так, были решения, по которым криптовалюта признавалась имуществом¹⁵, но чаще суды отказывают в удовлетворении требований по поводу нее¹⁶.

В связи со сказанным актуальной для решения вопроса о защите слабой стороны гражданского правоотношения может стать проблема соотношения *ex post* контроля и *ex ante* контроля содержания договорных условий именно для цифровой среды. *Ex ante* контроль эффективен для таких договорных конструкций, которые уже сложились в теории, практике и законодательстве. Другое дело — соглашения в цифровой среде, юридическая практика по которым только формируется. Вряд ли суды должны абстрагироваться от этого процесса. Следовательно, примени-

¹⁵ См., напр.: Определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 30.06.2021 № 88-10336/2021 // Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс.

¹⁶ См., напр.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.12.2022 № 09АП-82136/2022 по делу № А40-243242/2021 // Документ опубликован не был // СПС Консультант Плюс.

тельно к аспектам защиты слабой стороны в сделках по поводу цифровых прав и иных цифровых активов есть большие практические перспективы *ex post* контроля. Основанием для такого вывода является прежде всего изменчивость, быстрое развитие цифровой среды, за которым законодательство в любом случае не будет успевать. При этом практика (в частности, договорная практика по подготовке различных пользовательских соглашений) пытается соответствовать темпам развития технологий. Таким образом, исключить споры в судах будет невозможно.

4. Слабая сторона в ряде иных отношений в цифровой среде

Среди иных, еще не рассмотренных в настоящей статье отношений, возникающих в цифровой среде, полезно выделить корпоративные и отношения по поводу объектов интеллектуальной собственности. Прежде всего теоретический вопрос: насколько правильно выделять в них слабую сторону? Интуитивно чувствуется, что слабая сторона в этих отношениях присутствует. Ею, видимо, должен презюмироваться, например, миноритарий в корпоративных отношениях, автор в договоре авторского заказа, работник при создании служебного произведения. Как будто бы в подтверждение сказанного даже можно найти примеры из судебной практики. Так, Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно указывал, что миноритарии являются слабой стороной корпоративных отношений¹⁷.

Действительно, традиционно в качестве слабой стороны корпоративных отношений называются миноритарии, противостоящие сильной стороне — мажоритариям. При этом использование цифровых технологий в различных исследованиях, а также в документах Банка России последних лет рассматривается как раз в качестве уникального механизма охраны прав и интересов миноритариев, которые благодаря новым техническим средствам получают больше возможностей вовлечения в процессы управления корпорацией [Габов А.В., 2021: 54]. Как сказано выше, не следует безоговорочно отождествлять миноритариев со слабой стороной корпоративного правоотношения. Эти рассуждения вполне соответствуют последним научным исследованиям, в которых доказано, что слабость

¹⁷ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28.01.2010 № 2-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца второго пункта 3 и пункта 4 статьи 44 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с жалобами открытых акционерных обществ «Газпром», «Газпром нефть», «Оренбургнефть» и Акционерного коммерческого Сберегательного банка Российской Федерации (ОАО)» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 3.

субъекта есть опровержимая в определенных обстоятельствах презумпция [Гуляева О.Н., 2023: 17]. Фактически на сильную сторону смещается бремя доказывания, для нее также устанавливаются повышенные стандарты доказывания [Бакулин А.Ф., Кузьмина А.В., 2020: 204].

Этот правильный по сути вывод следует дополнить тезисом: не стоит связывать слабость субъекта исключительно с правовым статусом (в рассматриваемой ситуации — со статусом миноритария или мажоритария). Применительно к рассматриваемому вопросу «слабость» миноритария может быть выражена, к примеру, в трудной для субъекта процедуре осуществления своего права посредством голосования на блокчейне. Такая «слабость» может быть нивелирована сообщением необходимой информации, а также технической консультацией.

Следует оговориться, что некоторые из положительных особенностей блокчейна для целей голосования участников юридического лица могут иметь и обратный результат. Например, быстрое голосование, происходящее при использовании современных технологий, не всегда оправдывает себя. Ведь менеджеры могут использовать технологии для ускорения голосования, манипулируя акционерами и злоупотребляя их рациональным использованием [Nord S.J., 2019: 756]. Получается, что лицо, не имеющее времени на обдумывание решения, является слабой стороной. Правда, деятельность корпоративных участников подразумевает профессионализм, самостоятельную оценку рисков. Вопрос о том, сразу же голосовать или взять время на размышление, должен оставаться за участником корпорации вне зависимости от способа голосования.

Несколько слов про слабую сторону в отношениях по поводу объектов интеллектуальной собственности. Этот вопрос в доктрине мало изучен. Видимо, прежде всего из-за того, что в таких отношениях субъект, который является слабой стороной, не очевиден. Так, невозможно говорить о каком-либо «математическом» равенстве в отношениях заказчик/автор по договору авторского заказа. Однако «выравнивание» субъектов, известное, например, законодательству о защите прав потребителей, тут также неуместно, так как невозможно в точности выявить «сильную» и «слабую» сторону. Следует говорить, что в данной ситуации по разным критериям указанных субъектов можно было бы признать «слабыми». Например, заказчик может быть экономически более «сильной» стороной, но для реализации своих интересов в большей степени зависеть от того, какой результат авторского труда будет создан (и будет ли вообще создан) другой стороной.

В целом в дихотомии «сильная сторона»/«слабая сторона» применительно как к корпоративным отношениям, так и отношениям по поводу объектов интеллектуальной собственности, сила или слабость просле-

живается в ситуациях, в которых присутствует договор между такими субъектами. По общему правилу не следует в этих сферах давать дополнительные права и возможности слабой стороне, так как ее выявление здесь — исключение из общего правила. Другое дело, что всем субъектам гражданского оборота в цифровой среде важно поставлять традиционно необходимое, а именно — полную информацию о потенциальных сделках и контрагентах, об объектах, по поводу которых могут возникнуть отношения, а также о специфике используемых технологий.

Заключение

Как показано выше, в теоретических исследованиях следует уточнить понятие слабой стороны гражданского правоотношения. Только методологически точная интерпретация данной категории окажет должное влияние на практику в виде создания механизмов соблюдения баланса интересов участников гражданского правоотношения. Это важно прежде всего в целях должной реализации принципа защиты слабой стороны гражданского правоотношения применительно к новым экономическим и социальным условиям, к созданию инструментов охраны законных интересов субъектов таких отношений, которые ранее не были известны. Так, по поводу договоров, уже давно известных деловой практике, в законодательстве, а также благодаря решениям высших судов, постепенно сложились подходы к гарантированию осуществления прав тех или иных субъектов. Такого, разумеется, нельзя сказать об отношениях, развивающихся в цифровой среде, где правотворчество и правоприменение находятся на стадии формирования.

Сущность и признаки слабой стороны должны предопределяться критериями, отличными от специфики статуса. Слабость субъекта складывается прежде всего из затрудненности осуществления субъективного права или ряда субъективных прав в рамках определенного правоотношения. Применительно к последнему его участники осуществляют различные права и исполняют ряд обязанностей. Далеко не всегда одна и та же сторона является слабой применительно к осуществлению всех субъективных прав и исполнению различных обязанностей по сравнению с контрагентом. В частности, охрана интересов потребителя как слабой стороны не является безграничной.

Основой гарантированности охраны интересов слабой стороны в онлайн-пространстве должен стать критерий транспарентности, заключающийся в том, что порядок заключения и исполнения договоров, содержание публичных оферт, возможные механизмы расторжения и прекращения договорных отношений должны быть открытыми

и понятными; также любой участник таких отношений должен иметь доступ к необходимой по договору информации. Обеспечить транспарентность для развития указанной категории правоотношений нетрудно ввиду открытости Интернета.

Технические средства, нейросети, а также инструменты LegalTech могут быть использованы в целях создания новых механизмов охраны законных интересов слабой стороны договорных отношений. При этом многое будет зависеть от того, что изначально заложено в компьютерный код программы, которая нередко находится в ведении сильной стороны правоотношения. Это необходимо иметь в виду, в частности, в процессе совершенствования законодательства и установления ограничений в деятельности некоторых субъектов.



Список источников

1. Бакулин А.Ф., Кузьмина А.В. Слабая сторона предпринимательского договора: стандарты и бремя доказывания // Вестник гражданского процесса. 2020. № 2. С. 203–250.
2. Белов В.А. Потребительский терроризм: теория и практика. Ч. 1 // Право и экономика. 2021. № 6. С. 22–29.
3. Габов А.В. Электронное взаимодействие и цифровые технологии в корпоративном управлении акционерным обществом в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 24–64.
4. Гуляева О.Н. Слабая сторона частноправовых отношений: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... к. ю. н. Ульяновск, 2023. 36 с.
5. Карапетов А.Г. (отв. ред.) Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2020. 1072 с.
6. Кузьмина А.В. Формирование доктрины защиты слабой стороны в договорном праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. Вып. 46. С. 698–727.
7. Овчинникова Ю.С. Цифровизация страховых услуг: защита слабой стороны договора и частной жизни // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2022. № 3. С. 73–81.
8. Суханов Е.А. О гражданско-правовой природе «цифрового имущества» // Вестник гражданского права. 2021. Т. 21. № 6. С. 7–29.
9. Третьяков С.В. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. М.: МГУ, 2022. 608 с.
10. Церковников М.А. О специальной защите слабой стороны в договоре присоединения // Закон. 2021. № 9. С. 42–47.
11. Cutts T. Smart contracts and consumers. *West Virginia Law Review*, 2019, vol. 122, no. 2, pp. 389–446.
12. Ebers M., Poncibo C., Zou M. (ed.). *Contracting and Contract Law in the Age of Artificial Intelligence*. Oxford: Bloomsbury, 2022. 328 pp.

13. Kasl F. Blockchain, společenská smlouva digitálního věku? *Revue pro právo a technologie*, 2018, vol. 17, pp. 3–17.
14. Kaulartz M., Heckmann J. Smart Contracts — Anwendungen der Blockchain-Technologie. *Computer und Recht*, 2016, vol. 32, no. 9, pp. 618–624.
15. Kono T. (ed.). *The Digital Economy and Competition Law in Asia*. Singapore: Springer, 2021. 224 p.
16. Nord S.J. Blockchain plumbing: a potential solution for shareholder voting? *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2019, vol. 21, no. 3, pp. 706–756.
17. O'Sullivan J., Hillard J. *The Law of Contract*. Oxford: University Press, 2016. 504 pp.
18. Schönfeld C. Smart Contracts under Swiss law. *The FinTech Edition*, 2018. 219 p.
19. Sourdin T. Judges, Technology and Artificial Intelligence. *The Artificial Judge*. Cheltenham: Edward Elgar, 2021. 320 pp.
20. Zimmermann D. Privatrechtsvereinheitlichung in Europa: Das Common European Sales Law und seine Textstufen. *Bucerius Law Journal*, 2014, November, 497 pp.



References

1. Bakulin A.F., Kuzmina A.V. (2020) Weak Party in Business-to-Business Contract: Standards and Burden of Proof. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa*=Herald of Civil Procedure, no. 2, pp. 203–250 (in Russ.)
2. Belov V.A. (2021) Consumer Terrorism: Theory and Practice. Part 1. *Pravo i ekonomika*=Law and Economics, no. 6, pp. 22–29 (in Russ.)
3. Cutts T. (2017) Smart contracts and consumers. *West Virginia Law Review*, vol. 122, no. 2, pp. 389–446.
4. Ebers M., Poncibo C., Zou M. (eds.). (2020) *Contracting and Contract Law in the Age of Artificial Intelligence*. Oxford: Bloomsbury, 328 pp.
5. Gabov A.V. (2021) Electronic Interaction and Digital Technologies in Corporate Governance of a Joint Stock Company in Russia. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 14, no. 2, pp. 24–64 (in Russ.)
6. Guliaeva O.N. (2023) Weak Party in Civil Matter: Civil Law Study. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ulyanovsk, 36 p. (in Russ.)
7. Karapetov A.G. (ed.) (2020) *Contract Law (General Part): Article-by-article Commentary to the Civil Code of Russian Federation (Articles 420–453)*. Moscow: M-Logos, 1425 p. (in Russ.)
8. Kasl F. (2018) Blockchain, společenská smlouva digitálního věku? *Revue pro právo a technologie*, vol. 17, pp. 3–17 (in Czech)
9. Kaulartz M., Heckmann J. (2016) Smart Contracts — Anwendungen der Blockchain-Technologie. *Computer und Recht*, vol. 32, no. 9, pp. 618–624 (in German)
10. Kono T. (ed.) (2021) *The Digital Economy and Competition Law in Asia*. Singapore: Springer, 224 p.
11. Kuzmina A.V. (2019) Protection of the Weaker Party in Contract Law: Formation of the Doctrine. *Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki*=Perm University Herald. Juridical Sciences, no. 46, pp. 698–727 (in Russ.)
12. Nord S.J. (2019) Blockchain Plumbing: a Potential Solution for Shareholder Voting? *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 21, no. 3, pp. 706–756.

13. O'Sullivan J., Hillard J. (2016) *The Law of Contract*. Oxford: University Press, 504 p.
 14. Ovchinnikova Y.S. (2022) Digitalization of Insurance Services: Protection of the Weak Side of the Contract and Private Life. *Imushchestvennyye otnosheniya v Rossiyskoj Federacii*=Property Relations in the Russian Federation, no. 3, pp. 73–81 (in Russ.)
 15. Schönfeld C. (2018) Smart Contracts under Swiss Law. The FinTech Edition, 219 p.
 16. Sourdin T. (2021) *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*. Cheltenham: Edward Elgar, 320 p.
 17. Sukhanov E.A. (2021) On the Civil Nature of “Digital Property”. *Vestnik grazhdanskogo pravo*=Civil Law Review, no. 3, pp. 73–81 (in Russ.)
 18. Tretyakov S.V. (2022) *The Development of the Doctrine of Subjective Private Rights in Foreign Civil Law*. Moscow: MGU Press, 608 p. (in Russ.)
 19. Tserkovnikov M.A. (2021) Special Protection of a Weak Party in Contract of Adhesion. *Zakon*=Law, no. 9, pp. 42–47 (in Russ.)
 20. Zimmermann D. (2014) Privatrechtsvereinheitlichung in Europa: Das Common European Sales Law und seine Textstufen. *Bucerius Law Journal*, November, 497 p.
-

Информация об авторе:

А.А. Волос — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

A.A. Volos — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 25.03.2024; одобрена после рецензирования 06.05.2024; принята к публикации 17.06.2024.

The article was submitted to editorial office 25.03.2024; approved after reviewing 06.05.2024; accepted for publication 17.06.2024.

Научная статья

УДК: 347.24

JEL: K11

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.106.132

Структура собственности в здании: история, действующее законодательство и возможности его реформирования



Вадим Александрович Алексеев

Санкт-Петербургский государственный университет, Россия 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 13,
va.alekseev@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7275-0766>



Аннотация

Первая часть статьи посвящена анализу истории развития правового регулирования структуры собственности в зданиях и сооружениях, разделенных на оборотоспособные объекты. Констатируется, что в России исторически сложилась концепция юридической делимости здания (сооружения) на оборотоспособные объекты, в качестве которых выступают помещения (жилые и нежилые), а также машино-места. Рассматривается действующая концепция, устанавливается ее соотношение с теоретически обоснованным признанием здания (сооружения) неделимой недвижимой вещью. Делается вывод, что теоретически безупречная концепция неделимости здания на помещения находится в противоречии с правовым регулированием, допускающим оборот помещений и машино-мест. При этом делимость здания представляет собой юридическую фикцию, что влечет признание помещений и машино-мест юридическими фикциями недвижимых вещей. Обращаясь к последним изменениям норм Гражданского кодекса о недвижимости, автор констатирует установление в § 2 главы 16 и ст. 287.5 единого регулирования структуры собственности в любом здании (сооружении), но приходит к выводу, что отказаться от применения по аналогии некоторых норм о правовом режиме многоквартирных домов к другим объектам, разделенным на помещения, вряд ли получится. Анализируются признаки «делимого здания», которые по новому законодательству выступают в качестве основания применения к общему имуществу

особого режима долевой собственности (§ 2 главы 16 Кодекса). Сделан вывод, что для признания здания (сооружения) делимым достаточно, чтобы оно в силу конструктивных особенностей и назначения могло быть на основании действующих правил учета разделено не менее чем на две оборотоспособные части, представляющие собой помещения и (или) машино-места. Отмечая кризис развития законодательства в области структуры собственности в зданиях (сооружениях), автор предлагает вернуться к возможности рассмотрения зданий и сооружений в качестве неделимых объектов недвижимости и приводит аргументацию, обосновывающую целесообразность такого решения.



Ключевые слова

недвижимость; здание; помещение; машино-место; структура собственности в здании; многоквартирный дом; делимое здание; долевая собственность на общее имущество

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

Для цитирования: Алексеев В.А. Структура собственности в здании: история, действующее законодательство и возможности его реформирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 106–132. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.3.106.132

Research article

Ownership Structure in the Building: History, Current Legislation and Possibilities for its Reform



Vadim A. Alekseev

Saint Petersburg State University, 7/9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia,
va.alekseev@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7275-0766>



Abstract

The first part of the article is devoted to the analysis of the history of development of legal regulation of the ownership structure in houses divided in negotiable premises. The current concept of the legal divisibility of the building into premises and its relationship with the theoretically justified recognition of the building as an indivisible immovable thing is considered. Referring to the latest changes in the norms of the Civil Code of the Russian Federation on real estate, the author states the establishment of a unified regulation of the issues of the ownership structure in any building (structure) in § 2 Chapter 16 and Art. 287.5 of the Code, but comes to the conclusion that it is most likely impossible to refuse to apply, by analogy, some rules on the legal regime of apartment

buildings to other buildings divided into premises. The signs of a “divisible building” are analyzed, which, under the new legislation, act as the basis for applying the regime of shared ownership of a special kind to the common property of the building (§ 2 Chapter 16 of the Code). Noting a certain crisis in the development of legislation in the field of ownership structure in buildings divided into negotiable parts, the author proposes to return to the possibility of considering a building as an indivisible real estate object and gives an argument justifying the expediency of this decision.



Keywords

real estate; building; structure; premises; parking place; apartment building; divisible building; ownership structure in the building shared ownership of common property

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

For citation: Alekseev V.A. (2024) Ownership Structure in the Building: History, Current Legislation and Possibilities for its Reform. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 106–132 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2024.3.106.132

Введение

Проблема соотношения здания (сооружения) как объекта недвижимого имущества и отдельных его частей включает комплекс вопросов, связанных с возможностью рассматривать эти части в качестве самостоятельных недвижимых вещей, вариантами правовых режимов здания¹, которое может быть разделено на оборотоспособные объекты. Эти теоретические вопросы имеют самое непосредственное отношение к практике функционирования рукотворных объектов недвижимости, содержания зданий и управления ими, рассмотрения споров между владельцами помещений (машино-мест) и зданий.

Отсутствие в российском праве единой концепции структуры собственности в зданиях вызывает в практике судов серьезные проблемы при рассмотрении дел, связанных с правами и обязанностями собственников квартир и нежилых помещений по определению круга имущества, на которое распространяется общая собственность (общего имущества здания), а также по установлению возможности перехода этого имущества в индивидуальную собственность.

В качестве гипотезы выдвинуто положение: существующий подход к структуре собственности препятствует оптимальному регулированию оборота имущества, составляющего здание. С использованием исторического и юридического методов автор стремится определить

¹ Далее при любом упоминании здания будет иметься в виду и сооружение.

смысл действующего законодательства и, выявив противоречия и недостатки действующего закона, предлагает внедрить концепцию здания как неделимой вещи, в рамках которой рассматривать помещения как объекты владения и пользования.

1. Исторический аспект соотношения здания и помещения

Вопрос о структуре собственности в рамках здания, разделенного на помещения, после его обсуждения дореволюционными русскими цивилистами [Шершеневич Г.Ф., 1907: 104]; [Победоносцев К.П., 2002: 126]; [Анненков К.Н., 1894: 311] вскоре надолго перестал быть актуальным в связи с исключением советским законом таких зданий и помещений из круга возможных объектов индивидуальной собственности. Однако в конце 1950-х годов этот вопрос потребовал решения и в советском праве. В пункте 10 «Положения о жилищно-строительных коллективах индивидуальных застройщиков»² устанавливалось, что квартиры, построенные такими коллективами, находятся в личной собственности граждан, а «фундамент, крыша, лестничные клетки и другие части многоквартирного дома, которые обслуживают все квартиры, составляют общую собственность участников коллектива, содержатся и ремонтируются на средства участников коллектива соответственно доле каждого».

Всеобъемлющее значение проблема приобрела после фактического признания помещений самостоятельными объектами гражданского оборота. Первые попытки ее решения были менее удачными, чем в вышеупомянутом Положении 1959 года. В Закон РСФСР от 04.07.1991 № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в РСФСР» (ч. 2 ст. 3) было включено правило: «собственники приватизированных жилых помещений в доме государственного или муниципального жилищного фонда являются *совладельцами либо пользователями* (курсив здесь и далее мой. — В.А.) инженерного оборудования и мест общего пользования дома»³. Трудно сказать, какие соображения руководили авторами этой обтекаемой формулировки: идеоло-

² Утв. Постановлением Совета Министров РСФСР от 09.07.1959 «О мерах содействия коллективному строительству многоквартирных и одноквартирных индивидуальных жилых домов» // СПС Консультант Плюс. Здесь и далее все сноски на нормативные акты и акты судебной практики даны по СПС «Консультант Плюс».

³ Норма утратила силу на основании Федерального закона от 29.12.2004 № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации».

гические (недопустимость исключения зданий из государственной собственности) или конъюнктурные (желание скрыть от граждан, что приобретение квартиры в собственность означает возложение на себя бремени содержания всего здания).

Вступившая в действие 01.01.1995 первая часть Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ; ГК) в ст. 289 установила, что собственнику квартиры в многоквартирном доме наряду с квартирой принадлежит также доля в праве собственности на общее имущество дома. Ст. 290 ГК закрепила за собственниками квартир право общей долевой собственности на «общие помещения дома, несущие конструкции дома, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование за пределами или внутри квартиры, обслуживающее более одной квартиры».

Важной особенностью данного этапа было исключение из правового регулирования *нежилых помещений* в домах, которые не относились к многоквартирным. Последствием этого оказалось временное господство в судебной практике и доктрине *концепции различной структуры собственности в жилых и нежилых зданиях*. Суды признавали неправомерным применение для нежилых зданий аналогии закона о многоквартирных домах⁴. С таким подходом соглашался К.И. Скловский, предлагающий иные конструкции собственности в нежилом здании [Скловский К.И., 2003: 84–95].

Точка зрения о необходимости применения аналогии закона к нежилым зданиям отстаивалась автором настоящей статьи с 2001 г. Вопрос о применении в этих случаях аналогии был решен только в 2009 г. Президиумом Высшего Арбитражного Суда⁵, позиция которого была подтверждена в 2015 г. Пленумом Верховного Суда России (далее — Постановление № 25)⁶.

Особой страницей в истории законодательства о структуре собственности в здании стал Федеральный закон от 15.06.1996 № 72-ФЗ «О товариществах собственников жилья» (далее — Закон № 72-ФЗ), который рассматривал кондоминиум как единый комплекс недвижимого имущества, включающий земельный участок и расположенное

⁴ См. напр.: постановление Высшего Арбитражного Суда России от 10.09.2002 № 3673/02.

⁵ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда от 23.07.2009 № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания».

⁶ Пункт 41 постановления Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

на нем жилое здание, в котором отдельные части, предназначенные для жилых или иных целей (помещения), находятся в собственности граждан, юридических лиц, публичных образований (домовладельцев), а остальные части (общее имущество) находятся в их общей долевой собственности. Данное определение весьма точно отражает принятую в отечественном праве структуру собственности в жилом здании. Несмотря на рациональный подход ко многим вопросам организации собственности в рамках кондоминиума и управления ею, Закон № 72-ФЗ характеризовался особенностями, которые предопределили его несчастливую судьбу. Во-первых, кондоминиум создавался домовладельцами добровольно и считался существующим с момента его государственной регистрации. Во-вторых, с момента создания кондоминиума все без исключения домовладельцы автоматически становились участниками некоммерческой организации — товарищества собственников жилья, что было признано противоречащим Конституции России⁷. Закон № 72-ФЗ прекратил действие в 2004 г. с принятием Жилищного кодекса Российской Федерации (далее — ЖК).

Интересно, что развитие оборота жилых и нежилых помещений и разработка норм об особой структуре собственности в здании, разделенном на помещения, происходила при отсутствии прямого признания в ГК РФ помещений недвижимыми вещами и в условиях продолжения дискуссии о делимости здания. Точки зрения о неделимости здания на помещения придерживался Е.А. Суханов, полагая, что помещения в действительности являются лишь составными частями юридически неделимой вещи — жилого дома [Суханов Е.А., 2006: 42–50]. М.А. Шлотгауэр утверждала, что «дом технически неделим, а значит неделим юридически, и сторонам остается лишь определить порядок пользования таким домом» [Шлотгауэр М.А., 2006: 330]. Е.Б. Козлова писала: «Если здание, строение делится, то оно делится на два или несколько зданий (строений), но не на отдельные помещения» [Козлова Е.Б., 2012: 30–31].

Такой подход к соотношению здания и помещения в нем с необходимостью должен был приводить к выводу, что помещения не являются недвижимыми вещами и вещами вообще, так как составляют неделимую вещь—здание. Однако этот вывод неизбежно вступал в противоречие с нормами закона относительно оборота помещений

⁷ Постановление Конституционного Суда России от 03.04.1998 № 10-П «По делу о проверке конституционности пунктов 1, 3 и 4 статьи 32 и пунктов 2 и 3 статьи 49 Федерального закона от 15 июня 1996 года «О товариществах собственников жилья» в связи с запросом Советского районного суда города Омска».

и с практикой их применения. Вот почему концепция неделимости здания на помещения могла бы стать лишь базой для реформирования законодательства. Возможности и вероятные способы этого реформирования рассматриваются ниже.

Одновременно другие ученые стремились теоретически обосновать делимость здания на помещения. По мнению Е.В. Басос, «форма раздела, предусмотренная ст. 133 ГК (*communio pro diviso*), позволяет отнести строения к делимым объектам» [Басос Е.В., 2015: 16]. М.П. Рубанова доказывала, что «применительно к недвижимости требование ст. 133 Гражданского кодекса о разделе в натуре означает определение пространственных границ. Такой раздел позволяет использовать каждый из вновь образованных объектов самостоятельно, что соответствует юридическому значению разделения вещей на делимые и неделимые» [Рубанова М.П., 2008: 11]. Что «раздел недвижимой вещи осуществляется установлением границ», писал Е.О. Трубачев [Трубачев Е.О., 2009: 18].

При объяснении существования помещений в качестве объектов гражданского оборота, имеющих правовой режим недвижимых вещей, рассмотренные подходы вряд ли находятся в соответствии с определением неделимой вещи, данным в ст. 133 ГК РФ. Из этого определения следует, что делимость вещи в гражданском праве понимается, во-первых, как возможность образования из нее нескольких вещей, имеющих те же качественные характеристики, что и разделенная вещь (из первичного здания должны образоваться несколько зданий меньшего размера), во-вторых, последствием раздела делимой вещи должно быть прекращение физического существования вещи первичной. В случае «раздела» здания на помещения оба этих признака отсутствуют — помещения не обладают качествами здания, а здание физически продолжает существовать.

Таким образом, с одной стороны, теоретически безупречная концепция неделимости здания на помещения находилась в противоречии с положением вещей, с другой — концепция делимости (юридической делимости) зданий, хотя и имела серьезные недостатки, все же больше соответствовала практической стороне оборота недвижимого имущества. Можно заметить, что всякий раз, когда в доктрине встречается определение «юридический» применительно к понятиям, имеющим известное фактическое содержание, определенное правовыми нормами (юридическая делимость, юридическая связь с землей, юридическое лицо), речь идет о юридических фикциях, являющих собой выход за рамки традиционного понимания вещей и явлений в целях предполагаемого повышения действенности регу-

лирования. В русле обсуждаемой проблеме видно, что сначала практика пошла по пути признания делимости зданий на помещения, а затем эта юридическая фикция нашла отражение в абз. 3 п. 1 ст. 130 ГК, введенном в действие только с 1.01.2017⁸. Эти дополнения, признавшие на уровне ГК помещения и машино-места недвижимыми вещами, повысили актуальность формулирования правил о структуре собственности в здании.

2. Концепция законодательства о правовой режиме общего имущества здания. Понятие делимого здания

Вывод из анализа проблемы: действующее законодательство исходит из возможности разделения здания как недвижимой вещи на части, имеющие самостоятельную оборотоспособность. В результате такого деления происходит прекращение вещных прав на здание, которое перестает рассматриваться как недвижимая вещь (юридически исчезает), а части здания приобретают правовой режим недвижимых вещей. Делимость здания на помещения (машино-места) как юридическая фикция неизбежно влечет признание фиктивности помещений и машино-мест как недвижимых вещей. Действительно, трудно поверить, чтобы в результате процесса, носящего фиктивный характер, появлялись недвижимые вещи.

За признание помещения⁹ юридической фикцией выступают Е.А. Суханов, К.И. Скловский, а также авторы Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (далее — Концепция). Е.А. Суханов полагает, что объявление помещений «недвижимостями — самостоятельными объектами гражданских правоотношений — являет собой юридическую фикцию, вызванную к жизни остротой жилищной проблемы и определенными недостатками законодательства» [Суханов Е.А., 2004: 70]. В Концепции утверждается, что «помещение в отличие от здания лишено какого-либо материального выражения. Таким образом, помещение — это вещь исключительно в юридическом смысле этого слова».

К.И. Скловский считает, что в результате исторических обстоятельств «пришлось признать неизбежность включения помещений

⁸ Федеральный закон от 03.07.2016 № 315-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁹ Далее во всех случаях упоминания помещения мы будем иметь в виду и машино-место, либо использовать обобщающий термин — «оборотоспособные части здания».

в число объектов права, распространив на них режим недвижимых вещей. Понятно, что тем самым вводится юридическая фикция, поскольку помещения вещами, конечно, не являются» [Скловский К.И., 2010: 166]. В то же время с признанием помещения юридической фикцией не согласны многие [Гонгало Б.М., 2007: 2–4]; [Максимович Д.А., 2009: 91–98]; [Алексеева О.Г., 2008: 17–22]; [Серегин И.В., 2007: 136]. Как бы то ни было, проблема определения структуры собственности в здании, где имеются оборотоспособные части, не теряет актуальности независимо от того, считать помещения фикцией недвижимой вещи или нет.

В 2021 г. ГК дополнен статьей 287.5, имеющей название «Общее имущество собственников помещений, машино-мест в здании или сооружении»¹⁰. Она установила, что в здании общее имущество принадлежит собственникам помещений на праве общей долевой собственности и определила общее имущество как предназначенное для обслуживания более одного помещения.

Эта статья в первоначальной редакции действовала несколько больше года и была изменена в 2023 г.¹¹ При этом глава 16 ГК дополнена § 2 «Общее имущество собственников недвижимых вещей», где в ст. 259.1 определено, что собственникам недвижимых вещей, расположенных в здании, принадлежит на праве общей долевой собственности имущество, использование которого предполагалось для удовлетворения общих потребностей таких собственников при создании или образовании этих недвижимых вещей, а также имущество, приобретенное, созданное или образованное в дальнейшем для этой же цели (общее имущество)¹². Вполне очевидно, что «недвижимыми вещами, расположенными в здании», являются помещения и машино-места, так как другие объекты недвижимости в рамках здания действующим законом не предусмотрены.

К проблемам определения общего имущества в рамках здания мы вернемся, но нужно признать, что изменения и дополнения, вне-

¹⁰ Федеральный закон от 21.12.2021 № 430-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 430-ФЗ). Вступил в силу с 01.09.2022.

¹¹ Федеральный закон от 24.07.2023 № 351-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 351-ФЗ). Вступил в силу с 01.10.2023.

¹² Поскольку предметом данной статьи является структура собственности в здании (сооружении), автор не касается вопросов, связанных с общим имуществом недвижимых вещей, расположенных в пределах определенной территории. Ранее в своих работах автор анализировал проблемы общего имущества территориальных образований.

сенные в ГК Законом № 351-ФЗ, не отменили главного достижения Закона № 430-ФЗ, которое заключается в том, что с 01.09.2022 в России законом установлена единая структура собственности в любом здании, которое может быть разделено на помещения. Раньше, как уже отмечалось, ГК и ЖК содержали нормы, регулирующие отношения собственности в многоквартирных домах (далее — МКД), а к остальным зданиям, делимым на помещения, эти нормы подлежали применению по аналогии. Теперь основанием для применения норм об особой структуре собственности является наличие здания, которое характеризуется делимостью на части, обладающие оборотоспособностью. Для краткости в настоящей статье такой объект называется делимым зданием.

Найти в доктрине и судебной практике определение здания этого вида или перечень его признаков не удалось. Но есть возможность обратиться к понятию МКД, которое продолжает фигурировать в действующем законодательстве и должно рассматриваться как один из видов делимого здания, а, значит, обладать всеми его признаками. Необходимо обратить внимание, что с 1.03.2022¹³ в ч. 6 ст. 15 ЖК включено новое определение МКД — «здание, состоящее из двух и более квартир, включающее в себя имущество, указанное в пунктах 1—3 части 1 статьи 36 настоящего Кодекса. Многоквартирный дом может также включать в себя принадлежащие отдельным собственникам нежилые помещения и (или) машино-места, являющиеся неотъемлемой конструктивной частью такого многоквартирного дома». Таким образом, чтобы здание было признано МКД, нужно установить, что:

1. Здание состоит из двух и более квартир. Это значит, что не будет считаться МКД здание, в котором есть только одна квартира, но есть также нежилое помещение (помещения) или машино-место (машино-места).

2. Здание включает в себя имущество, относящееся к общему (именно о нем говорится в п. 1—3 ч. 1 ст. 36 ЖК).

Здесь в очередной раз объект определен через его правовой режим. Действительно, приведенное определение вполне можно сформулировать иначе: МКД — здание, в котором есть квартиры и общее имущество здания. Неизбежно получается эффект круга в виде правила о том, что положения о делении здания на помещения и общее имущество применяются, когда в здании имеются оборотоспособ-

¹³ Федеральный закон от 30.12.2021 № 476-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

ные помещения и общее имущество. Между тем и понятие МКД, и понятие делимого здания нужны не сами по себе, а для того, чтобы определить сферу возможного действия норм об особой структуре собственности, которая предполагает особую долевую собственность на общее имущество у собственников оборотоспособных объектов.

Если обратиться к п. 1 ст. 287.5 ГК, напрашивается вывод: чтобы ставить вопрос о наличии общего имущества в здании, должна быть возможность образования в нем: не менее двух помещений (не обязательно жилых), или не менее двух машино-мест, или не менее одного помещения и одного машино-места.

Помещения могут быть жилыми или нежилыми и по своим физическим признакам должны рассматриваться как оборотоспособные. Речь идет именно о физических признаках, к которым относятся ограниченность строительными конструкциями (изолированность, обособленность). Участвовать в обороте конструктивно самостоятельное помещение может только когда у него появится собственник. Однако не появление двух собственников помещений делает здание делимым. Отнесение зданий к делимым — это не вопрос обращения к Единому государственному реестру недвижимости (далее — ЕГРН). Это вопрос фактический, и в этом смысле рассматривать здание в качестве делимого можно даже на стадии его проектирования. Что же касается момента, с которого построенное здание может рассматриваться в качестве делимого, то этот момент совпадает с установлением фактической пригодности здания к эксплуатации, не зависит от факта кадастрового учета здания и помещений в нем.

Это положение очень важно в плане рассмотрения споров о собственности на здание и объекты внутри него. Такие споры, безусловно, возникают ранее выдачи разрешения на ввод здания в эксплуатацию и кадастрового учета. В этих случаях, рассматривая споры, суд должен исследовать вопрос о будущей структуре собственности в здании. В то же время независимость признания здания делимым от фактического проведения кадастрового учета не означает, что законодательство и иные нормативные акты о таком учете не имеют значения для решения данного вопроса. Наоборот, установить возможность деления здания на оборотоспособные части можно, только опираясь на законодательные определения помещения и машино-места, а также действующие правила кадастрового учета этих объектов.

Делимость здания на помещения должна означать, что по своим физическим признакам здание может быть представлено именно

как совокупность его оборотоспособных частей и общего имущества. Если такая организация собственности исключена в силу конструктивных особенностей здания или его назначения, то здание не может быть признано делимым. В качестве примера рассмотрим здание театра. Разумеется, можно выделить в таком здании части, ограниченные строительными конструкциями (например, гримерные, репетиционные залы, билетные кассы и т.д.). Однако зрительный зал и сцена в качестве «главного» помещения делают все эти помещения вспомогательными, следовательно, лишенными оборотоспособности. Тот же подход может быть применен к зданиям вокзалов, аэропортов и ряда производственных объектов.

На основании вышеизложенного можно предложить следующее определение делимого здания. Под делимым следует понимать здание, которое в силу его конструктивных особенностей и назначения может быть на основании правил учета разделено не менее чем на две оборотоспособные части, представляющие собой помещения и (или) машино-места.

Это определение дано на основе действующего законодательства. Вместе с тем нельзя исключить и другие подходы к делимому зданию. Например, можно по аналогии с МКД предъявить к нему требования наличия не менее двух оборотоспособных *помещений*. Но это повлекло бы необходимость включения в ГК соответствующей нормы. Что касается п. 1 ст. 259.1 и п. 1 ст. 287.5 ГК, то из них требование наличия в делимом здании двух помещений не усматривается. Достаточным является наличие одного помещения и одного или двух машино-мест.

Указание в определении на существование в делимом здании общего имущества излишне, поскольку наличие в здании оборотоспособных частей неизбежно приводит к выделению общего имущества, которым даже при отсутствии общих помещений и оборудования, как минимум, признаются строительные конструкции.

3. Правовой режим делимого здания

Отнесение здания к делимым не означает, что в нем может существовать только структура собственности, которая характеризуется разделением на оборотоспособные части и общее имущество. Возможно и право собственности на здание в целом. Это может быть собственность одного лица или общая собственность нескольких лиц.

Если в здании имеются собственники оборотоспособных частей, то их долевая собственность на общее имущество характеризуется

существенными отличиями от общей долевой собственности, режим которой установлен § 1 главы 16 ГК. Отличия теперь сформулированы в § 2 главы 16 ГК¹⁴:

объектом долевой собственности не является неделимая вещь;

распоряжение долей отдельно от оборотоспособной части исключается (п. 2 ст. 259.2 ГК);

реальный раздел долевой собственности в здании и выдел доли из общего имущества (ст. 252) невозможен (п. 2 ст. 259.2);

не действуют правила преимущественной покупки, установленные ст. 250 ГК (п. 1 ст. 250, п. 2 ст. 259.2);

решение вопросов владения и пользования объектом долевой собственности в здании осуществляется не по соглашению всех участников (п. 1 ст. 247), а в особом порядке, общим собранием собственников оборотоспособных объектов большинством голосов (п. 2, 4, 5 ст. 259.3);

количество голосов, принадлежащих собственнику недвижимой вещи, пропорционально размеру принадлежащей ему доли в праве собственности на общее имущество (п. 3 ст. 259.3).

Перечисленные нормы дают основание для вывода: дополнение главы 16 параграфом 2 стало окончательным оформлением особого вида долевой собственности — собственности на общее имущество собственников недвижимых вещей¹⁵.

Авторы ст. 287.5 и § 2 главы 16, видимо, имели в качестве одной из целей нормотворчества ликвидацию пробела в правовом регулировании структуры собственности в зданиях, не относящихся к МКД, но имеющих в своем составе оборотоспособные части. Но анализ законодательства в его сегодняшнем виде не позволяет прийти к выводу, что эта цель полностью достигнута, хотя трудно отрицать, что § 2 главы 16 и ст. 287.5 регламентирует соотношение собственности на оборотоспособные части и общее имущество для всех делимых зданий, включая МКД. Этот вывод следует из того, что в данных нормах не указывается, на какие здания они распространяются, а также не содержится указания на то, какие здания ими не охватываются.

Однако при таком подходе было бы логично исключить из ГК нормы о структуре собственности в МКД, в частности, ст. 289 и 290.

¹⁴ Пункты 4–7 ст. 287.5 ГК РФ об этих отличиях признаны утратившими силу Законом № 351-ФЗ.

¹⁵ Происходит дискуссия о правовой природе долевой собственности на общее имущество здания [Крашенинников П.В., 1997: 5–6]; [Дроздов И.А., 2006: 135]; [Осадченко Э.О., 2010: 6]; [Береговая Т.А., 2014: 8]; [Филатова У.Б., 2006: 6–7]; [Басос Е.В., 2015: 42–46].

Но эти статьи сохранены с внесением в них редакционных изменений, что может поддерживать идеи о существовании в структуре собственности МКД особенностей. В неприкосновенности осталась ст. 36 Жилищного кодекса (далее — ЖК), также определяющая состав общего имущества в МКД. Статьи 37 и 38 ЖК практически дублируют общие нормы § 2 главы 16 ГК о размере доли, количестве голосов, запрете отчуждения доли в общем имуществе и следовании ее судьбе помещения.

В то же время в Жилищном кодексе есть и нормы, аналогов которым найти в новой редакции ГК не удастся:

п. 2 ч. 1 ст. 36 ЖК относит к общему имуществу помещения, не принадлежащие отдельным собственникам и предназначенные для удовлетворения социально-бытовых потребностей собственников помещений, а также не принадлежащие отдельным собственникам машино-места;

ч. 3 ст. 36 ЖК содержит запрет на уменьшение размера общего имущества МКД без согласия всех собственников помещений в данном доме и устанавливает, что такое уменьшение возможно только в результате реконструкции здания;

ст. 44 — 48 ЖК устанавливают порядок осуществления права общей долевой собственности на общее имущество МКД (управления таким домом), связанный с деятельностью общего собрания собственников и иных органов МКД.

Таким образом, с одной стороны, новые нормы направлены на устранение необходимости применения норм ГК и ЖК о структуре собственности в МКД по аналогии к другим зданиям. Более того, новый закон не содержит оснований для отказа применения его положений к отношениям в МКД. С другой стороны, отношения собственности на общее имущество в МКД по-прежнему урегулированы в ЖК значительно подробнее, в связи с чем проблема применения по аналогии норм этого Кодекса может вставать при решении вопросов, которые не урегулированы в ГК. В частности, вряд ли получится обойтись без аналогии ч. 1, 3 ст. 36 и ст. 44—48 ЖК при решении соответствующих вопросов. Поэтому не следует считать прекращенным действие п. 41 Постановления № 25 о применении по аналогии норм ЖК к отношениям по поводу общего имущества в домах, не являющихся многоквартирными (разумеется, в части, не урегулированной ГК).

Нужно также обратить внимание на п. 7 ст. 141.4 ГК, согласно которому правила главы 6.1 ГК о помещениях подлежат применению к жилым помещениям, если иное не установлено ЖК. Здесь нет ссылки на главу 17.1 и § 2 главы 16 ГК, но тем не менее нельзя ис-

ключить попытки рассматривать какие-либо нормы ЖК о правовом режиме общего имущества как относящиеся только к помещениям в МКД, либо наоборот, отрицание в отношении МКД действия части общих норм ГК. Таким образом, составители Закона № 430-ФЗ сочли необходимым допустить специфику правового регулирования отношений собственности на жилые помещения, что вполне может подорвать требуемое единство подходов к структуре собственности в любом делимом здании.

Трудные вопросы ставит перед юристами и только что принятый Федеральный закон о гаражных объединениях (далее — Закон № 338-ФЗ)¹⁶. В этом Законе (ст. 1) урегулированы отношения, связанные с общим имуществом не только собственников гаражей, находящихся на определенной территории, но и отношения по поводу общего имущества в гаражных комплексах, под которыми понимаются здания и сооружения для размещения транспортных средств, в которых находятся машино-места и могут быть нежилые помещения (ст. 4). Анализ Закона № 338-ФЗ показывает, что здания и сооружения, подпадающие под категорию гаражных комплексов, имеют структуру собственности, ничем не отличающуюся от описанной в §2 главы 16 и ст. 287.5 ГК.

Закономерный вопрос: зачем в специальном законе еще раз описывать структуру собственности в здании, если она исчерпывающим образом описана в общей части Гражданского кодекса? Получается, что законодатель идет не по пути унификации регулирования структуры собственности в любом здании, о чем, казалось бы, свидетельствуют нормы § 2 главы 16 и ст. 287.5 ГК, а считает необходимым регулировать этот вопрос отдельно для разных видов зданий: для МКД — ЖК, для гаражных комплексов — Закон № 338-ФЗ и т.д. При таком подходе следует ожидать появления законов «об офисных комплексах», «о комплексах апартаментов», «о комплексах торговых помещений» и т.д.

Очевидно, что вопрос о структуре собственности в зданиях, делимых на оборотоспособные помещения, должен быть решен единообразно в общей части ГК (как это уже сделано!). Специальные законы о каждом виде здания не нужны. Необходимо и достаточно будет урегулировать специальным законом порядок управления общим имуществом любого здания — порядок функционирования гражданско-правового сообщества (ст. 181.1 ГК). Соответствующие

¹⁶ Федеральный закон от 24.07.2023 № 338-ФЗ «О гаражных объединениях и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Вступил в силу с 1. 10. 2023.

разделы есть в ЖК (Раздел VIII. «Управление многоквартирными домами») и в Законе № 338-ФЗ (Глава 4. «Управление общим имуществом в границах территории гаражного назначения и в гаражном комплексе»). При этом нормы, определяющие деятельность гражданско-правового сообщества в рамках здания, не могут иметь существенных различий в зависимости от целевого назначения оборотоспособных объектов в нем.

4. Критерии выделения общего имущества в здании

Существенной проблемой правового режима зданий, делимых на оборотоспособные части, всегда был вопрос о критериях отнесения различных объектов к общему имуществу здания. Приходится отметить, что и в этот вопрос последние изменения ГК нужной ясности не внесли.

По действующему законодательству общее имущество здания, как и раньше, включает три элемента: конструкции и оборудование здания; земельный участок; общие помещения, предназначенные для обслуживания более одного помещения в данном доме, именуемые вспомогательными (п. 2 ст. 287.5 ГК). По вспомогательным помещениям как элементам общего имущества до введения в действие данной статьи сложился консенсус: для отнесения помещения к этой категории нужно установить, что оно обслуживает по крайней мере два оборотоспособных объекта (см. п. 2 ст. 287.5).

Трудности часто начинались при определении признаков, на основании которых следовало признавать помещения вспомогательными. К сожалению, не помогает ответить на этот вопрос примерный перечень вспомогательных помещений, помещенный в п. 2 ст. 287.5: технические этажи, чердаки, технические подвалы, в которых имеются инженерные коммуникации, обслуживающие более одного помещения, машино-места в здании. Именно чердаки, подвалы и технические этажи выступают объектами самых острых разногласий, а что делают в этом перечне машино-места (вид оборотоспособных частей здания), трудно понять.

Признание общим имуществом конструкций и оборудования и раньше дискуссий не вызывало. На основании обновленного ГК нельзя не прийти к выводу: конструкции и общедомовое оборудование составляют собственно здание, за исключением пространств, которые заключены между конструкциями и имеют статус помещения. Интересны в этом плане положения ст. 141.12 проекта № 47538–6/5 Федерального закона «О внесении изменений в часть первую Граж-

данского кодекса Российской Федерации»¹⁷. В этой статье проекта к общему имуществу предлагалось относить остальное имущество здания (остальное — по отношению к помещениям, признаваемым недвижимыми вещами).

Таким образом, должен был действовать остаточный принцип: общее имущество в здании — это все не относящееся к помещениям как к недвижимым вещам. Признавая помещения пространством, не имеющим материального содержания, мы должны согласиться с тем, что все, что составляет здание, за исключением соответствующих пространств, является общим имуществом здания. Такой подход вполне рационален, так как отражает положение дел. Одновременно он приводит к выводу, что здание и общее имущество здания представляют собой, по сути дела, синонимы [Рыбалов А.О., 2015].

Видимо, чтобы внести вклад в решение вопроса о критериях «вспомогательности» помещений как вида общего имущества, авторы Закона № 430-ФЗ решили установить, на основании чего может определяться общее предназначение помещения. Оно, согласно последнему предложению первоначальной редакции п. 1 ст. 287.5 ГК, могло следовать: из расположения и назначения помещения, определенных при строительстве здания, либо из решения собственников помещений, машино-мест.

Данную формулировку автор настоящей работы уже обстоятельно критиковал. Теперь Закон № 351-ФЗ ее изменил. Во-первых, вместо признака «предназначенности для обслуживания более одного помещения, машино-места» в п. 1 ст. 287.5 теперь говорится о «предназначении имущества для удовлетворения общих потребностей собственников помещений, машино-мест». Однако в не измененном п. 2 ст. 287.5 сохранилось указание на признак обслуживания более одного помещения (машино-места). Видимо, это должно означать, что «предназначенность для удовлетворения общих потребностей собственников помещений, машино-мест» и «обслуживание более одного помещения (машино-места)» — равнозначные понятия.

Во-вторых, сохранена формулировка, отсылающая к расположению и назначению помещения, определенным при строительстве, что не вызывает возражений, если считать, что речь идет о проектной документации¹⁸.

¹⁷ Available at: URL: <https://privlaw.ru/codification/material-works/amendments-to-the-civil-code-of-rf/> (дата обращения: 05.03.2023)

¹⁸ О проектной документации прямо говорится в ч. 4 ст. 14 Закона № 338-ФЗ применительно к зданиям гаражных комплексов.

В-третьих, законодатель сделал уточнения относительно решения собственников помещений, указав, что это должны быть решения о приобретении, создании или об образовании общего имущества. Уточненная таким образом формулировка полной ясности не дает. Может ли такое решение лишить помещение статуса общего, если этот статус был определен проектной документацией? Не следует ли, исходя из использованной терминологии, считать, что собственники могут определить судьбу лишь вновь возникающего помещения (в случае его приобретения, создания или образования в процессе реконструкции)? Автор считает правильным именно такой подход к этой формулировке, поскольку изменение статуса помещения с общего на оборотоспособное без изменения его назначения в результате реконструкции (перепланировки) и изменения проектной документации является противоправным.

5. Реформирование законодательства о структуре собственности в здании

Результаты изучения развития гражданского законодательства в части определения структуры собственности в здании говорят об кризисе в этой сфере правового регулирования. При очень большом количестве проблем новое законодательство не решило ни одной, если не считать попытку введения единого регулирования для любых зданий, делимых на оборотоспособные части. Это возвращает нас к вопросу о делимости здания и приводит к мысли о необходимости искать альтернативную модель регулирования данного вида отношений.

Доскональный анализ всех точек зрения на проблему соотношения здания и помещений в нем привел автора к заключению: стройная и непротиворечивая система соответствующих отношений может быть создана только на базе признания неделимой вещью здания и отказа от рассмотрения помещений и машино-мест в качестве недвижимых вещей. К такому выводу ранее приходили и другие ученые-цивилисты. Е.А. Суханов предлагал, «вспомнив о юридическом понятии неделимой вещи, установить на нее общую долевую собственность, при которой доли определяются не в вещи, а в праве на нее (ст. 244 ГК), а конкретная часть вещи («реальная доля») предоставляется сособственнику в пользование» [Суханов Е.А., 2006]. К.И. Скловский отмечал, что «естественный выход из этого противоречия лежит, как всем известно, на пути создания общей собственности на здания и регулирования прав на помещения в рамках

установления (договором или законом) определенного режима пользования зданием» [Скловский К.И., 2010: 166]. Предложение урегулировать все отношения между владельцами отдельных помещений в здании в рамках долевой собственности на здание, имеющей особый регламент (исключающий, в частности, преимущественное право покупки), вносились в 2007 г. и автором настоящей статьи.

В доктрине эти предложения вызывают возражения. М.П. Рубанова пишет, что «потребностью субъектов является именно юридически самостоятельная недвижимость, позволяющая осуществлять свои права самостоятельно, а конструкция долевой собственности на здание в целом не достигает той цели, на которую указывают ее сторонники — максимальной реализации правомочий собственника» [Рубанова М.П., 2008: 11]. Ее поддерживает С.И. Куцина, утверждающая, что «потребностью субъектов является именно юридически обособленная недвижимость, позволяющая собственнику осуществлять свои права самостоятельно, что невозможно при отрицании за помещением качеств самостоятельного объекта права» [Куцина С.И., 2017: 671]. Им вторит А.А. Студилко, сообщая, что «инстинкт собственности — один из важнейших у человека. В связи с этим основополагающим свойством человеческой психологии выступает стремление к исключительно единоличному обладанию материальными благами» [Студилко А.А., 2012: 25-28]. К.И. Скловский указывает, что развернуть ситуацию, порожденную системой приватизации, невозможно «ввиду очевидных угроз, по большей части социально-психологических: миллионам собственников помещений, прежде всего, жилых, конечно, невозможно объявить о том, что их право собственности заменяется на общую собственность даже с одновременным установлением такого порядка пользования, который вполне обеспечит им все имеющиеся возможности. Думаем, что основная причина таится именно здесь» [Скловский К.И., 2010: 166].

Мы видим, что препятствие реформированию системы собственности в здании исследователи находят в социально-психологических, а не в правовых или экономических факторах. Конечно, автор далек от того, чтобы отрицать роль социально-психологических аспектов в эффективности правового регулирования, особенно при реформировании законодательства о недвижимости. Между тем ничего не известно о соответствующих социологических исследованиях. В связи с этим приведем пример из той же сферы. В первую редакцию ст. 290 ГК было внесено положение, что собственникам квартир в МКД принадлежат на праве общей долевой собственности общее имущество дома. Эта новелла могла вызвать весьма негативную реакцию в

обществе и даже некоторыми представителями правовой науки оценивалась в следующих выражениях: «Законодатель России умудрился сначала зарегистрировать право собственности на квартиры, а потом взял и «вручил» собственникам помещений в многоквартирном доме еще и общее имущество» [Горбунова О.В., 2006: 238–239].

О возникшей в связи с этим социальной напряженности или волнениях ничего не известно, и можно предположить, почему. При здравом размышлении для основной массы лиц было очевидным, что невозможно приобрести квартиру или помещение «в чистом виде», без конструкций, оборудования и всего того, что составляет здание. Но точно такая же логика работает и в нашем случае. Достаточно только осознать, что объект, называемый законом общим имуществом здания, на самом деле представляет собой это здание. Это очень трудно отрицать, если сложить воедино все, что закон относит к общему имуществу. Внутри этого здания, естественно, окажутся и пространства (объемы) помещений, которые выделить из здания невозможно. Почему возложение на собственников помещений бремени содержания здания, что в субъективном представлении влечет существенное уменьшение имущества этих лиц, не вызывает социальной напряженности и протеста, а изменение терминологии в отношении прав на квартиру или нежилое помещение без их ущемления, должно привести к социально значимой негативной реакции?

Анализ иностранного законодательства и практики правоприменения в отношении так называемой «поэтажной собственности» также не убеждает в необходимости последовать примеру зарубежных юрисдикций в части организации структуры собственности в делимых зданиях. Эти исследования, весьма тщательно и скрупулезно проведенные нашими учеными [Величко В.Е., 2019: 93–125; 2020: 89–123]; [Агеенко А.Е., 2018: 6–44]; [Старченко Ю.В., 2021: 155–192], показывают, что признание права собственности (особого владения и пользования) на помещения в зданиях, сложилось в разных странах под влиянием различных обстоятельств. При этом, во-первых, данный подход вызывал и вызывает критику со стороны зарубежной доктрины как выступающий в качестве очевидного нарушения общего подхода к недвижимости на основе модели единого объекта. Во-вторых, действующее в иных странах правовое регулирование собственности в здании не способно решить все проблемы в этой сфере. Но вопрос о реформировании регулирования этой сферы за рубежом не ставится, поскольку это регулирование применяется там длительное время и отличается значительно более серьезной проработкой по сравнению с ситуацией в России.

Последнее обстоятельство — отсутствие стройной системы норм, регулирующих отношения, связанные с собственностью в делимом здании, — создает редкую возможность формирования в нашей стране системы, лишенной противоречий, свойственных другим правовым порядкам. Это, конечно, не значит, что положительный зарубежный опыт в данной области следует игнорировать. Переход к концепции неделимости здания не исключает использования иностранных подходов к регламентации функционирования сообщества владельцев помещений, возможности и порядка заключения между ними специальных соглашений по определению долей в праве собственности на здание, принятие уставов зданий, регулирующих отношения между владельцами помещений и др.

Все эти соображения позволяют, по крайней мере, сформулировать предложения по переходу к иной системе собственности в здании, оставив законодателю исследование возможных социальных последствий их реализации. Эти предложения сводятся к следующему.

В рамках реформы вещного права и права недвижимости исключить абз. 3 п. 1 ст. 130 ГК об отнесении к недвижимым вещам помещений и машино-мест.

Включить в ст. 130 ГК п. 2 следующего содержания:

«Здания и сооружения являются неделимыми вещами, на которые может быть установлена долевая собственность лиц, имеющих во владении и пользовании помещения и (или) машино-места в этих зданиях.

Участники долевой собственности на здание или сооружение, имеющие во владении и пользовании помещения и (или) машино-места в этих зданиях (сооружениях), не имеют преимущественного права приобретения долей других участников этой долевой собственности.

Лица, государственная регистрация права собственности которых на помещения и (или) машино-места произведена до введения в действие пункта 2 настоящей статьи, признаются обладателями доли в праве собственности на здание, пропорциональной площади помещения и (или) машино-места и обладают правами владения и пользования этими помещениями и (или) машино-местами».

Исключить из ГК ст. 289, 290, 287.5.

Исключить из § 2 главы 16 ГК упоминание о недвижимых вещах, расположенных в зданиях и сооружениях.

Существенно переработать ЖК, исключив из него все нормы, относящиеся к помещениям к недвижимым вещам, либо (предпочтительно) принять закон о собственности на здания и сооружения, оставив

в данном кодексе лишь положения, относящиеся к найму жилых помещений и правах лиц, проживающих в жилых помещениях, но не являющихся участниками долевой собственности на здания.

Разумеется, потребует существенных исправлений и дополнений Федеральный закон от 13.07.2015 №218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» в части порядка внесения изменений в ЕГРН и кадастровый учет помещений, а также в ряд иных законов и других нормативных актов.

Заключение

В современном российском праве исторически сложилась концепция юридической делимости здания на оборотоспособные объекты, в качестве которых выступают помещения (жилые и нежилые), а также машино-места. Юридическая делимость является правовой фикцией. Правовыми фикциями также являются такие «недвижимые вещи», как помещения и машино-места. Этот подход внутренне противоречив; более органична концепция здания как неделимого объекта, но она действующим законодательством не разделяется.

В результате недавних изменений в ГК сформирован единый подход к структуре собственности в любом здании, которое может быть разделено на оборотоспособные объекты. Такое здание может *в целом* находиться в собственности одного лица или в общей собственности нескольких лиц (§ 1 главы 16 ГК). Если здание может быть разделено на помещения и (или) машино-места, находящиеся в собственности разных лиц, то структура собственности описывается § 2 главы 16 и включает в себя собственность на оборотоспособные объекты и долевую собственность собственников этих объектов на общее имущество здания.

Основанием для возможности применения структуры собственности, описанной в § 2 главы 16, является наличие делимого здания, под которым предлагается понимать здание, которое в силу своих конструктивных особенностей и назначения может быть на основании действующих правил учета разделено не менее чем на две оборотоспособные части, представляющие собой помещения и (или) машино-места.

Установление общей структуры собственности в любом делимом здании направлено на устранение применения аналогии закона, действующего отношении многоквартирных домов, ко всем остальным делимым зданиям. Анализ новой конфигурации правовых норм приводит к заключению, что сфера применения такой аналогии без-

условно сужается, но не может быть полностью исключена, поскольку отношения, связанные со структурой собственности в жилищной сфере, продолжают быть урегулированными более подробно, чем эти отношения в других делимых зданиях.

В рамках действующей концепции юридической делимости зданий законодателю следует установить единые нормы в отношении любого делимого здания, а не идти по уже формирующемуся пути принятия отдельных законов о каждом виде соответствующих зданий (многоквартирный дом, гаражный комплекс, офисный комплекс, комплекс апартаментов, комплекс торговых помещений и т.п.).

Определяя критерии выделения в здании общего имущества, закон исходит из того, что отнесение имущества к общему производится на основании проектной документации. В дальнейшем категория нового имущества, возникающего после окончания строительства здания, может определяться решением собственников оборотоспособных объектов, учитывая фактическое назначение этого имущества. Имущество, отнесенное к общему на основании проектной документации, может быть исключено из общего в результате реконструкции, если оно перестало быть предназначенным для удовлетворения общих потребностей.

В порядке изменения концепции законодательства о структуре собственности в здании предлагается рассмотреть возможность признания здания неделимой вещью и отказа от признания помещений и машино-мест недвижимыми вещами. При этом правовых и экономических препятствий для такого решения не усматривается, а ссылка ряда ученых на социально-психологические факторы выглядит необоснованной. Детальная программа перехода к долевой собственности на здания может быть разработана и выполнена, а без предлагаемой реформы бессмысленно говорить о реализации концепции единого объекта недвижимости. Эта реформа могла бы стать либо предварительным этапом перехода к единому объекту недвижимости, либо составной частью программы такого перехода.



Список источников

1. Агеенко А.Е. Гражданско-правовой режим поэтажной (жилищной) собственности: сравнительно-правовое исследование / Опыты цивилистического исследования: сборник статей. Вып. 2. М.: Статут, 2018. С. 6–44.
2. Алексеева О.Г. Жилое помещение: фикция, пространство, материальный объект? // Семейное и жилищное право. 2008. № 1. С. 17–22.
3. Анненков К.Н. Система русского гражданского права: в 6 т. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1894. Т.1. 591 с.

4. Басос Е.В. Коммунальная собственность в Российской Федерации // Юридический мир. 2015. № 11. С. 42–46.
5. Басос Е.В. Правовой режим помещения как объекта гражданских прав: автореф. дис... к. ю. н. М., 2015. 22 с.
6. Береговая Т.А. Частноправовые и публично-правовые начала в регулировании отношений по управлению многоквартирным домом: автореф. дис ... к. ю. н. Саратов, 2014. 30 с.
7. Величко В.Е. Поэтажная собственность как правовой феномен // Журнал Российской школы частного права. 2019. № 6. С. 93 -125.
8. Величко В.Е. Регистрация права собственности на помещение: условия, судебная практика, зарубежный опыт // Цивилистика. 2020. Вып. 6. С. 89–123.
9. Гонгало Б.М. Жилое помещение— объект недвижимости (краткое вступление к большой дискуссии) // Семейное и жилищное право. 2007. № 2. С. 2–4.
10. Горбунова О.В. Право общей долевой собственности в многоквартирном доме / Актуальные проблемы частноправового регулирования. Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2006. С. 238–239.
11. Дроздов И.А. Понятие «обслуживающей» долевой собственности // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2000. № 8. С. 125–139.
12. Козлова Е.Б. Прецедентные свойства актов высшего Арбитражного суда РФ в сфере оборота недвижимости // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 1. С. 28–34.
13. Крашенинников П.В. Современные проблемы права собственности и иных вещных прав на жилые помещения: автореф. дис. ... д. ю. н. . М., 1997. 55 с.
14. Куцина С.И. Объекты собственности в многоквартирном жилом доме. В кн.: Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека. Краснодар: Юридический центр Пресс, 2007. С. 667–674.
15. Максимович Д.А. Совершенствование правового режима зданий и помещений // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 7. С. 91–98.
16. Осадченко Э.О. Осуществление права частной собственности на жилые помещения: автореф. дис ... к. ю. н. Волгоград, 2010. 22 с.
17. Победоносцев К.П. Курс гражданского права: вотчинные права. М.: Статут, 2002. Ч. 1. 761 с.
18. Рубанова М.П. Правовой режим нежилых помещений и проблемы их участия в коммерческом обороте: автореф. дис ... к. ю. н. СПб., 2008. 24 с.
19. Рыбалов А.О. Здание или «общее имущество»? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 2. С. 138–148.
20. Серегин И.В. Понятие «жилого помещения»: на основе анализа научной и учебной литературы // Право и государство. 2007. № 12. С. 135–138.
21. Скловский К.И. Некоторые проблемы права на нежилое помещение // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2003. № 8. С. 84–95.
22. Скловский К.И. Помещение как объект права // Закон. 2010. № 1. С. 166–171.
23. Старченко Ю.В. Особенности долевой собственности на общее имущество собственников помещений в нежилом здании // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2021. № 3. С. 155–192.

24. Студилко А.А. К вопросу о необходимости защиты прав собственников жилых помещений в многоквартирных домах // Российская юстиция. 2012. № 6. С. 25–28.
25. Суханов Е. А. (отв. ред.) Гражданское право: в 4 т. Т. I. М.: Волтерс Клувер, 2004. 720 с.
26. Суханов Е. А. О понятии и видах вещных прав в российском гражданском праве // Журнал российского права. 2006. № 12. С. 42–50.
27. Трубачев Е.О. Нежилые помещения как объекты недвижимости: гражданско-правовой аспект: автореф. дис ... к. ю. н. Томск, 2009. 30 с.
28. Филатова У.Б. Общее имущество собственников помещений в многоквартирном доме: автореф. дис... к. ю. н. Иркутск, 2006. 25 с.
29. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: СПАРК, 1995. 556 с.
30. Шлотгауэр М.А. Часть жилого дома или квартиры как предмет договора купли-продажи жилого помещения // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2006. № 13. С. 239–332.



References

1. Ageenko A.E. (2018) Civil Law Regime of Floor (Housing) Property: a Comparative Study. In: Experiences of Civil Law Research: collection of papers. Moscow: Statut, pp. 6–44 (in Russ.)
2. Alexeeva O. G. (2008) Living Quarters: Fiction, Space, Material Object? *Semeinoe i zhilishchoe pravo*=Family and Housing Law, no. 1, pp. 17–22 (in Russ.)
3. Annenkov K.N. (1894) The System of Russian Civil Law: in 6 vols. Vol. 1. Saint Petersburg: Stasulevich, 591 p. (in Russ.)
4. Basos E.V. (2015) Municipal Property in the Russian Federation. *Juridicheskii mir*=Legal World, no. 11, pp. 42– 46 (in Russ.)
5. Basos E.V. (2015) Legal Regime of the Premises as an Object of Civil Rights. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 22 p. (in Russ.)
6. Beregovaya T.A. (2014) Private Law and Public Law Regulating Management of an Apartment Building. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saratov, 30 p. (in Russ.)
7. Civil Law: a textbook (2004) Vol. 1. E.A. Sukhanov (ed.). Moscow: Wolters Kluwer, 720 p. (in Russ.)
8. Drozdov I.A. (2000) The Concept of “Serving” Shared Ownership. *Izvestia vysshikh uchebnykh zavedeniy*=News of Higher Educational Institutions, no. 8, pp. 125–139 (in Russ.)
9. Filatova U.B. (2006) Common Property of Owners of Premises in an Apartment Building. Candidate of Juridical Sciences Summary. Irkutsk, 25 p. (in Russ.)
10. Gongalo B.M. (2007) Residential Premises, an Object of Real Estate. *Semeinoe i zhilishchoe pravo*=Family and Housing Law, no. 2, pp. 2–4 (in Russ.)
11. Gorbunova O.V. (2006) Common Shared Ownership in an Apartment Building. In: Issues of Private Law Regulation. Samara: University, pp. 238–239 (in Russ.)
12. Kozlova E. B. (2012) Precedent Properties of Acts of the Supreme Arbitration Court in the Field of Real Estate Turnover. *Zakony Rossii*=Laws of Russia, no. 1, pp. 28–34 (in Russ.)

13. Krashennnikov P. V. (1997) Modern Issues of Property Rights and other Real Rights to Residential Premises. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 55 p. (in Russ.)
14. Kutcina S.I. (2007) Property Objects in an Apartment Building. In: The Concept of Judicial System Development and System of Enforcement of Decisions of the Constitutional Court, Courts of General Jurisdiction, Arbitration Courts and the European Court of Human Rights. Krasnodar: Juridical Press Center, pp. 667–674 (in Russ.)
15. Maksimovich D.A. (2009) Improving Legal Regime of Buildings and Premises. *Zakony Rossii*=Laws of Russia, no. 7, pp. 91–98 (in Russ.)
16. Osadchenko E.O. (2010) Implementation of the Right of Private Ownership of Residential Premises. Candidate of Juridical Sciences Summary. Volgograd, 22 p. (in Russ.)
17. Pobedonostsev K.P. (2002) Civil Law Course: Patrimonial Rights. Part 1. Moscow: Statut, 761 p. (in Russ.)
18. Rubanova M.P. (2008) The Legal Regime of Non-residential Premises and their Participation in the Commercial Turnover. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 24 p. (in Russ.)
19. Rybalov A. O. (2015) Building or “Common Property”? *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia*=Bulletin of Economic Justice, no. 2, pp. 138–148 (in Russ.)
20. Seregin I.V. (2007) The Concept of “Residential Premises»: based on academic and learning literature. *Pravo i gosudarstvo*=Law and State, no. 12, pp. 135–138 (in Russ.)
21. Sklovsky K.I. (2003) Right to Non-residential Premises. *Vestnik vysshego arbitrazhnogo suda*=Bulletin of the Supreme Arbitration Court, no. 8, pp. 84–95 (in Russ.)
22. Sklovsky K.I. (2010) Premises as Object of Law. *Zakon*=Law, no. 1, pp. 167–171 (in Russ.)
23. Starchenko Yu. V. (2021) Shared Ownership of the Common Property of Owners of Premises in a Non-residential Building. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia*=Bulletin of Economic Justice, no. 3, pp. 155–192 (in Russ.)
24. Studilko A.A. (2012) On the Need to Protect the Rights of Owners of Residential Premises in Apartment Buildings. *Rossiyskaya justitsia*=Russian Justice, no. 6, pp. 25–28 (in Russ.)
25. Sukhanov E.A. (2006) Concept and Types of Rights in Rem in Russian Civil Law. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 12, pp. 42–50 (in Russ.)
26. Trubachev E.O. (2009) Non-residential Premises as Objects of Real Estate: Civil Law Aspect. Candidate of Juridical Sciences Summary. Tomsk, 30 p. (in Russ.)
27. Shershenevich G.F. (1995) *The Russian Civil Law*. Moscow: Spark, 556 p. (in Russ.)
28. Shlotgauer M.A. (2006) Part of a Residential Building or Apartment as a Subject of a Contract for Sale of Residential Premises. *Vestnik Juzhnouralskogo gosudarstvennogo universiteta*=Bulletin of the South Ural State University. Series: Law, no. 13, pp. 229–232 (in Russ.)
29. Velichko V. E. (2019) Floor-by-Floor Property as a Legal Phenomenon. *Zhurnal rossiyskoy shkoly chastnogo prava*=Journal of the Russian School of Private Law, no. 6, pp. 93–125 (in Russ.)
30. Velichko V. E. (2020) Registration of Ownership of the Premises: Conditions, Practice, Foreign Experience. *Tcivilistica*=Civilistics, no. 6, pp. 89–123 (in Russ.)

Информация об авторе:

В.А. Алексеев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

V.A. Alekseev — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 14.09.2023; одобрена после рецензирования 20.02.2024; принята к публикации 02.03.2024.

The article was submitted to editorial office 14.09.2023; approved after reviewing 20.02.2024; accepted for publication 02.03.2024.

Научная статья

УДК: 347.51

JEL: K36

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.133.161

Родители как «вторичные потерпевшие» в случае нанесения травмы ребенку



Максим Владимирович Кратенко

Санкт-Петербургский государственный университет, Россия 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7-9,
maxkrat@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6583-0588>



Аннотация

При причинении вреда здоровью в качестве потерпевшего (кредитора) традиционно рассматривается лишь сам пострадавший. Именно его закон наделяет правом на возмещение утраченного дохода, дополнительных расходов на лечение и уход. На практике многие родители пострадавших детей вместо обращения за профессиональными услугами к третьим лицам (сиделкам, психологам и пр.) сами осуществляют необходимый ребенку уход и реабилитацию на ежедневной основе, после чего предъявляют требование к делинквенту о возмещении убытков в виде утраченного заработка. В статье анализируются подходы российских и зарубежных судов к рассмотрению подобных исков, а также примеры прямого законодательного регулирования вопросов, связанных с оплатой безвозмездной помощи, оказываемой пострадавшему его близкими, или возмещением указанным лицам неполученного дохода. Сделан вывод о том, что родитель травмированного ребенка при определенных условиях вправе требовать возмещения неполученного заработка или стоимости осуществляемого лично ухода: необходимость постоянного ухода за ребенком ограничивает родителя в возможности осуществлять трудовую деятельность; ответчиком не доказана возможность обеспечения ребенку постороннего ухода за меньшую сумму и др. При этом стандарт доказывания вынужденного характера прекращения трудовой деятельности не должен быть слишком высоким; достаточно, чтобы соответствующее решение истца отвечало требованиям разумности и добросовестности. *De lege lata* требования родителей как вторичных потерпевших могут удовлетворяться со ссылкой на положения ст. 15, п. 1 ст. 1064 ГК РФ о полном возмещении вреда и ст. 1080 о праве регресса, либо положения ст. 1102 ГК РФ о взыскании неосновательного сбере-

жения. *De lege ferenda* целесообразно расширить понятие юридически значимого вреда в случае нанесения травмы физическому лицу, указав на возмещение убытков лицам, оказывающим пострадавшему необходимый уход на безвозмездной основе, и возможность их расчета через не полученный заработок.



Ключевые слова

инвалидность; юридически значимый вред; безвозмездный уход; утраченный доход; семейные связи; вторичный потерпевший.

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

Для цитирования: Кратенко М.В. Родители как «вторичные потерпевшие» в случае нанесения травмы ребенку // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 133–161. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.3.133.161

Research article

Parents as ‘Secondary Victims’ in Case of Injury to a Child



Maksim V. Kratenko

Saint Petersburg State University, 7-9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia,
maxkrat@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-6583-0588>



Abstract

Only the injured person is traditionally considered a victim. It is he or she who is entitled by law to claim compensation for lost income, additional expenses for medical treatment and other care. However, in practice, many parents of disabled children, instead of seeking professional services from third parties (psychologists, carers, etc.), themselves provide daily care necessary for the child, after which they turn to the tortfeasor with a claim for compensation for lost income. The article analyses the approaches of Russian and foreign courts to the resolution of such claims, as well as examples of direct legal regulation of issues related to the payment of gratuitous care provided by relatives and friends. It is concluded that under certain conditions the parents of an injured child are entitled to claim compensation for lost income: the need for daily childcare limits the parent's ability to work; the defendant has not proved that it is possible to provide the child with the necessary care for less than the parent's lost income, etc. The standard of proof for involuntary termination of employment should not be too high; it is sufficient that the parent's decision meets the requirements of reasonableness and good faith. *De lege lata* the parents' claim may be satisfied with reference to the provisions of Article 15, Article 1064 of the Russian Civil Code on full compensation and Article 1081 on recourse, or the provisions of Article 1102 on recovery of unjust enrichment. *De lege ferenda* it is advisable to expand the concept of legally relevant damage in the case of personal injury, indicating the indemnification

of persons providing necessary care to the injured person on a gratuitous basis and the possibility of calculating the amount of indemnity through their lost income.



Keywords

disability; legally relevant damage; gratuitous care; lost income; family relationship; secondary victim.

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

For citation: Kratenko M.V. (2024) Parents as ‘Secondary Victims’ in Case of Injury to a Child. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 133–161 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.133.161

Введение

Количество детей-инвалидов растет из года в год. Эта неутешительная статистика характерна для многих государств, включая Россию. По данным Федерального реестра инвалидов на 31.12.2023 в России более 755 тыс. детей-инвалидов¹. Значительную долю из них составляют дети с так называемыми родовыми травмами. В широком смысле слова родовая травма (birth-related injury) означает любое травмирование ребенка до, в процессе или сразу после родов; в узком смысле термин используется для описания механических повреждений, полученных ребенком во время родов. Родовые травмы часто сопровождаются серьезными неврологическими нарушениями и другими патологиями [Van Vleet M.V., 2012: 159–160]. Наиболее типичным осложнением является детский церебральный паралич (далее — ДЦП), который значительно ограничивает возможности ребенка к самообслуживанию и самостоятельному развитию.

Специалисты отмечают, что системное взаимодействие родителей таких детей с профильными медицинскими и социальными службами отсутствует. Поддержка семьи сводится к периодическому медицинскому осмотру ребенка и консультированию². Более того, в трудной экономической ситуации, когда доходы многих семей падают, а цены на услуги платных специалистов по реабилитации растут, многие родители предпочитают самостоятельно оказывать ребенку

¹ Available at: URL: https://rosstat.gov.ru/storage/mediabank/pi_1.3.xlsx (дата обращения: 01.03.2024)

² См.: Чудо-навигатор 360 градусов: комплексная информационно-консультативная поддержка и маршрутизация семей с недоношенными детьми, в том числе с ДЦП. Available at: <https://xn--80afcdbalict6afooklqi5o.xn--p1ai/public/application/item?id=363866c5-2cbe-4615-9928-0e018dc3c6f5> (дата обращения: 01.03.2024)

необходимую помощь, отказываясь от продолжения трудовой или профессиональной деятельности и посвящая все свободное время ребенку с особенностями.

Хотя заболевание ДЦП у новорожденного может быть вызвано различными обстоятельствами, в немедицинских кругах распространено мнение, что основной причиной данной патологии является врачебная ошибка — отсутствие необходимых анализов и инструментальных исследований в ходе наблюдения за беременностью, выбор ошибочной тактики при родоразрешении. Например, в США на протяжении многих лет наблюдается рост судебных разбирательств дефектов акушерской помощи. Американские исследователи связывают этот кризис с мифом о том, что электронный мониторинг плода (Electronic fetal monitoring, EFM), т.е. контроль за сердцебиением ребенка может предсказать риск ДЦП и даже предотвратить его [Sartwelle T.P., 2020: 295–296]. Российские юристы с опытом медицинских споров также склонны связывать серьезные патологии у новорожденного с дефектами акушерско-гинекологической помощи. По словам медицинского юриста Е. Козьминых, «каждый диагноз ДЦП у новорожденного — это повод для судебного разбирательства, возможность взыскать с больницы компенсацию морального вреда здоровью ребенка и утраченного заработка, так как впоследствии мама будет вынуждена уйти на пенсию по уходу за ребенком-инвалидом»³.

На фоне ухудшения показателей перинатальной смертности⁴ растет количество гражданских исков к профильным медицинским учреждениям, прежде всего к родильным домам. Хуже того, врачи — акушеры-гинекологи становятся лидерами по частоте обвинения в совершении ятрогенных⁵ преступлений⁶. Превентивный эффект⁷

³ Available at: URL: <https://www.perm.kp.ru/daily/27254/4385685/> (дата обращения: 01.03.2024)

⁴ По данным Минздрава России в 2021 г. антенатально погибло 7807 плодов, в родах — 495 детей, в первую неделю жизни — 2610; смертность беременных и рожениц составила 573 женщины.

⁵ От др.-греч. *ιατρός* (врач) + *γενεά* (рождение), т.е. возникший в результате врачебных действий.

⁶ По статистике Российского центра судебно-медицинской экспертизы, из 3618 материалов уголовных дел, поступивших в центр на рассмотрение за период с 2012 по 2021 гг., 718 касались врачей акушеров-гинекологов (15,3%), на втором месте оказались врачи-инфекционисты (371 дело) и лишь на третьем месте хирурги (364). Available at: URL: <https://medvestnik.ru/content/news/Centr-sudmedekspertizy-Minzdrava-raskryl-statistiku-po-ugolovnym-delam-pediatrov-i-akusherov.html> (дата обращения: 01.03.2024)

⁷ Имеется в виду повышение уровня безопасности акушерско-гинекологической помощи.

судебных решений по гражданским делам незначителен, поскольку в качестве ответчика выступает медицинское учреждение (а не врач, допустивший ошибку), чаще всего — бюджетное, по обязательствам которого субсидиарную ответственность несет его собственник (абз. 2 п. 5 ст. 123.22 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК). В свою очередь многочисленные уголовные преследования акушеров-гинекологов способствуют негативному отношению к этой медицинской профессии⁸.

В судебной практике пока преобладают иски родителей к медицинским организациям о компенсации морального вреда. Судьи без труда рассматривают подобные споры, поскольку для присуждения компенсации достаточно установить отступления от медицинских стандартов, клинических рекомендаций. Постановления Верховного Суда Российской Федерации ориентируют нижестоящие суды на то, что любой недостаток медицинской услуги свидетельствует о нарушении права гражданина на охрану здоровья и может быть основанием взыскания компенсации морального вреда. Вопрос о влиянии недостатков на результат лечения, в данном случае — исход родов (состояние здоровья матери и ребенка) отходит на второй план. Иск может быть удовлетворен и если судебно-медицинским экспертом сделан вывод о лишь косвенной связи между выявленными недостатками и осложнениями, снижении шансов матери и новорожденного избежать осложнений. Характер связи серьезно влияет на размер присуждаемой компенсации.

Пациентка обратилась с иском к больнице о компенсации морального вреда, указывая, что из-за неверной акушерской тактики была нанесена травма ей и ее дочери, родившейся с серьезными патологиями. Ребенку диагностирован ДЦП, установлена инвалидность. Суд первой инстанции пришел к выводу, что дефекты медицинской помощи не оказали влияния на здоровье матери, равно как и не являлись причиной патологий у новорожденной. Тем не менее в пользу истицы была взыскана компенсация в размере 150 000 руб. Суд апелляционной инстанции пересмотрел указанное решение. На основании заключения повторной судебной-медицинской экспертизы судебная коллегия пришла к выводу, что врачами больницы была допущена тактическая ошибка — о проведении кесарева сечения на сроке беременности в 30 недель⁹, что значительно повышало

⁸ Результаты опросов обучающихся на магистерской программе «Медицинское и фармацевтическое право» в 2022–2024 годах (Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет).

⁹ Врачи не использовали возможность консервативного лечения возникших у матери осложнений, т.е. пролонгирования беременности.

риски осложнений у ребенка в связи с его недоношенностью; размер компенсации был увеличен до 1,5 млн. руб.¹⁰

Однако взыскиваемые в пользу родителей и ребенка-инвалида суммы компенсации морального вреда даже при динамике их увеличения¹¹ несоразмерны с потерями и трудностями, с которыми сталкивается семья: ежедневный круглосуточный уход за ребенком вне зависимости от его возраста, регулярные лечебно-оздоровительные и развивающие занятия, поездки на лечение за границу и т.д.

Не удивительно, что родители, оставившие работу для самостоятельного ухода за ребенком, все чаще обращаются с исками к медицинским учреждениям о возмещении утраченного заработка. В этих спорах вопрос о причинной связи между ненадлежащим оказанием медицинской помощи и ухудшением здоровья потерпевшего (ребенка) приобретает принципиальное значение. Трудность заключается и в том, что нормы §2 гл. 59 ГК применительно к травмированию гражданина не указывают на возможность возмещения вреда кому-либо еще, кроме самого пострадавшего. В доктрине в качестве управомоченного лица при повреждении здоровья рассматривается, как правило, лишь сам пострадавший [Иоффе О.С., 2004: 796]; [Агibalова Е.Н., 2020: 202–203]. Поэтому судебная практика по данной категории исков не отличается единообразием.

Хотя фокус настоящего исследования направлен на случаи медицинского травмирования детей, сформулированные в заключении выводы могут иметь и более универсальное значение — для всех исков о возмещении вреда здоровью.

1. Иски родителей травмированного ребенка о возмещении утраченного заработка в России: поворот в судебной практике

Иски родителей травмированного ребенка к медицинскому учреждению о возмещении убытков в виде утраченного заработка

¹⁰ Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 04.05.2022 № 33-195/2022 по делу № 2-92/2020 // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ См., напр.: апелляционное определение Забайкальского краевого суда от 12.08.2021 № 33-2400/2021 по делу № 2-29/2021 (по иску Шемелиных к ГУЗ «Улетовская ЦРБ»). В связи с ошибками при ведении родов, в пользу родителей и ребенка-инвалида взыскано в общей сложности 1,4 млн. руб. Апелляционной инстанцией общий размер компенсации увеличен до 4,5 млн. руб. Дело освещалось в СМИ. Available at: URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/apellyatsiya-vzyskala-s-bolnitsy-4-5-mln-rub-kompensatsii-moralnogo-vreda-za-defektnye-rody/> (дата обращения: 01.03.2024). Сумма компенсации, на первый взгляд, кажется значительной. Однако с учетом ожидаемой продолжительности жизни ребенка с ДЦП, в пересчете на месяц компенсация составит лишь 7500 руб., из расчета 4 500 000 / 50 лет / 12 мес.

встречались в судебной практике и раньше. Так, в п. 5 Обзора судебной практики Верховного Суда России за 2-й квартал 2002 года (утв. 17.07.2002) приводится следующий пример.

Вследствие неправильного диагноза и запоздалого лечения сын истицы ослеп на оба глаза и стал инвалидом. В целях ухода за сыном на дому истица уволилась с работы, а впоследствии обратилась с иском к медицинскому учреждению о возмещении утраченного заработка. Суд первой инстанции в иске отказал, сославшись на то, что истице выплачивается пенсия на содержание ребенка-инвалида. Суд также отметил, что §2 гл. 59 ГК не предусматривает возмещения подобных убытков в случае причинения вреда здоровью.

Президиум областного суда пересмотрел решение в пользу истицы, отметив, что ее увольнение с работы было вынужденным, поскольку ребенку в силу младенческого возраста был необходим не только медицинский, но и материнский уход на постоянной основе. Требование истицы было квалифицировано в качестве иска о возмещении убытков, полное возмещение которых предусмотрено ст. 15 ГК¹².

Эта позиция, приведенная Верховным Судом России в квартальном обзоре, не вызвала тогда доктринальных дискуссий. Напротив, пример цитировался в комментариях к ГК¹³ и в учебных пособиях по деликтному праву [Шевченко Г.Н., 2013: 110]. В 2002 году подобные иски родителей были экзотикой, что, вероятно, и объясняет их некритическое восприятие. Сходные ситуации упоминались и в литературе советского периода, однако их обсуждение в основном ограничивалось констатацией права матери или отца пострадавшего ребенка требовать возмещения дополнительных расходов, включая стоимость проездных билетов (для посещения врача и пр.) и утраченный заработок в дни сопровождения ребенка или ухода за ним [Шиминова М.Я., 1972: 75]. Высказывалось также мнение, что до достижения пострадавшим ребенком совершеннолетия или экономической самостоятельности «потерпевшими в гражданско-правовом смысле» являются его родители, которые вынуждены его содержать [Малеин Н.С., 1962: 16–17]. Однако детальному анализу исследуемая проблема не подвергалась¹⁴.

¹² Available at: URL: <http://xn--blazaj.xn--plai/2002/obzor-sudebnoy-praktiki-vs-rf/2002.07.17.html> (дата обращения: 01.03.2024)

¹³ См., напр.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая / под ред. А.П. Сергеева. М., 2010 (комментарий к ст. 1087).

¹⁴ Существует неопределенность в решении как минимум следующих вопросов: субъект, уполномоченный заявить требование о возмещении стоимости ухода,

В условиях стремительного роста количества медицинских споров подход судов к искам родителей травмированного ребенка изменился. Инвалидность ребенка из-за медицинской ошибки и постоянный уход за ним одного из родителей еще не предрешают вопроса о возмещении данному родителю заработка, который он имел в прошлом или мог быть определенно иметь в будущем при нормальном развитии событий. Показательным является следующее дело, в котором суды апелляционной и кассационной инстанций по-разному оценили одни и те же фактические обстоятельства.

Мать ребенка-инвалида обратилась с иском к межрайонной больнице о взыскании убытков в виде утраченного заработка за период с 2019 по 2021 гг., ссылаясь на то, что по вине ответчика ее новорожденный сын получил травму и нуждается в постоянном уходе. Истица ранее работала бухгалтером, после рождения ребенка с родовой травмой уволилась и не имеет возможности трудоустроиться. На уход за ребенком она получает социальную выплату в сумме 13 тыс. руб., которой явно недостаточно для достойного уровня жизни ее семье. Расчет утраченного заработка произведен исходя из средней заработной платы работников аналогичной специальности.

Решением суда, оставленным без изменения апелляционной инстанцией, иск удовлетворен. Суды исходили из того, что ребенку истицы установлена третья группа способности к самообслуживанию и передвижению (нужда в постоянной посторонней помощи, полная зависимость от других лиц), истица не трудоустроена и фактически осуществляет уход за ребенком-инвалидом в возрасте до 18 лет. Указанные обстоятельства являются следствием ненадлежащего оказания ответчиком медицинской помощи. Доводы апелляционной жалобы ответчика: истица могла прибегнуть к услугам третьих лиц по уходу и продолжать трудовую деятельность, отклонены¹⁵.

Суд кассационной инстанции, напротив, согласился с ответчиком и отменил судебные акты по делу. Коллегия указала, что закон не предусматривает при травмировании ребенка возмещения заработка его родителю, не работающему по собственной инициативе. Истица, как следует из трудовой книжки, уволена по собственному желанию, при этом судами не установлена объективная невозможность продолжения ею трудовой деятельности, равно как и отсут-

оказываемого бесплатно; расчет стоимости ухода; срок давности для предъявления подобных требований.

¹⁵ Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 21.08.2023 № 33-10138/2023 по делу № 2-310/2023.

ствие возможности воспользоваться услугами третьих лиц. В деле отсутствуют доказательства того, что истица принимала меры к трудоустройству и ей было в этом отказано. Заботясь о здоровье ребенка, истица добровольно приняла решение не работать и ухаживать за ребенком, получая при этом социальное пособие¹⁶.

Подобная аргументация, в которой суд устанавливает высокий стандарт доказывания родителю, претендующему на возмещение утраченного заработка за время ухода за ребенком-инвалидом (вынужденный характер увольнения; невозможность последующего трудоустройства на условиях полной или частичной занятости; отсутствие возможности воспользоваться услугами третьих лиц для ухода за ребенком), встречается и в других судебных постановлениях¹⁷. Более того, в вышеприведенном примере суд поставил под сомнение право родителя права требовать возмещения каких-либо убытков¹⁸ в случае причинения вреда здоровью его ребенка. По мнению кассационной коллегии, в качестве единственного субъекта, уполномоченного на возмещение тех или иных потерь в контексте статей 1085 и 1087 ГК, законодатель видит лишь самого пострадавшего.

2. Предварительные аргументы в пользу наличия у родителя права требовать возмещения убытков

Как опровергнуть вышеприведенный тезис об отсутствии у родителя права на возмещение утраченного заработка в контексте ст. 1085, который фактически «наказывает» родителя за его выбор в пользу самостоятельного ухода за ребенком-инвалидом? Имеются по крайней мере следующие контраргументы.

¹⁶ Определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 23.01.2024 № 88-1627/2024.

¹⁷ См.: определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 01.12.2020 № 88-28326/2020 по делу № 2-224/2020 (Оставлено в силе решение суда первой инстанции об отказе в иске родителю ребенка-инвалида о взыскании убытков в виде утраченного заработка, поскольку истец уволен по собственному желанию, не доказал невозможность трудоустройства, является получателем социального пособия на ребенка-инвалида); апелляционное определение Суда Ханты-Мансийского округа—Югры от 21.11.2017 № 33-8492/2017 (Иск к больнице о возмещении дополнительных расходов на лечение ребенка-инвалида и убытков в виде утраченного заработка удовлетворен лишь в части расходов на лечение, поскольку истец не доказал, что единственным разумным способом обеспечения ухода за ребенком было прекращение трудовых отношений) // СПС Консультант Плюс.

¹⁸ Действуя при этом в своих интересах.

Во-первых, в рамках категории медицинских споров формируется практика, согласно которой при причинении вреда здоровью пациента вследствие некачественного лечения требование о компенсации морального вреда может быть заявлено не только самим пациентом, но и членами его семьи или родственниками, которые осуществляют за ним уход¹⁹. Суды исходят из того, что неправильное лечение создает угрозу личным (семейным) связям между близкими²⁰. В данном случае члены семьи и родственники пациента рассматриваются в качестве самостоятельных потерпевших.

Но если интерес в сохранении личных (семейных) связей заслуживает правовой защиты²¹, почему защита ограничивается компенсацией морального вреда, но не охватывает имущественные потери семьи? Пример с утраченным заработком родителя, осуществляющим уход за травмированным ребенком, — это лишь часть большой проблемы экономической оценки семейных связей. В литературе есть мнение в пользу широкой трактовки вреда личности, предлагается включать в него «родительский ущерб», т.е. утрату родителями в случае смерти ребенка возможного финансового содержания в будущем [Фаст И.А., 2020: 54–55].

Во-вторых, суды апеллируют к тому, что самому родителю вред здоровью не причинен, трудоспособность не утрачена, поэтому он не может рассматриваться в качестве потерпевшего в контексте ст. 1085. С этим трудно спорить, если не выходить за рамки указанного контекста. Однако с позиции ст. 15 и 1064 ГК о полном возмещении всех причиненных убытков этот тезис уже не выглядит бесспорным. Поведение родителей или других близких, которые стараются быть рядом с пострадавшим и оказать ему необходимую помощь, даже в решении бытовых вопросов, вполне разумно, закономерно и даже ожидаемо в современном обществе. В зарубежной судебной практике немало примеров, когда суд удовлетворял иски родственников пострадавшего о возмещении транспортных и иных

¹⁹ См., напр.: апелляционное определение Красноярского краевого суда от 01.03.2021 № 33-2566/2021 по делу № 2-958/2020 (Удовлетворено требование сестры пациента к медицинскому учреждению о компенсации морального вреда) // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ См.: абз. 3 п. 1 и п. 49 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.11.2022 № 33 «О практике применения судами норм о компенсации морального вреда». См. также: определение Верховного Суда РФ № 56-КГПР19-7 от 08.07.2019 (Другой контекст, но сходная логика обоснования права близких пострадавшего на компенсацию морального вреда) // СПС Консультант Плюс.

²¹ Материнство и детство, а также семья являются конституционно значимыми ценностями (ст. 38 Конституции Российской Федерации).

расходов, понесенных в связи с необходимостью срочного приезда и ухода за пострадавшим. Главное, чтобы эти расходы отвечали критериям разумности и причинной связи [Oda]Н., 2009: 189].

В-третьих, суды упрекают родителей ребенка-инвалида в том, что они не воспользовались услугами иных лиц для постороннего ухода, после чего могли бы потребовать (в интересах ребенка) возмещения расходов делинквентом, т.е. медицинской организацией. Однако и этому есть разумное объяснение. Стоимость профессиональных услуг по уходу за ребенком-инвалидом, не способным к самообслуживанию, зачастую превышает средний заработок одного, а то и обоих родителей. Родитель, который принимает решение оставить работу и осуществлять уход за ребенком, фактически уменьшает бремя делинквента²². Важно лишь, что в связи с медицинской травмой установлена нуждаемость ребенка-инвалида в постоянном постороннем уходе или реабилитационных процедурах и, соответственно, его право на возмещение дополнительных расходов (п. 1 ст. 1085 ГК). Безусловно, возможны противоположные ситуации, когда родитель увольняется с высокооплачиваемой должности для ухода за ребенком-инвалидом. В таких случаях ответчик вправе доказывать, что решение родителя не отвечает требованиям экономической целесообразности, а потеря им заработка не является необходимой в смысле, определенном в п. 2 ст. 15 ГК.

В-четвертых, аналогичные иски о взыскании утраченного заработка заявляются родителями пострадавшего ребенка и вне медицинского контекста (в связи с ДТП, ненадлежащим оказанием образовательных услуг), при этом судебные решения не отличаются единообразием. Так, судом был удовлетворен иск матери ребенка, получившего травму в развлекательном центре, о взыскании убытков; взыскана неполученная заработная плата за 6 месяцев, в течение которых истица осуществляла уход за ребенком и вынуждено оформила отпуск без содержания²³. В другом деле мать ребенка, пострадавшего в ДТП и ставшего инвалидом, обратилась с иском к виновнику о возмещении утраченного заработка, мотивируя его тем, что в связи с назначением ее опекуном в отношении недееспособной дочери она была вынуждена прекратить трудовые отношения и осуществлять ежедневный уход за ребенком-инвалидом. Указанное

²² Гипотетически можно говорить, что при специальном уходе родителей за ребенком-инвалидом (в объеме, превышающем уход обычно необходимый здоровому ребенку) на стороне делинквента образуется неосновательное сбережение.

²³ См.: определение Девятого кассационного суда общей юрисдикции от 03.12.2020 № 88-8653/2020 по делу № 2-2209/2019 // СПС Консультант Плюс.

требование также было удовлетворено²⁴. Ни в одном из перечисленных случаев у суда не возникло сомнений в праве родителя требовать возмещения причиненных убытков в связи с травмированием его ребенка²⁵. Обилие положительных решений свидетельствует о том, что исследуемые иски не из категории несерьезных, в них есть рациональное зерно и социальная справедливость.

В судебных решениях по искам родителей о возмещении утраченного заработка можно встретить и другие контраргументы, в частности: об обязанности родителей в силу закона заботиться о ребенке; о государственных мерах социальной поддержки лиц с инвалидностью и тех, кто осуществляет за ними постоянный уход²⁶. Эти доводы не исключают в принципе права родителя требовать возмещения убытков, хотя, вероятно, могут быть учтены при определении размера возмещения.

3. Подход стран общего права к возмещению убытков лицам, осуществляющим уход за пострадавшим на добровольных началах

Для стран общего права характерно широкое понимание вреда и убытков (*damages*), поэтому иски родителей о возмещении утраченного заработка не отклоняются по одним лишь формальным соображениям. Судья оценивает всю совокупность обстоятельств, которые могли оправдывать выбор родителя в пользу самостоятельного ухода за пострадавшим ребенком.

²⁴ Апелляционное определение Суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 20.11.2018 № 33-7775/2018 // СПС Консультант Плюс.

²⁵ Однако встречается и противоположный подход. Суд первой инстанции удовлетворил иск родителя, ребенок которого получил травму в детском саду, о возмещении утраченного заработка за время ухода за ребенком после окончания лечения в больнице. Апелляционной инстанцией решение отменено со ссылкой на то, что сам родитель не утратил трудоспособность, поэтому по смыслу ст. 1085 ГК РФ не может требовать возмещения утраченного заработка. См.: апелляционное определение Верховного Суда Республики Татарстан от 09.04.2015 № 33-5003/2016 // СПС Консультант Плюс.

²⁶ Для справки. Ежемесячное пособие по уходу за ребенком-инвалидом лицу, которое не может выйти на работу, поскольку ухаживает за ребенком-инвалидом, составляет: 10 000 руб. — если уход осуществляет один из родителей (усыновитель, опекун или попечитель); 1200 руб. — если за ребенком-инвалидом ухаживает иное лицо. Размер пособия утвержден указом Президента РФ от 26.02.2013 № 175 «О ежемесячных выплатах лицам, осуществляющим уход за детьми-инвалидами и инвалидами с детства I группы».

Суд канадской провинции Альберта рассматривал дело *А.Т.-В. v. Mah* (2012)²⁷. Истица А.Т.-В. предъявила иск к акушеру-гинекологу (*Dr. Mah*) о возмещении ущерба в сумме 15 млн. кан. долл., причиненного в связи с ошибками на стадии ведения беременности и принятия родов. В результате медицинской небрежности (в 2001 г.) истица получила серьезную неврологическую травму при рождении: ей потребуется постоянный, в течение всей жизни, поминутный уход других лиц; она никогда не сможет трудиться, вступить в брак и завести детей, имеет крайне ограниченные способности к обучению и интеллектуальному развитию.

Мать истицы (Т.-В.) предъявила самостоятельное требование к ответчику о возмещении экономического ущерба, ссылаясь на то, что занята постоянным уходом за дочерью с 2001 г. и до настоящего времени. Имея степень бакалавра психологии, она намеревалась продолжить обучение и получить докторскую степень, после чего открыть частную практику. Утраченный по вине ответчика доход определен в сумме 276 тыс. долл., из расчета предполагаемой даты окончания обучения и средней оплаты услуг платного психолога. Ответчик возражал, полагая, что требование второго истца носит спекулятивный (вероятностный) характер, поскольку достоверно неизвестно, какой была бы его занятость в случае рождения здорового ребенка. Суд удовлетворил требование Т.-В. в пределах 120 тыс. долл., ограничившись периодом с 2011 г., и исходил из того, что применительно к полной семье, в которой работают оба родителя, маловероятно, что Т.-В. в период обучения с 2006 по 2010 гг. продолжала бы трудиться. Вместе с тем, отклоняя доводы ответчика о целесообразности обращения родителей за профессиональными услугами по уходу, суд указал, что оба родителя по образованию являются психологами и их уход за ребенком-инвалидом — оптимальное решение данной жизненной ситуации. Кроме того, ответчик не доказал, что стоимость услуг третьих лиц по уходу за ребенком была бы меньшей, чем утраченный Т.-В. предполагаемый заработок.

Есть и примеры законодательного регулирования вопросов возмещения вреда/убытков в случае травмирования близких. Например, в другой канадской провинции — Онтарио с 1986 года действует Закон о семейном праве (*Family Law Act*²⁸; *FLA*). Часть 5 Закона (“*Dependents’ claim for damages*”) посвящена деликтным обязатель-

²⁷ *A.T.-B. v. Mah*, 2012 ABQB 777 (CanLII). Available at: <https://canlii.ca/t/fwkxc> (дата обращения: 01.03.2024)

²⁸ Available at: <https://www.canlii.org/en/on/laws/stat/rso-1990-c-f3/181487/rso-1990-c-f3.html> (дата обращения: 01.03.2024)

ствам, возникающим в связи с причинением вреда жизни или здоровью члена семьи.

По ст. 61 FLA потерпевший, а в случае причинения смерти — члены его семьи (включая супруга, детей, родителей, внуков, бабушек и дедушек, братьев и сестер) вправе требовать от причинителя вреда возмещения убытков (rescuiary loss), вызванных соответствующими противоправными действиями. Убытки включают следующие потери:

расходы на лечение пострадавшего, в том числе умершего впоследствии;

расходы на погребение и ритуальные услуги;

разумные транспортные расходы, понесенные истцом с целью посещения пострадавшего в период его лечения или реабилитации;

в тех случаях, когда вследствие причинения травмы члену семьи истец осуществляет за ним уход, ведет его домашнее хозяйство или оказывает иные услуги, разумную компенсацию за утраченный истцом доход в указанный период или стоимость оказываемых услуг;

разумную компенсацию заботы, обучения или совместной деятельности, на которую мог бы рассчитывать истец, если бы члену его семьи не было причинено увечье или смерть.

Законодатель Онтарио исходит из широкого понятия о семье. В комментариях юристов приводятся примеры, когда вышеизложенные нормы применяются в отношениях между сожителями (без регистрации брака), а также в отношениях между лицами, хотя и не связанными родством, но фактически проживающими одной семьей²⁹. Удивляет (в хорошем смысле слова) и состав возмещаемых убытков. Помимо привычного взыскания расходов на лечение потерпевшего или его погребение также могут быть возмещены иные экономические потери членов семьи при условии, что они связаны с полученной потерпевшим травмой и не выходят за разумные рамки. Требование о возмещении убытков может быть заявлено соответствующим членом семьи (который их понес) или несколькими членами семьи потерпевшего одновременно. В последнем случае допускается взыскание с ответчика единой суммы компенсации без распределения в долях между истцами (ст. 62 FLA).

Еще более детально, хотя и не столь удачно урегулированы вопросы возмещения стоимости ухода за потерпевшим в Законе Австралии о гражданской ответственности (Civil Liability Act 2002³⁰,

²⁹ Available at: <https://mackesysmye.com/personal-injury-law-family/> (дата обращения: 01.03.2024)

³⁰ Available at: https://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/wa/consol_act/ccla2002161/s12.html (дата обращения: 01.03.2024)

CLA). Часть вторая Закона посвящена отдельным аспектам возмещения вреда, причиненного личности, включая компенсацию оказываемых потерпевшему бесплатных услуг по уходу и присмотру (*gratuitous care*). Это могут быть услуги широкого спектра: помощь по дому; уход за больным; услуги, направленные на смягчение последствий травмы (§15-1). Для возмещения стоимости подобных услуг необходима совокупность условий: 1) разумная потребность в соответствующих услугах; 2) потребность в услугах возникла исключительно вследствие нанесенной потерпевшему травмы; 3) в отсутствие травмы потерпевшему не оказывались бы соответствующие услуги и уход (§15-2). Кроме того, законодатель вводит минимальный порог, по достижении которого услуги по уходу подлежат компенсации: если уход за потерпевшим осуществляется не менее 6 часов в неделю и на протяжении не менее чем 6 последовательных месяцев (§15-3). Компенсация рассчитывается исходя из средней недельной ставки³¹ заработной платы, либо средней часовой ставки — в зависимости от того, превышает ли продолжительность ухода 40 часов в неделю или нет (§ 15-4).

В заслугу австралийскому законодателю следует поставить, что он признает имеющим экономическую ценность и подлежащим компенсации не только специальный уход за потерпевшим (по медицинским показаниям), но и иного рода помощь, которую могут оказывать потерпевшему члены его семьи. Однако в отличие от канадского FLA речь идет только о разумной компенсации стоимости ухода, но не о возмещении членам семьи утраченного заработка. Соответственно в качестве материального истца по требованиям о возмещении стоимости ухода и присмотра выступает либо сам пострадавший, либо управляющий его трастовым фондом³².

По мнению австралийских ученых, в схеме есть доля абсурда. С одной стороны, Закон говорит о возмещении убытков лицу, осуществляющему уход (*carer, caregiver*). С другой стороны, именно пострадавший или управляющий его трастовым фондом решают, взыскивать ли с делинквента стоимость ухода и передавать ли полученные денежные средства лицу, осуществляющему уход из альтруистских побуждений [Mendelson D., 2005: 411]. Смушает и обилие количественных параметров, при соблюдении которых возможна выплата компенсации за заботу. Многие близкие, оказывая помощь пострадавшему, делают

³¹ На основании данных Комитета статистики Австралии.

³² Фонд создается в целях аккумулирования средств для ухода за пострадавшим и оказания ему иной необходимой помощи, оплаты соответствующих услуг третьих лиц.

это от чистого сердца и не всегда заботятся о фиксации продолжительности ежедневного или еженедельного ухода³³.

У британских юристов нет сомнений, что экономические потери близких (secondary victims), оказывающих бесплатную помощь пострадавшему (primary victim), подлежат возмещению. Дискуссии сосредоточены лишь вокруг двух вопросов: следует ли предоставлять этим вторичным потерпевшим право прямого иска в отношении делинквента; каким образом рассчитывать их потери — исходя из утраченного ими дохода или из средней рыночной стоимости услуг ухода³⁴. Комиссия реформирования законодательства Англии и Уэльса в докладе от 02.11.1999 попыталась найти компромисс по первому вопросу. Забрав идею прямого иска к делинквенту, равно как и схему оплаты услуг через трастовый фонд, Комиссия предложила исходить из наличия у пострадавшего личного обязательства (personal legal obligation) возместить родственникам или друзьям убытки, связанные с осуществлением ухода³⁵. Расчет убытков, по мнению членов Комиссии, можно осуществлять любым из перечисленных выше способов. Взыскание убытков исходя из суммы утраченного заработка не исключается даже если этот заработок превышает среднюю рыночную стоимость услуг по уходу³⁶. Впрочем, судебная практика в данной части остается противоречивой [Markesinis B. et al., 2005: 132].

В Индии отсутствует специальное правовое регулирование обозначенного вопроса, но в судебной практике распространены иски о возмещении убытков, связанных с невозможностью пострадавшего вносить полезный вклад в семейную жизнь (loss of services to family). В деле *Abdulkader v. Kashinath* (1968) суд признал право мужа требовать возмещения расходов на домашнюю прислугу на время лечения жены, пострадавшей в ДТП. В деле *Mehmet v. Perry* (1978) был удовлетворен иск отца о возмещении убытков в виде утраченно-

³³ Luke Ingham-Myers. Compensation for gratuitous care in personal injury claims. Available at: <https://www.imlawyers.com.au/blog/gratuitous-care/> (дата обращения: 01.03.2024)

³⁴ См.: Damages for Personal Injury: Medical, Nursing and Other Expenses. Report (1996), pp. 55-60. Available at: https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/03/cp144_Damages_Personal_Injury_Medical_Nursing_Consultation.pdf (дата обращения: 01.03.2024)

³⁵ См.: Damages for Personal Injury: Medical, Nursing and Other Expenses; Collateral Benefits. Law COM № 262 (1999), pp. 48-49. Available at: https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2015/03/lc262_Damages_Personal_Injury_Medical_Nursing_Collateral_Benefits.pdf (дата обращения: 01.03.2024)

³⁶ Ibid. P. 56.

го заработка за период ухода за больным ребенком, поскольку мать ребенка получила травму и не могла заниматься семейными делами [Kotiswaran P., 2021: 46–47].

Понятия *gratuitous care* и *loss of services to family*, используемые в исках о возмещении вреда личности, имеют безусловный научный интерес и требуют детального анализа. Мысль о том, что помощь членов семьи может иметь денежный эквивалент, вызывает скепсис у российских судей³⁷ и не только у них, и преодолеть этот стереотип будет трудно.

4. Возмещение вреда личности в континентальном праве: генеральный деликт и юридически значимый вред

Для континентальной Европы характерно, с одной стороны, сближение гражданского законодательства за счет директив Европарламента и разрабатываемых учеными модельных актов частного права, с другой стороны, сохранение национальных особенностей в отдельных сферах регулирования, в том числе применительно к обязательствам из причинения вреда. Если в Французском Гражданском кодексе Наполеона (далее — ФГК) получил закрепление принцип генерального деликта, позволяющий обеспечить потерпевшим выплату компенсаций в широком спектре ситуаций, то разработчики Германского гражданского уложения (далее — ГГУ, BGB), напротив, исходили из ограниченного действия норм деликтного права и предусмотрели основания привлечения к деликтной ответственности (§ 823 (1), § 823 (2) и § 826) [Егорова М.А., 2017: 75]. Это накладывает отпечаток и на рассмотрение споров о возмещении убытков лицам, осуществляющим безвозмездный уход за пострадавшим.

4.1. Модельные акты европейского частного права (PETL, DCFR)

Имеет смысл обратиться в первую очередь к Принципам европейского деликтного права (далее — PETL, 2005³⁸) и Модельным прави-

³⁷ См., напр.: апелляционное определение Суда Ханты-Мансийского округа—Югра от 31.05.2016 № 33-4074/2016 (Потерпевшему отказано в иске о возмещении расходов на посторонний уход, поскольку соответствующие услуги по договору оказывала ему супруга. Судебная коллегия разъяснила, что в силу ст. 31 Семейного кодекса РФ супруги строят отношения в семье на основе взаимопомощи, уход за больным супругом — это не более чем супружеский долг) // СПС Консультант Плюс.

³⁸ Available at: <http://egtl.org/docs/PETL.pdf> (дата обращения: 01.03.2024)

лам частного права (далее — DCFR, 2008³⁹). На фоне особенностей национального законодательства⁴⁰ и неоднородной судебной практики⁴¹ модельные акты являются показателями тенденции в развитии законодательства о деликтной ответственности.

Ключевым в PETL является понятие возмещаемого вреда (*recoverable damage*), который определяется как вред материального или нематериального свойства, причиненный охраняемым законом интересам (ст. 2:101). Объем защиты интереса зависит от его природы; чем выше его ценность, точность определения и очевидность, тем более широкой является его защита. К наиболее очевидным и охраняемым в максимальной степени отнесены: жизнь, физическое и психическое здоровье, достоинство и свобода, имущественные права (пункты 2 и 3 ст. 2:102). Защита чисто экономических интересов, напротив, может быть ограничена по объему; тогда необходимо выяснять, насколько тесна связь между делинквентом и предполагаемым потерпевшим, и осознавал ли делинквент возможность причинения соответствующего вреда (п. 4 ст. 2:102). В разделе 2 главы 10 PETL уточняется состав возмещаемых убытков. При нанесении травмы пострадавшему возмещаются фактически утраченный доход, снижение трудоспособности и разумные расходы, в частности, на медицинский уход. В случае причинения смерти члены семьи погибшего и приравненным к ним лица вправе требовать возмещения утраченного содержания (п. 1, 2 ст. 10: 202).

Сходный подход применен в DCFR, авторы которого используют в книге VI, посвященной внедоговорной ответственности, термин «юридически значимый вред» (*legally relevant damage*) для уточнения случаев наступления данной ответственности. Вред, имущественного или неимущественного характера, является юридически значимым, если: (a) это прямо предусмотрено соответствующей главой DCFR; (b) ущерб или травма⁴² возникли вследствие нарушения права, предусмотренного законом; (c) ущерб или травма возникли

³⁹ Available at: <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dcfcr.pdf> (дата обращения: 01.03.2024)

⁴⁰ Например, во Франции действие деликтного права в многих сферах общественной жизни «вытеснено» мерами социальной поддержки травмированных граждан, компенсационными фондами, обязательным и добровольным страхованием ответственности [Егорова М.А., 2017: 367—368].

⁴¹ В судебной практике стоимость ухода за пострадавшим рассматривается и как экономический ущерб (Франция, Германия), и как составная часть компенсации за моральный вред (Италия). Available at: <https://www.genre.com/content/dam/generalreinsuranceprogram/documents/cfpc22-1-en.pdf.coredownload.inline.pdf> (дата обращения: 01.03.2024)

⁴² Имеется в виду причинение смерти или вреда здоровью.

вследствие нарушения интереса, подлежащего правовой защите (ст. VI.-2:101). Для случаев (b) и (c) сделана оговорка: вред будет рассматриваться в качестве юридически значимого при условии, если право на его возмещение будет справедливым и разумным. Применительно к травме физического лица указывается на возможность возмещения расходов на медицинское обслуживание, в том числе разумных расходов на уход за потерпевшим, понесенных его близкими (п. 2 ст. VI.-2: 201). В случае же смерти члены семьи и близкие погибшего вправе требовать возмещения следующих убытков: разумные расходы на погребение; утраченное содержание, которое могли получать от умершего (п. 2 ст. VI. -2: 202).

Таким образом, ни PETL, ни DCFR прямо не упоминают право членов семьи травмированного гражданина требовать возмещения убытков в виде утраченного заработка за время ухода. Означает ли это, что подобные экономические потери близких не относятся к юридически значимому вреду и не подлежат возмещению?

В комментариях к DCFR указано, что их составители намеренно ограничили основания деликтной ответственности и допустили возможность возмещения чисто экономического ущерба (*pure economic loss*) лишь в некоторых ситуациях, например, в случае неверного профессионального совета или заключения, при неправомерном вмешательстве в профессиональную или торговую деятельность (ст. VI.-2: 207, 208). Этот ограничительный подход нередко подвергается критике как не учитывающий принцип генерального деликта и не обеспечивающий деликтному праву необходимую гибкость [Larouche P., 2008: 24–26].

С другой стороны, положения п. 4 ст. 2: 102 PETL не исключают априори возможности возмещения чисто экономического ущерба, а лишь указывают на необходимость более тщательной оценки обстоятельств, в том числе взаимосвязи между поведением делинквента и потерями предполагаемого потерпевшего, предвидимости подобных потерь для делинквента. В качестве дополнительных аргументов в пользу такой возможности можно сослаться на законодательный опыт отдельных государств.

4.2. Законодательство и судебная практика отдельных стран Европы

Гражданский кодекс Нидерландов⁴³ применительно к нанесению физической травмы возлагает на делинквента обязанность возме-

⁴³ Burgerlijk Wetboek (1838). Available at: URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> (дата обращения: 01.03.2024)

ститущий ущерб потерпевшему, а также расходы, которые понесли третьи лица в интересах потерпевшего, в объеме, в котором сам потерпевший мог бы взыскать такие расходы с ответственного лица (п. 1 ст. 6:107). Кроме того, предусмотрено возмещение убытков работодателю, если его работнику нанесена травма, но в силу закона, индивидуального или коллективного трудового договора работодатель обязан продолжать выплачивать травмированному работнику заработную плату или ее часть (п. 2 ст. 6:107а).

Германское гражданское уложение (BGB)⁴⁴ предусматривает, что в случае противоправного причинения вреда жизни или здоровью потерпевшему компенсируются все неблагоприятные последствия, включая его дополнительные расходы (возросшие потребности) и неполученный доход (§842, 843). Подлежит возмещению и стоимость ухода, который безвозмездно оказывают пострадавшему его близкие. Федеральный суд Германии (далее — BGH) исходит из того, что альтруистическая помощь со стороны членов семьи пострадавшего не освобождает делинквента от ответственности за причиненный вред [Markesinis B. et al., 2005: 155]. В практике BGH был случай, когда истица просила взыскать с врача-гинеколога расходы на лечение ребенка и свой утраченный заработок в связи с ненадлежащим пренатальным исследованием: ребенок имел хромосомные аномалии и родился с многочисленными патологиями, после чего истица прекратила трудовую занятость и сосредоточилась на уходе за ребенком. Федеральный суд отменил судебные акты в части взыскания заработка и указал, что возмещение подобных потерь истицы находится за пределами защитных целей абз. 1 §823 BGB — удовлетворить дополнительные нужды пострадавшего (ребенка) в лечении, уходе и реабилитации. По мнению BGH, экономические потери родителей ребенка-инвалида находятся по большей части в косвенной связи с ошибкой врача, поскольку крайне затруднительно определить, был ли отказ родителя от занятости вынужденным или добровольным решением⁴⁵. Учитывая в целом отрицательное отношение немецкой доктрины к расширению сферы деликтной ответственности, позицию BGH в данном деле можно назвать предсказуемо осторожной.

Положения ФГК 1804 г об основаниях деликтной ответственности лаконичны и в то же время универсальны. Любое действие, включая небрежность, причиняющие вред другому лицу, влечет обя-

⁴⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (1900). Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (дата обращения: 01.03.2024)

⁴⁵ См.: BGH, Urteil vom 4. März 1997 — VI ZR 354/95 // NJW 1997. 1638-1640.

занность виновного лица возместить причиненный вред (ст. 1240, 1241⁴⁶). Формально Кодекс не содержит ограничений на объем и природу защищаемых деликтной ответственностью прав и интересов. Понятия юридически значимого вреда в Кодексе нет. Защите подлежат все права и законные интересы. Потерпевшему необходимо лишь доказать, что вред является вполне реальным и состоит в причинной связи с виновным поведением ответчика.

В связи с отсутствием в ФГК специальных положений о возмещении вреда личности соответствующие позиции формируются в доктрине и судебной практике, прежде всего в постановлениях Кассационного суда Франции. При нанесении травмы потерпевшему по общему правилу возмещаются расходы на медицинскую помощь или приравненные к ним, а также утраченный доход, выплачивается компенсация за «боль и страдания» и т.д. [Chartier Y., 1983: 167–175]. В деле *Schmitt v. Laporte* (1992) Суд указал, как оценивать и компенсировать добровольные услуги родственников. Суд пришел к выводу: потерпевшему должен компенсироваться такой уход вне зависимости от того, кем оказаны соответствующие услуги — профессионалом (третьим лицом) или одним из родственников⁴⁷; при этом сумма компенсации может рассчитываться исходя из стоимости профессионально оказываемых услуг по уходу⁴⁸. В более ранних постановлениях Суд подтвердил право супруга и других родственников, осуществляющих уход за пострадавшим, предъявлять делинквенту требование о возмещении стоимости ухода⁴⁹.

В Испании возмещение вреда здоровью осуществляется в соответствии с обновленной шкалой *Varemo*, введенной в действие Законом о реформе системы оценки вреда, причиненного жертвам дорожных происшествий⁵⁰. Данная шкала получила универсальное применение, она предусматривает при травме и последующей инва-

⁴⁶ Ранее ст. 1382 и ст. 1383 соответственно. Нумерация изменена при внесении изменений Законом от 10.02.2016 № 2016-131 (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016). Обновленный текст кодекса размещен на сайте правительства Франции. Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/ (дата обращения: 01.03.2024)

⁴⁷ В данном деле уход за ребенком, пострадавшим в ДТП, осуществляла его мать.

⁴⁸ Cass. civ. 2e, 14 October 1992, 7Bull.civ. 1992.II.119.

⁴⁹ Cass. civ. 2e, 13 December 1978, Bull.civ. 1978.II.208; Cass. civ. 2e, 18 March 1981, Bull.civ. 1981. II. 45.

⁵⁰ Ley 35/2015, de 22 de Septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Available at: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/559474-1-35-2015-de-22-sep-reforma-del-sistema-para-la-valoracion-de-los-danos.html (дата обращения: 01.03.2024)

лидности возмещение расходов как пострадавшему, так и его близким родственникам [Lopez J., 2015: 68–70]. Верховный суд Испании (Tribunal Supremo) неоднократно признавал за близкими родственниками пострадавшего право на предъявление самостоятельного иска к делинквенту о возмещении материального ущерба и компенсации морального вреда в связи с причинением травмы близкому. В тех случаях, когда серьезная травма требует постоянного ухода за пострадавшим и родственники вынуждены прекратить работу, они вправе требовать возмещения ущерба в размере утраченного дохода (Tribunal Supremo, 5th Senate, 23.02.1988). Как правило, перспективу имеют иски родителей, постоянно ухаживающих за травмированным ребенком [DCFR, 2010: 3099].

В странах континентальной Европы почти повсеместно за супругом и родственниками пострадавшего признается право на компенсацию стоимости ухода на добровольной основе. Однако в отличие от стран общего права подход к расчету компенсации здесь более сдержанный, в качестве потерпевшего рассматривается лишь сам пострадавший.

В случае причинения травмы ребенку его родителей действительно трудно отнести к потерпевшим в традиционном понимании, ибо их физическое здоровье и трудоспособность не пострадали. С другой стороны, они вынуждены ухаживать за ребенком гораздо больше, чем при обычных обстоятельствах. Ежедневный уход за ребенком-инвалидом часто не совместим с продолжением родителями или одним из них прежней трудовой деятельности, что означает потерю заработка или его существенное снижение. Можно провести условную параллель между профессиональной деятельностью и функционированием семьи. Если в первом случае неправомерное вмешательство в дела, т.е. создание препятствий продолжению деятельности, может служить основанием возмещения экономического ущерба⁵¹, почему во втором случае последствия должны быть иными?

Противники расширения возмещения чисто экономического ущерба ссылаются на то, что соответствующие потери большей частью незначительны и не более чем неудобства [Bishop W., 1982: 2–5], поэтому «необходимо с ними смириться и жить дальше, в противном случае, если разрешить подобные иски, им не будет конца»⁵².

⁵¹ См., напр.: § 845 BGB, п. 2 ст. 6:107a Burgerlijk Wetboek.

⁵² Мнение судьи лорда Деннинга в деле *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. Ltd.* (1973). Available at: https://www.oxbridgenotes.co.uk/law_cases/spartan-steel-alloys-v-martin (дата обращения: 01.03.2024)

Подобные опасения вряд ли уместны в отношении исков родителей, круглосуточно ухаживающих за ребенком-инвалидом, особенно при отсутствии или недостаточности социальной поддержки⁵³.

4.3. Перспективы российского права

В части обязательств из причинения вреда личности ГК России содержит сходное с PETL и DCFR регулирование. В статьях 1085 и 1088 ГК определен объем возмещения в случае причинении вреда здоровью и смерти, соответственно. Следует ли рассматривать положения данных статей в качестве императивов, которые ограничивают данный вид деликтных обязательств строго определенными субъектами и перечнем возмещаемых потерь, а также предписывают порядок их возмещения? Отнюдь нет.

Наш ГК, хотя и напоминает структурой и содержанием многие институты немецкого BGB, в части регулирования оснований деликтной ответственности гораздо ближе если не по букве, то по духу к Кодексу Наполеона. Ряд современных цивилистов, хотя далеко не все [Лугманов Р.Р., 2019: 115–153], небезосновательно полагает, что п. 1 ст. 1064 ГК России может быть истолкован по «французской модели», т.е. в качестве принципа генерального деликта [Евстигнеев Э.А., 2017: 45–46]; [Ягельницкий А.А., 2019: 49–59]; [Губаева А.К., 2020: 41]. Верховный Суд России, судя по его недавним постановлениям, также не чужд этой идеи и подчеркивает, что в силу ст. 15 и ст. 1064 ГК защите подлежит любой законный интерес граждан и юридических лиц, связанный как с личностью потерпевшего, так и с его имущественным положением», при условии, что между противоправным поведением и вредом существует прямая причинная связь⁵⁴.

Аргументом в пользу более свободного толкования положений § 2 гл. 59 ГК о возмещении вреда здоровью служит практика Конститу-

⁵³ Показателен следующий пример. Родители ребенка-инвалида обратились с иском к медицинской организации о возмещении расходов на спортивно-оздоровительные услуги. Удовлетворяя иск, суд подчеркнул, что поскольку ребенок нуждается в социальной реабилитации, его родители вправе выбирать любые (!) медицинские и немедицинские услуги, которые могут способствовать улучшению состояния их ребенка. См.: определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 09.09.2021 по делу № 2-38/2021.

⁵⁴ Определение Верховного Суда РФ от 20.09.2022 № 309-ЭС22-3855 по делу № А60-40848/2020. См. также: определение Верховного Суда РФ от 11.05.2018 № 306-ЭС17-18368 по делу № А57-15013/2016 // СПС Консультант Плюс.

ционного Суда России. В постановлении от 25.06.2019 № 25-П по жалобе гр. Ворона было разъяснено, что ст. 1085 и ст. 1087 ГК ни в коей мере не могут толковаться как устанавливающие исчерпывающий перечень потерь (убытков), подлежащих возмещению в случае травмирования гражданина. Такой либеральный настрой в отечественной доктрине и судебной практике позволяет надеяться на возмещение экономических потерь и когда сам истец не пострадал (его здоровье в порядке), однако он вынужден отказаться от продолжения работы полностью или частично, понести экономические потери.

Стандарт доказывания вынужденного характера прекращения трудовой занятости не должен быть высоким. Достаточно, чтобы решение родителя отвечало требованиям разумности и добросовестности. Возможно, критерию причинной связи в данном вопросе следует предпочесть условие в презумптивной форме — о том, что занятый постоянным уходом за ребенком-инвалидом родитель или иной родственник не имеет возможности получать доход⁵⁵.

Не может быть отклонено по одним лишь формальным соображениям требование к делинквенту о возмещении стоимости ухода, оказываемого потерпевшему на безвозмездной основе членами его семьи или друзьями. Если установлена нуждаемость потерпевшего в таком уходе, факт, что за ним ухаживают его близкие, не должен ставить делинквента в более выгодное положение, т.е. уменьшать бремя его ответственности. В подобной ситуации надлежит говорить либо о неосновательном обогащении (в форме сбережения) на стороне делинквента, которое подлежит возврату в силу ст. 1102 ГК⁵⁶, либо о наделении лица, осуществляющего безвозмездный уход за пострадавшим, правом регрессного требования в силу п. 1 ст. 1081 ГК. В пользу последнего варианта высказывались некоторые советские ученые-цивилисты [Малеин Н.С., 1955: 34–35].

⁵⁵ По аналогии с нормой п. 1 ст. 1088 ГК РФ о выплате содержания по случаю потери кормильца одному из родителей, супругу либо другому члену семьи независимо от его трудоспособности, который не работает и занят уходом за находившимися на иждивении умершего его несовершеннолетними детьми, внуками, братьями и сестрами.

⁵⁶ Допустима условная параллель с ситуацией, когда застраховавший свою гражданскую ответственность субъект самостоятельно возмещает вред потерпевшему, после чего обращается к страховщику за компенсацией произведенных затрат. См., например: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за 1-й квартал 2006 года (утв. 7 и 14. 06. 2006). Ответ на вопрос 24 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 9.

Заключение

Таким образом, даже при имеющемся правовом регулировании (но при условии более свободного толкования судами ст. 15 и ст. 1064 ГК) иски родителей, осуществляющих уход за травмированным ребенком, о компенсации стоимости ухода или возмещении утраченного заработка должны иметь положительную перспективу. Предпосылки удовлетворения подобных исков могут быть следующие:

ребенку требуется постоянный уход, дополнительный в сравнении с тем, который он получал бы от родителей при обычных обстоятельствах;

такой уход не обеспечен полностью или в части государством (например, в форме государственных пособий, социального обслуживания);

родитель способен⁵⁷ и фактически постоянно ухаживает за ребенком;

осуществление такого ухода ограничивает родителя в трудовой или иной приносящей доход деятельности;

ответчиком (медицинской организацией) не доказана возможность обеспечения постороннего ухода за меньшей суммой, чем не полученный родителем заработок.

Приведенный выше перечень условий — ориентир, позволяющий формализовать оценку вынужденного/произвольного прекращения родителями трудовой деятельности. Судом могут быть приняты во внимание и иные обстоятельства жизненной ситуации. Расчет взыскиваемых убытков предпочтительнее производить исходя из суммы утраченного родителем заработка, поскольку для многих видов оказываемой ребенку-инвалиду помощи (ухода) трудно будет подобрать средние рыночные ставки. Кроме того, как отмечено выше, разумный альтруизм родителей не должен быть наказуем.

De lege ferenda следует расширить понятие юридически значимого вреда в случае травмирования гражданина, посредством указания в законе на возмещение убытков лицам, оказывающим пострадавшему необходимый уход на безвозмездной основе. Эти вторичные потерпевшие должны иметь право прямого иска к ответственному за причинение вреда лицу, поскольку другие правовые конструкции (трастовый фонд, личное обязательство пострадавшего перед близкими) не дают гарантий возмещения потерь. Для большей ясности

⁵⁷ С учетом состояния здоровья, образования, личных качеств.

можно дополнить ст. 1085⁵⁸, либо сформулировать позицию в обобщении практики Верховного Суда.

Исходя из статистики детской инвалидности, в том числе связанной с медицинской небрежностью при ведении беременности и родов, целесообразно также подумать над созданием компенсационной (страховой) схемы для соответствующей категории пострадавших. Введение подобной программы, пусть даже с частичным субсидированием из бюджета⁵⁹, обойдется государству дешевле, чем регулярные выплаты в порядке субсидиарной ответственности по искам пациентов и их близких к бюджетным медицинским учреждениям. При этом можно будет рассчитывать на повышение уровня жизни семей с особенными детьми, сокращение количества уголовных и гражданских врачебных дел, восстановление престижа профессии акушера-гинеколога. Успешное функционирование подобных компенсационных программ (Birth-related injury compensation programme) подробно описан в зарубежной литературе [Liang Ch.-M., Leflar R., 2024: 54–60]; [Khadijah M.N., 2016: 29–49].



Список источников

1. Агibalова Е.Н. Деликтные обязательства. Волгоград: Изд-во Волгоградского института управления, 2021. 264 с.
2. Губаева А.К. Деликтное право России: современные вызовы и перспективы развития // Закон. 2020. № 3. С. 38–48.
3. Егорова М.А., Крылов В.Г., Романов А.К. Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве. Учебное пособие. М.: Юстицинформ, 2017. 376 с.
4. Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения. Часть первая // Вестник гражданского права. 2017. Том 17. № 4. С. 45–83.
5. Иоффе О.С. Избранные труды. Т. III. Обязательственное право. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 837 с.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Ч. 2. Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2010. 992 с.
7. Лугманов Р.Р. Деликтное право как средство взыскания чисто экономических убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 2. С. 115–153.

⁵⁸ Например, дополнить п. 1 ст. 1085 ГК РФ абзацем или предложением следующего содержания: «Если посторонний уход оказывают члены семьи (родственники) потерпевшего, указанные лица вправе требовать от ответственного лица возмещения стоимости ухода или утраченного за время ухода заработка в разумных пределах».

⁵⁹ Основным источником финансирования должны стать страховые взносы медицинских организаций и врачей индивидуальной практики.

8. Малеин Н.С. Возмещение вреда при повреждении здоровья несовершеннолетних. М.: Госюриздат, 1962. 66 с.
9. Малеин Н.С. Возмещение вреда, причиненного личности. М.: Юрид. лит., 1965. 230 с.
10. Фаст И.А. Определение размера морального вреда за «родительский ущерб»: к постановке проблемы // Российский судья. 2020. № 3. С. 50–55.
11. Шевченко Г.Н., Шевченко А.С. Деликтные обязательства в российском гражданском праве: учебное пособие. М.: Статут, 2013. 130 с.
12. Шиминова М.Я. Возмещение вреда, причиненного здоровью. М.: Московский рабочий, 1972. 120 с.
13. Ягельницкий А.А. О тенденциях судебной практики по делам об убытках // Закон. 2019. № 3. С. 47–55.
14. Bishop W. Economic loss in tort. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 2, no 1, pp. 1–29.
15. Chartier Y. La reparation du prejudice dans la responsabilite civile. Paris: Dalloz, 1983, 1050 p.
16. Hiroshi Oda. *Japanese Law*. Oxford: University Press, 2009. 474 p.
17. Khadijah M.N., Putery N.J. No-fault Compensation Scheme for Obstetric Injuries: a Viable Alternative? *Malayan Law Journal*, 2016, vol. 3, pp. 29–49.
18. Kotiswaran P. An Ode to Altruism: How Indian Courts Value Unpaid Domestic Work. *Economic & Political Weekly*, 2021, no. 36, pp. 45–52.
19. Larouche P. 'Legally relevant damage' and a priori limits to non-contractual liability in the DCFR (December 1, 2008). TILEC Discussion Paper no. 2008-045. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1313649> (дата обращения: 01.03.2024)
20. Liang Ch.-M., Leflar R. Taiwan's Medical Injury Law in Action. *Emory International Law Review*, 2024, vol. 38, no. 1, pp. 1–94.
21. Lopez J., Marcos J.I. El Nuevo Baremo de la Ley 35/2015 y su Aplicacion al Ambito Laboral. *RTSS. CEF*, 2015, no. 393, pp. 65–100.
22. Markesinis B. et al. *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*. Cambridge: University Press, 2005. 235 p.
23. Mendelson D. Jurisprudential legerdemain: damages for gratuitous services and attendant care. *Journal of Law and Medicine*, 2005, vol. 12, no. 4, pp. 402–412.
24. Sartwelle T.P. et al. Cerebral palsy litigation after fifty years: a hoax on you. *Indian Journal of Medical Ethics*, 2020, vol. 5, no. 4, pp. 295–301.
25. Van Vleet M.W. Birth-Related Injury. In: Elzouki A.Y. et al. (eds). *Textbook of Clinical Pediatrics*. Berlin: Heidelberg, 2012, pp. 159–175.
26. Von Bar C., Clive E. (eds.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. Oxford: University Press, 2010, 4795 p.



References

1. Agibalova E.N. (2021) Tort obligations: a guide. Volgograd: University, 264 p. (in Russ.)
2. Bishop W. (1982) Economic loss in tort. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 1, pp. 1–29.
3. Chartier Y. (1983) La reparation du prejudice dans la responsabilite civile. Paris: Dalloz, 1050 p.

4. Commentary to the Civil Code of the Russian Federation (2010) A.P. Sergeev (ed.). Moscow: Prospect, 992 p. (in Russ.)
5. Egorova M.A., Krylov V.G., Romanov A.K. (2017) Tort obligations and tort liability in the English, German and French law: a tutorial. Moscow: Justitcinform, 376 p. (in Russ.)
6. Evstigneev E.A. (2017) General tort principle: modern position and prospects of application. First Part. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Civil Law Bulletin, vol. 17, no. 4, pp. 45–83 (in Russ.)
7. Fast I.A. (2020) Determination of the amount of moral harm from “parental damage”. *Rossiiskij sud'ya*=Russian Judge, no. 3, pp. 50–55 (in Russ.)
8. Gubaeva A.K. (2020) The Russian tort law: contemporary challenges and prospects for development. *Zakon*=Law, no. 3, pp. 38–48 (in Russ.)
9. Hiroshi O. (2009) The Japanese Law. Oxford: University Press, 474 p.
10. Ioffe O.S. (2004) Selected works. Vol. III. Law of obligation. Saint Petersburg: Yuridicheski center Press, 837 p. (in Russ.)
11. Khadijah M.N., Putery N.J. (2016) No-fault compensation scheme for obstetric injuries: a viable alternative? *Malayan Law Journal*, vol. 3, pp. 29–49.
12. Kotiswaran P. (2021) An ode to altruism: how Indian courts value unpaid domestic work. *Economic and Political Weekly*, no. 36, pp. 45–52.
13. Larouche P. (2008) ‘Legally relevant damage’ and a priori limits to non-contractual liability in the DCFR. TILEC Discussion Paper no. 2008-045. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1313649>
14. Liang Ch.-M., Leflar R. (2024) Taiwan’s medical injury law in action. *Emory International Law Review*, vol. 38, no. 1, pp. 1–94.
15. Lopez J., Marcos J.I. (2015) El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicacion al ambito laboral. *RTSS. CEF*, no. 393, pp. 65–100.
16. Lugmanov R.R. (2019) Tort law and recovering economic losses. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*=Economic Justice Herald, no 2, pp. 115–153 (in Russ.)
17. Markesinis B. et al. (2005) Compensation for personal injury in the English, German and Italian law. Cambridge: University Press, 235 p.
18. Malein N.S. (1962) Compensation for injury to minors. Moscow: Gosyurizdat, 66 p. (in Russ)
19. Malein N.S. (1965) Compensation for personal injury. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 230 p. (in Russ)
20. Mendelson D. (2005) Jurisprudential legerdemain: damages for gratuitous services and attendant care. *Journal of Law and Medicine*, vol. 12, no. 4, pp. 402–412.
21. Principles, definitions and model rules of the European private law (2010) C. von Bar, E. Clive (eds.). Oxford: University Press, 4795 p.
22. Sartwelle T.P. et al. (2020) Cerebral palsy litigation after fifty years: a hoax on you. *Indian Journal of Medical Ethics*, vol. 5, no. 4, pp. 295–301.
23. Shevchenko A.S., Shevchenko G.N. (2013) Tort obligations in the Russian civil law: a guide. Moscow: Statut, 130 p. (in Russ.)
24. Shiminova M.Y. (1972) Compensation for damage to health. Moscow: Moskovski rabochiy, 120 p. (in Russ)
25. Van Vleet M.W. (2012) Birth-related injury. In: Elzouki A.Y. et al. (eds.) Textbook of Clinical Pediatrics. Berlin: Springer, pp. 159–175.

26. Yagelnitskii A.A. (2019) Trends in court practice in cases of compensation for damages. *Zakon=Law*, no. 3, pp. 47–55 (in Russ.)

Информация об авторе:

М.В. Кратенко — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

M.V. Kratenko — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 12.03.2024; одобрена после рецензирования 13.05.2024; принята к публикации 17.06.2024.

The article was submitted to editorial office 12.03.2024; approved after reviewing 13.05.2024; accepted for publication 17.06.2024.

Научная статья

УДК: 34.03

JEL: K36

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.162.179

Советская семейно-демографическая политика в памятниках права периода Великой Отечественной войны



**Владимир Анатольевич Болдырев¹,
Денис Николаевич Кархалев²**

¹ Российский государственный университет правосудия, Северо-Западный филиал, Санкт-Петербург, 197046, Александровский парк, 5, Российская Федерация

vabold@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1454-6886>

² Сибирский федеральный университет, Россия 660041, Красноярск, Свободный просп., 79,

dnk001rb@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1822-2141>



Аннотация

Обращение к советскому опыту решения демографической проблемы, возникшей в период Великой Отечественной войны, обусловлено новейшими решениями российского государства: принятием Основ государственной политики по сохранению и укреплению традиционных российских духовно-нравственных ценностей, восстановлением в наградной системе звания «Мать-героиня», объявлением года семьи. Цель работы — оценить влияние на социум законотворческих решений, принятых для улучшения демографической ситуации в период Великой Отечественной войны, с позиции современных научных представлений о потребностях человека. Задачи исследования: описание и характеристика новых правовых мер в области демографии, установление влияния законотворческих решений на семейные ценности для определения перспектив их использования на современном этапе. В работе используются историко-правовой, формально-догматический, статистический и сравнительный методы исследования. Анализируются меры, на-

правленные на стимулирование рождаемости: налог на бездетность; материальная поддержка многодетных семей и матерей-одиночек; отмена права на иск об установлении отцовства; усложнение процедуры расторжения брака; моральное поощрение материнства. Делается вывод, что демографическая политика была нацелена на стимулирование репродуктивного поведения за счет игры на витальных и ролевых потребностях человека. Проблема внебрачной беременности и рождения ребенка стала проблемой женщины и общества, но не биологического отца. Выработанная правовая стратегия была альтернативой узаконению многоженства, она стимулировала множественность фактических семейных отношений. Потребность саморазвития, ценность непосредственной передачи отцовского опыта детям в рамках избранной стратегии оказалось практически невозможно предусмотреть. Советскую политику стимулирования деторождения трудно назвать семейной по ее сути: запрет иска об установлении отцовства и другие правовые меры поощряли репродуктивное поведение, приводящее к увеличению количества неполных семей и передаче детей на воспитание детским учреждениям. Изменение общественной морали — проявление терпимости в отношении мужчин, безразличных к судьбе потомства, приведшее к усугублению проблемы безотцовщины, стало побочным результатом радикального пересмотра семейного законодательства.



Ключевые слова

демографическая политика; многодетность; безотцовщина; когнитивная история; прославление; витальные и биосоциальные потребности; саморазвитие.

Для цитирования: Болдырев В.А., Кархалев Д.Н. Советская семейно-демографическая политика в памятниках права периода Великой Отечественной войны // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2024. Том 17. № 3. С. 162–179. DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.162.179

Research article

Soviet Family and Demographic Policy in Landmarks of Law in Great Patriotic War Period



Vladimir A. Boldyrev¹, Denis N. Karkhalev²

¹ Russian State University of Justice, North-Western Branch, 5 Aleksandrovky Park, Saint Petersburg 197046, Russian Federation, vabold@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1454-6886>

² Siberian Federal University, 79 Svobodny Avenue, Krasnoyarsk 660041, Russian Federation, dnk001rb@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-1822-2141>



Abstract

The appeal to the experience of the Soviet Union in solving the demographic problem that arose during the Great Patriotic War of 1941–1945 due to the latest decisions of the

Russian state: the approving the Fundamentals of State Policy for the Preservation and Strengthening of Traditional Russian Spiritual and Moral Values, the restoration of the title “Mother Heroine” in the award system, the announcement of the Year of the Family. The purpose of the work is to assess the impact on society of legislative decisions taken to improve the demographic situation during the Great Patriotic War, from the standpoint of modern academic ideas about human needs. The objectives of the study are: description and characterization of new legal measures in the field of demography, establishing the impact of legislative decisions on family values in order to determine the prospects for their use at the present stage. The authors implement historical-legal, formal-dogmatic, statistical and comparative research methods. The measures taken to stimulate the birth rate are analyzed: a tax on childlessness; financial material support for families with many children and single mothers, the abolition of the right to claim to establish paternity; complicating the divorce procedure; moral encouragement of motherhood. It is concluded that the demographic policy was aimed at stimulating reproductive behavior by playing on the vital and role needs of a person. The issue of illegitimate pregnancy and the birth of an illegitimate child has become a problem for women and society as a whole, but not for the biological father. The developed legal strategy was an alternative to the legalization of polygamy and stimulated the plurality of actual family relationships. The need for self-development, the value of personal transfer of father’s experience to children within the framework of the chosen strategy turned out to be almost impossible to take into account. Soviet procreation policies can hardly be called familial one: the prohibition of paternity suit and other legal measures encouraged reproductive behavior, leading to an increase in the number of single-parent families and the placement of children in child care institutions. The change in public morality — the manifestation of tolerance towards men who are indifferent to the fate of their offspring, which led to the aggravation of the question of fatherlessness — was a “side effect” of the radical novelization of family law and changes in the norms on the social security of citizens.



Keywords

demographic policy; large families; fatherlessness; cognitive history; glorification; vital and biosocial needs; need for self-development.

For citation: Boldyrev V.A., Karkhalev D.N. (2024) Soviet Family and Demographic Policy in the Landmarks of Law in the Great Patriotic War Period. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 162–179 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.162.179

Введение

Правовые источники — нормативные акты и иные официальные документы, выполняющие роль программ, описывающих необходимое, желательное и запрещенное поведение, — это ценные объекты анализа для исторической науки, нередко вызывающие трудности с их интерпретацией вследствие выхода действительности за рамки позитивного права. Исследование нормативных актов в их неразрывной связи с практикой имеет более или менее понятную и про-

веренную методологию, когда есть цифры для анализа —правоприменительная практика, в той или иной мере отражающая положение дел. Труднее с статистическими данными и предшествовавшими им правовыми решениями, между которыми удастся найти лишь корреляционную зависимость, особенно когда речь заходит о личной сфере или интересах малых социальных групп, в том числе и связанных с пониманием семейных ценностей.

Идеи о моральном и аморальном, добре и зле «должны быть “вплетены” в самую ткань законодательства, а не выполнять лишь “декоративную” функцию в общих положениях» [Ульянова М.В., 2022: 669] закона. Основы государственной политики сохранения и укрепления традиционных российских духовно-нравственных ценностей¹ называют деструктивной идеологией такую систему взглядов, в которой отрицаются идеалы «патриотизма, служения Отечеству, естественного продолжения жизни, ценности крепкой семьи, брака, многодетности, созидательного труда, позитивного вклада России в мировую историю и культуру, разрушение традиционной семьи с помощью пропаганды нетрадиционных сексуальных отношений». Сложившаяся разница понятий о семейных ценностях в России и других странах Европы, различные параметры адекватной состоянию общества новеллизации права отмечается в совместных научных исследованиях российских и зарубежных авторов [Вударски А., Ульянова М.В., 2022: 161].

Сегодня сбережение детства и развитие институтов семьи являются ведущими идеалами и ценностями отечественной государственной социальной политики [Комиссарова Е.Г., 2021: 149]. В то же время семейно-демографическая политика, включающая мероприятия, направленные на решение демографических проблем и укрепление семьи, имеет конкретно-историческое содержание [Ростовская Т.К., Васильева Е.Н. и др., 2021]; [Шульц М., 2021]; [Лян Х., 2019] и определяется нависшими над социумом и осознаваемыми им угрозами. Меры, принимаемые в ее рамках, не должны быть противоречивы; иначе, как показывает исторический опыт, за улучшением демографической ситуации в результате принятия государством неординарных мер, вызванных обстоятельствами чрезвычайного характера, следуют немедленные и отсроченные отрицательные последствия для института семьи.

¹ Указ Президента Российской Федерации от 09.11.2022 № 809 «Об утверждении Основ государственной политики по сохранению и укреплению традиционных российских духовно-нравственных ценностей» // СЗ РФ. 2022. № 46. Ст. 7977. См. также: Указ Президента Российской Федерации от 22.11.2023 № 875 «О проведении в Российской Федерации Года семьи» // СПС КонсультантПлюс.

Возрастание историзма массового сознания, его стремление в критических ситуациях обратиться к общечеловеческому опыту [Медушевская О.М., 2004: 6] объясняет причины, по которым методология, характерная для когнитивной истории и правоведения, оказывается востребованной именно сегодня. Период Великой Отечественной войны и послевоенный период вплоть до конца 1960-х годов интересен широким набором мер стимулирования рождаемости. Влияние каждой из них на их результаты и последствия определить трудно. Период депрессии воспроизводства населения в СССР длился до мая—июня 1945 г., когда наметилась тенденция к подъему рождаемости [Корнилов Г.Е., 2021: 344].

Война не только нанесла жестокий демографический удар советскому народу, но и привела к психологической травме нескольких поколений [Сомов В.А., Волкова Е.С., 2022: 1041]. Вопрос о глубине очередной в XX веке последовавшей за коллективизацией и индустриализацией ломки жизненных устоев граждан советской России, о трансформации понятий, касающихся семейных ценностей и прежде всего — супружеской верности и полной семьи, стоит отдельно и очень остро. Гибель на фронтах Войны значительной части мужского населения привела к высокой конкуренции женщин в репродуктивной сфере.

Основными нормативными решениями, вызванными демографической ситуацией в стране, были: налог на бездетность; материальная поддержка многодетных семей и матерей-одиночек, отмена права на иск об установлении отцовства; усложнение процедуры расторжения брака; моральное поощрение материнства.

1. Налог на бездетность

Данный налог был введен через несколько месяцев после начала военных действий на территории Советского Союза Указом Президиума Верховного Совета СССР от 21.11.1941 «О налоге на холостяков, одиноких и бездетных граждан СССР». Несмотря на существенные потери страны убитыми, ранеными и пленными в первые же дни войны, введение названного налога правильнее считать частью фискальной политики, а не мерой, направленной исключительно на улучшение демографической ситуации [Asadova O.H., 2023: 48].

Налогом облагались по общему правилу одинокие и семейные граждане, не имеющие детей: мужчины 20—50 лет и женщины 20—45 лет (при месячном заработке до 150 руб. — в размере 5 руб. в месяц, при месячном заработке свыше 150 руб. — в размере 5% заработка).

О стимулирующей функции такого рода налогов М. Цветанова, анализирующая легитимность налога на холостяков, существовавшего в социалистической Болгарии, отмечает, что «налогообложение вряд ли является важным фактором при рождении, учитывая обязательства, которые следуют после рождения» [Цветанова М., 2022: 114].

«Налог на бездетность» как правовая категория в нормативном акте отсутствовал изначально. С момента принятия Указа Президиума Верховного Совета СССР от 08.07.1944 «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении высшей степени отличия — звания “Мать-героиня” и учреждении ордена “Материнская слава” и медали “Медаль материнства”» (далее — Указ 1944 г.) его простонародное название утратило смысл, поскольку государство сообщало гражданам «норматив» деторождения — три ребенка и не меньше. С граждан, облагаемых подоходным налогом, налог взимался при отсутствии детей — 6% от их дохода, при одном ребенке в семье — 1% и при наличии двух детей — 0,5% от их дохода.

Налоговое законодательство в наши дни используется для стимулирования деторождения; оно может повышать доход или социальную защищенность граждан наряду с мерами социальной защиты, такими как медицинская страховка [Bernhardt P., Holtzblatt J., 2008: 160]. В основу российской налоговой политики в данной области положен принцип положительного стимулирования (создания преимуществ) [Журавлева О.О., 2021: 92], при котором лицо, имеющее детей, получает право на налоговый вычет². Выравнивание доходов за счет снижения налогов для семей и лиц с детьми, а не путем обложения повышенными налогами неженатых и бездетных, а также за счет прогрессивного налогообложения кажутся ныне самым собой разумеющимся [Цветанова М., 2022: 117–118]. Однако к такому выводу можно было прийти, лишь пройдя определенный исторический путь.

2. Материальная поддержка многодетных семей и матерей-одиночек

Указ 1944 г. начинался с преамбулы, призванной подчеркнуть общественную роль материнства и многодетности в период войны.

² Подп. 4 п. 1 ст. 218 части второй Налогового кодекса Российской Федерации // СПС Консультант Плюс.

Единовременное пособие при рождении ребенка имело прогрессивную шкалу: если в связи с появлением третьего ребенка государство платило 400 рублей, то в связи с появлением 11-го — 5 000 рублей.

Ежемесячное пособие многодетным матерям выплачивалось начиная со второго года рождения четвертого и последующих детей до достижения ими 5-летнего возраста. Пособие также имело прогрессивную шкалу. При появлении четвертого ребенка размер ежемесячного пособия составлял 80 рублей, при появлении 11-го и последующих детей — 300 рублей.

Высокий слог преамбулы Указа 1944 г. контрастировал с характером решаемых бытовых проблем. Чтобы понять это, достаточно сравнить размеры назначаемых матерям единовременного и ежемесячного пособия, централизованно установленного императивным указанием государства, с ценами на продукты, продававшимися на рынках («толкучках») в военный период. Статистические данные стоимости продовольствия отличаются в зависимости от региона [Кусков С.А., 2011].

Нетрудно рассчитать, что например в промышленном центре Южного Урала—Челябинске на единовременное пособие по рождению третьего ребенка (400 руб.) по ценам 1945 г. можно было приобрести только 20 литров молока или два килограмма топленого масла. Однако государство рассчитывало стимулировать рождаемость, используя не только рыночные меры, но и административные механизмы. Нормы дополнительного продовольственного пайка беременным, начиная с шестого месяца беременности, и кормящим матерям в течение четырех месяцев кормления увеличивались вдвое.

Государство частично взяло на себя материальную нагрузку, связанную с рождением детей вне брака. Одиноким матерям (не состоявшим в браке) на содержание и воспитание детей, родившихся после издания Указа 1944 г., устанавливалось государственное пособие в размере 100 рублей в месяц на одного ребенка; 150 рублей — на двух детей и 200 рублей — на трех и более детей. Выплаты осуществлялись до достижения детьми 12-летнего возраста. Одиноким матерям с тремя и более детьми данное пособие выплачивалось дополнительно к пособию по многодетности. При вступлении одинокой матери в брак право на пособие сохранялось. В то же время устанавливались правила, в силу которых одинокая мать могла поместить в детское учреждение рожденного ею ребенка на воспитание за государственный счет и взять его обратно.

Поскольку функции отцовства и материнства тесно пересекаются с функциями группового лидерства или подчинения [Симонов П., 2023: 27], сообщенная гражданам возможность помещать ребенка в

детское учреждение и забирать его оттуда сказывалась на понятиях о ролевых отношениях, приводила к дальнейшему отходу от ценностей традиционной семьи, трансформировала понятия об иерархии в социуме и о моральной ответственности родителя.

3. Отмена права на иск об установлении отцовства

Препятствия, связанные с осуществлением субъективных прав отцов, в настоящее время являются в большей мере объектом внимания социологов [Зыков С.В., 2020: 45], нежели юристов. Вероятно, одной из многих причин тому был особый укорененный в послевоенный период подход к отцовству как явлению юридической жизни. Упоминание мужчин во всем тексте Указа 1944 г. встречалось только один раз и в весьма любопытном ключе, изменяющем восприятие всей системы новых узаконений. Норма ст. 20 по юридико-техническому исполнению и смыслу звучала весьма необычно даже для советского правопорядка: «Отменить существующее право обращения матери в суд с иском об установлении отцовства и о взыскании алиментов на содержание ребенка, родившегося от лица, с которым она не состоит в зарегистрированном браке». Проблема внебрачной беременности и рождения внебрачного ребенка становилась теперь проблемой женщины и общества, но не биологического отца. «Из трех “ударов” по семье самый чувствительный и драматичный последовал в адрес правовых норм о внебрачном родительстве и детстве» [Тарусина Н.Н., 2022: 71].

Не вытекающим из преамбулы Указа 1944 г., но весьма вероятным с идеологической точки зрения дополнительным мотивом отмены возможности обращения женщин в суд с иском об установлении отцовства могло быть нахождение на территории страны большого контингента германских военнопленных. После окончания войны на территории СССР осталось около 3,5 млн. военнопленных из Германии и союзных с ней стран, которые в основном содержались в специальных лагерях и привлекались к восстановлению народного хозяйства СССР³. Многие из них вступали в связи с советскими женщинами [Икута М., Пушкарева Н.Л., 2019]; [Карнер С.К., 2019: 176]. Рассмотрение народными судами исков советских гражданок к пленным оккупантам выглядело бы очень двусмысленно.

³ «Запретная любовь»: почему женщины в СССР заводили романы с пленными немцами. Available at: URL: https://news.rambler.ru/other/38806720/?utm_content=news_media&utm_medium=read_more&utm_source=copylink (дата обращения: 06.12.2023)

А главное, комплекс мер, направленных на рост населения и опирающихся на его главные детерминанты (рождаемость, смертность и миграцию) [Шульц М., 2021: 5], должен строиться с пониманием того, что рождение ребенка в интернациональном союзе и признание ребенка плодом отношений с иностранцем нередко приводит к миграции одного из родителей к месту жительства другого. Демографические последствия миграции в ракурсе невысокого уровня жизни в СССР в этом случае были бы отрицательными именно для советского государства, которое и без того стало испытывать острую нехватку населения.

Понять глубину произошедших изменений в подходе к регулированию отношений можно, лишь обратившись к ситуации, имевшей место ранее. Согласно предшествовавшему семейному законодательству, если суд устанавливал, что несколько мужчин в момент вероятного зачатия были в близких отношениях с матерью ребенка, обязанность участвовать в расходах возлагалась на всех мужчин⁴. Конечно, при таком «коллективном отцовстве» мужчины вряд ли занимались воспитанием потомства [Замараева З.П., Новоселов В.М., 2012: 53], но правовая модель отношений существовала.

Норма ст. 29 Кодекса законов о браке, семье и опеке в редакции Указа Президиума Верховного Суда РСФСР от 16.04.1945 «Об изменениях Кодекса законов о браке, семье и опеке и Гражданского процессуального кодекса РСФСР», приобрела совершенно иное звучание и диаметрально отличающийся смысл: «Мать не вправе обратиться в суд с иском об установлении отцовства и о взыскании алиментов на содержание ребенка, родившегося от лица, с которым она не состоит в зарегистрированном браке». Вероятно, решение законодателя было особенно травматичным для общественного сознания в связи с исчезновением предшествующей возможности судебного установления отцовства не только индивидуального, но и отцовства коллективного.

Советские граждане попали в масштабный демографический эксперимент, в рамках которого проверялось усвоение новых, чрезвычайных по содержанию и условиям реализации правил поведения, в рамках которых «многоженство и безответственность мужей стали одной из центральных проблем семейных отношений в советском обществе» [Замараева З.П., Новоселов В.М., 2012: 54].

⁴ Ст. 144 Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г., принятого ВЦИК 16.09.1918 // СПС Консультант Плюс; ст. 32 Кодекса законов о браке, семье и опеке, принятого ВЦИК 19.11.1926 // СПС Консультант Плюс.

Социальная среда определяет стратегию репродуктивного поведения личности. Если бы не Война, если бы не гибель значительной части мужчин и не одиночество женщин, указанные решения скорее всего не были бы приняты. Выработанная тогда правовая стратегия стала альтернативой узаконению многоженства и одновременно фактическим поощрением множественности фактических семейных отношений. Такое положение просуществовало четверть века — период, необходимый для сглаживания тяжких последствий войны.

4. Усложнение процедуры расторжения брака

Усложнение процедуры расторжения брака было направлено на сохранение скорее видимости семейных отношений, нежели собственно семьи. Сам круг семейных отношений оказался искусственно сужен в одночасье упразднением института фактических брачных отношений. Лицам, фактически состоящим в брачных отношениях, давалось право оформить свои отношения путем регистрации брака с указанием срока фактической совместной жизни (п. 19 Указа 1944 г.).

Указ Президиума Верховного Суда РСФСР от 16.04.1945 «Об изменении Кодекса законов о браке, семье и опеке и Гражданского процессуального кодекса РСФСР» вносил коррективы и в процедуру развода, обеспечивая реализацию общесоюзных правовых решений на более низком уровне. Теперь в силу ст. 18 Кодекса законов о браке, семье и опеке при жизни супругов брак мог быть прекращен только путем развода через суд по заявлению одного или обоих супругов. Требовалось опубликовать в местной газете объявление о возбуждении судебного производства о разводе за счет супруга, подавшего заявление о расторжении брака (ст. 19). Народный суд принимал меры к примирению супругов (ст. 20), а решение о расторжении брака по иску могло быть вынесено только судами второго звена — краевым, областным, окружным, городским судом или верховным судом автономной республики и только в случае признания необходимости расторгнуть брак (ст. 21 и 22). Таким образом, развод советских граждан становился поводом для самого широкого общественного обсуждения.

5. Моральное поощрение материнства

Матери, родившей и воспитавшей 10 детей, согласно Указу 1944 г. присваивалось почетное⁵ звание «Мать-героиня» с вручением соот-

⁵ С 1980 года в нормативных актах идет речь о «высшей степени отличия» — звании «Мать-героиня»; слово «почетное» не используется (Указ Президиума ВС

ветствующего ордена. Звание «Мать-героиня», а также награждение орденами «Материнская слава» и медалями «Медаль материнства» производилось по достижении последним ребенком возраста одного года и при наличии в живых остальных детей этой матери. При награждении матери принимались во внимание дети, погибшие или пропавшие без вести на фронтах Отечественной войны.

Меры морального стимулирования являлись для советских граждан важными средствами покрытия потребности в общественном признании. Материнство занимало и занимает уникальное положение на стыке биологии и культуры. Как культурное явление оно позволяет воспроизвести потомство, проникнутое значимыми для соответствующего социума идеями [Pathak M., 2022: 280].

Российский опыт прославления матерей отчасти напоминал опыт индийского общества с «прославлением без расширения прав и возможностей» — стратегией утешения, в которой героизация одновременно является средством фиксации гендерного неравенства [Sarkar S., 2020: 3–4].

Сегодня звание «Матери-героини» присваивается матери, являющейся гражданкой Российской Федерации, родившей и воспитавшей 10 и более детей, являющихся гражданами России. Данное высшее звание возвращено в позитивное право России⁶, что, по-видимому, свидетельствует о готовности государства обращаться к накопленному историческому опыту.

Э. Россман, видящая исторические аналогии в нормативном описании механизма героизации матерей в 1944 и 2022 гг., отмечает: «Решения, принятые во время и после Второй Мировой войны под рубриками “семейного права” и пронатализма, создавали общество несостоятельных браков, “безотцовщины” и абортной культуры» [Россман Э., 2022: 119].

При взгляде на правовые решения с дистанции восьми десятилетий можно увидеть отдельные их недостатки и образовавшийся дисбаланс. Как в советский, так и в современный период вне поля зрения правотворца осталась необходимость признания заслуг перед обществом многодетных отцов, добросовестно выполняющих перед своими детьми обязанности по содержанию и воспитанию.

Картина не будет полной, если не сказать о борьбе с криминальными абортами. Адекватная контрацептивная политика в СССР

СССР от 18.07.1980 № 2523-Х «О внесении изменений в некоторые законодательные акты СССР» // СПС Консультант Плюс.

⁶ Указ Президента Российской Федерации от 15.08.2022 № 558 «О некоторых вопросах совершенствования государственной наградной системы Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

фактически отсутствовала, как следствие — ограничение рождаемости базировалось на практике абортот [Кринко Е.Ф., Суший С.Я., 2020: 846], которые в период 1936—1955 гг. были возможны на законных основаниях только по медицинским показаниям [Бибнева Т. Н., Раевская О.А. и др., 2020: 28]. В силу ст. 140-б УК РСФСР⁷ производство аборта, кроме случаев, когда это разрешалось законом, влекло для самой беременной женщины в первый раз — общественное порицание, а при повторном нарушении — штраф до 300 рублей⁸.

Рассчитывать на повсеместное выполнение уголовно-правового запрета не приходилось, да и указанная норма была сформулирована так, что, по-видимому, не наводила ужаса на советских гражданок. Статья 31 Указа 1944 г. определяла: «Органам прокуратуры, в соответствии с действующим уголовным законодательством, привлекать к ответственности виновных в незаконном производстве абортот, в понуждении женщин к производству аборта, в оскорблении и унижении женщины-матери, в злостном неплатеже алиментов на содержание детей». Она была призвана обозначить новые приоритеты уголовно-правовой политики. Доведение до сведения общественности информации об уголовно-правовых запретах имело большую важность: в среде молодежи совершение преступлений в условиях отсутствия знаний об ответственности было широко распространено [Романов Р.Е., 2019]. Впрочем, рост внебрачных рождений поглощался увеличением количества нелегальных абортот [Исупов В.А., 2015: 17]: советские граждане продолжали усвоенные практики, не смотря на новый виток борьбы с последними.

Заключение

Принятие во внимание человеческих потребностей является частью любой серьезной правовой стратегии. Взгляд на события 80-летней давности с учетом современных знаний из области нейробиологии, когнитивистики и репродуктивной психологии позволя-

⁷ Постановление ВЦИК от 22.11.1926 «О введении в действие Уголовного Кодекса РСФСР редакции 1926 года» // СПС Консультант Плюс.

⁸ Статья была введена Постановлением ВЦИК, СНК РСФСР от 10.05.1937 «Об изменении действующего законодательства РСФСР в связи с Постановлением ВЦИК и СНК СССР от 27.06.1936 «О запрещении абортот, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах» // СПС Консультант Плюс.

ет говорить, что советское государство прибегло к стимулированию демографических процессов на основе передовых для того времени понятий о системе потребностей человека. Использованный подход оценивался как необходимый и вполне действенный на протяжении четверти века, но он был чреват серьезными социальными последствиями.

Академик П.В. Симонов (1926–2002) выделял витальные, ролевые (зоосоциальные) потребности и потребности саморазвития [Симонов П., 2023: 21, 26, 37]. Значимость трудов академика по мотивации поведения признаются современными исследователями [Дубынин В.А., 2022: 45]; сам он связывал возможность такого деления потребностей с достижениями его предшественников И.М. Сеченова (1829–1905), И.П. Павлова (1849–1936), А.А. Ухтомского (1875–1942), Л.С. Выготского (1896–1934), А.Р. Лурии (1902–1977), труды которых скорее всего были известны специалистам, занимавшимся практическими проблемами демографии в советском государстве.

Удовлетворение витальных потребностей (пищевые, питьевые, регуляции сна, оборонительные, экономии сил) обеспечивает индивидуальное и видовое сохранение живых существ. Ролевые (зоосоциальные) потребности «могут быть реализованы только путем взаимодействия с другими особями своего вида» и «лежат в основе полового, родительского, территориального поведения, в основе феномена эмоционального резонанса (“сопереживания”) и формирования групповой иерархии, где отдельно взятая особь неизменно выступает в роли брачного партнера, родителя или детеныша, хозяйина территории или пришельца, лидера или ведомого».

Потребности в саморазвитии проявляются в таких видах деятельности, как исследовательское поведение, рефлекс сопротивления (свободы), превентивной «вооруженности» (имитационной и игровой). «Для рефлексов саморазвития наиболее характерен тот факт, что они не связаны с индивидуальной и видовой адаптацией к наличной в данный момент существующей ситуации. Образно говоря, безусловные рефлексы саморазвития обращены к будущему, ориентированы на освоение новых пространственно-временных сред» [Симонов П. В., 2023: 26, 37–38].

Демографическая политика Советского Союза периода Великой Отечественной войны была нацелена на стимулирование репродуктивного поведения за счет игры на витальных и ролевых потребностях человека. Потребность саморазвития, ценность непосредственной передачи отцовского опыта детям вписать в рамки указанной стратегии оказалось практически невозможно.

Советскую демографическую политику, связанную со стимулированием деторождения, допустимо назвать «антисемейной», если исходить из традиционного понимания семьи. Запрет на иск об установлении отцовства и другие меры, принятые государством в условиях нехватки мужчин для построения полноценных моногамных отношений, своим содержанием стимулировали репродуктивное поведение советских граждан, приводящее к появлению неполных семей или передаче детей на воспитание детским учреждениям.

Изменение общественной морали — появление терпимости к мужчинам, безразличным к судьбе потомства, приведшее к усугублению проблемы безотцовщины, — стало «побочным эффектом» радикального обновления семейного законодательства и изменения норм о социальном обеспечении граждан. Ограниченность материальных ресурсов, которыми располагал средний гражданин советского периода, его возможностей заработать на достойную жизнь, конечно, определяли и поведенческую стратегию, недостаток поддержки внебрачных детей и общения с ними, а нередко — и полный отказ от них.

Винить советское государство и его руководство в промахах, допущенных в семейно-демографической политике, проводимой на основе принятых в области права мер, трудно. Альтернатива данным решениям не является очевидной даже сегодня — с большой дистанции времени. Развитие событий, последовавших за началом крупнейшей в истории человечества Войны, в том числе системные изменения в семейной жизни советских граждан, оказались подчинены беспощадной логике военного времени.



Список источников

1. Бебнева Т.Н., Раевская О.А., Константинова Б.С. Контрацептивная политика государства в решении демографических проблем // StatusPraesens. Гинекология, акушерство, бесплодный брак. 2020. № 6. С. 24–33.
2. Вударски А., Ульянова М.В. Правовой статус биологического отца в случае множественности отцовства: европейский сравнительный анализ // Lex russica. 2022. Т. 75. № 1. С. 147–163.
3. Дубынин В.А. Мозг и его потребности: От питания до признания. М.: Альпина нон-фикшн, 2022. 572 с.
4. Журавлева О.О. Налогово-правовые меры поддержки семей // Журнал российского права. 2021. Т. 25. № 5. С. 92–105.
5. Замараева З.П., Новоселов В.М. Особенности трансформации института отцовства в советский период // Теория и практика общественного развития. 2012. № 6. С. 53–56.

6. Зыков С.В. Осуществление права отцовства в современной России: право-применительные и законодательные препятствия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 44–71.
7. Икута М., Пушкарева Н.Л. Советские женщины и японские интернированные: анализ повседневных практик в ракурсе гендерной истории (1945–1956 гг.) // Вестник Пермского университета. История. 2019. № 3. С. 51–66.
8. Исупов В.А. Рождаемость населения России в 1939–1945 гг. // Российская история. 2015. № 1. С. 3–18.
9. Карнер С.К. вопросу о мотивах советских граждан, оставшихся в Австрии после Второй мировой войны // Исторический курьер. 2021. № 3. С. 173–179.
10. Комиссарова Е.Г. Отношения по фактическому воспитанию ребенка: проблемы семейно-правовой институционализации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 130–153.
11. Корнилов Г.Е. Влияние Великой Отечественной войны на воспроизводство населения (на материалах Молотовской области) // Новейшая история России. 2021. № 2. С. 339–355.
12. Кринко Е.Ф., Суций С.Я. Демографические процессы в южных краях и областях РСФСР в период Великой Отечественной войны // Новейшая история России. 2020. № 4. С. 844–863.
13. Лян Х. Демографическая политика в России: исторический аспект // Мир русскоговорящих стран. 2019. № 2. С. 33–43.
14. Медушевская О.М. Источниковедческая компаративистика и образовательная модель гуманитарного знания // Новый исторический вестник. 2004. № 1. С. 5–18.
15. Романов Р.Е. Пассивный протест рабочей молодежи Новосибирской области в годы Великой Отечественной войны («письма во власть») // Исторический курьер. 2019. № 5. С. 138–146.
16. Россман Э. Мобилизуя одиноких матерей: демографическая политика в послевоенном СССР // Демографическое обозрение. 2022. № 2. С. 119–122.
17. Ростовская Т.К., Васильева Е.Н. и др. Семейно-демографическая политика в контексте воспроизводства населения (страновый обзор) // Проблемы социальной гигиены, здравоохранения и истории медицины. 2021. № 5. С. 1111–1116.
18. Симонов П. Мотивированный мозг. Высшая нервная деятельность и естественно-научные основы общей психологии. СПб.: Питер, 2023. 288 с.
19. Сомов В.А., Волкова Е.С. Советская ментальность: маркеры социально-исторической идентичности // Новейшая история России. 2022. № 4. С. 1035–1048.
20. Тарусина Н.Н. Одинокое материнство как социально-правовое явление // Журнал российского права. 2022. Т. 26. № 7. С. 68–84.
21. Ульянова М.В. Пределы осуществления семейных прав // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2022. Вып. 58. С. 658–682.
22. Цветанова М. Ергенский данък в исторически план и възможности завъ в еждането му в съвремието // Юридическо списание на НБУ. 2022. № 2. С. 104–120.
23. Шульц М. Семейная политика Германии в контексте решения демографических проблем // Вестник Поволжского института управления. 2021. Т. 21. № 1. С. 4–11.

24. Asadova O.H. The Second World War in the Uzbekistan SSR: changes in tax over the years. *Frontline social sciences and history journal*, 2023, no. 4, pp. 44–49.
25. Bernhardt P., Holtzblatt J. Low-income childless individuals and the tax and transfer systems / 101st Annual conference on taxation. Wash.: National Tax Association Proceedings, 2008, pp. 156–163.
26. Pathak M. Warrior Mothers: Narratives of Women from the United Liberation Front of Assam. *Journal of International Women's Studies*, 2021, no. 9, pp. 271–284.
27. Sarkar S. «Working for/from Home»: An Interdisciplinary Understanding of Mothers in India. *Rupkatha Journal on Interdisciplinary Studies in Humanities*, 2020, no. 5, pp. 1–6.



References

1. Asadova O.H. (2023) The Second World War in the Uzbekistan SSR: Changes in Tax over the Years. *Frontline social sciences and history journal*, vol. 3, no. 4, pp. 44–49.
2. Bebneva T.N., Raevskaya O.A., Konstantinova B.S. (2020) Contraceptive Policy in Solving Demographic Problems. *Status Praesens. Ginekologiya, akusherstvo, besplodnyj brak*=Status Praesens. Gynecology, Obstetrics, Infertile Marriage, no. 6, pp. 24–33 (in Russ.)
3. Bernhardt P., Holtzblatt J. (2008) Low-income Childless Individuals and the Tax and Transfer Systems. In: 101st Annual conference on taxation papers. Washington: National Tax Association Proceedings, pp. 1111–1116.
4. Dubynin V.A. (2022) *The Brain and its Needs: From Nutrition to Acknowledgment*. Moscow: Alpina, 572 p. (in Russ.)
5. Ikuta M., Pushkareva N.L. (2019) Soviet Women and Japanese Internees: an Analysis of Everyday Practices in the Perspective of Gender History (1945–1956). *Vestnik Permskogo universiteta. Istoriya*=Bulletin of Perm University. History, no. 3, pp. 51–66 (in Russ.)
6. Isupov V.A. (2015) The Birth Rate in Russia in 1939–1945. *Rossiyskaya istoriya*=Russian History, no. 1, pp. 3–18 (in Russ.)
7. Karner S. (2021) On the Issue of Soviet Citizens' Rationale Behind the Decision to Remain in Austria after World War II. *Istoricheskij kur'er*=Historical Courier, no. 3, pp. 173–179 (in Russ.)
8. Komissarova E.G. (2021) Relations on Actual Upbringing of a Child: Family and Legal Institutionalization. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 14, no. 1, pp. 130–153 (in Russ.)
9. Kornilov G.E. (2021) The Impact of the Great Patriotic War on Population Reproduction (On the materials of the Molotov Region). *Novejshaya istoriya Rossii*=Contemporary History of Russia, no. 2, pp. 339–355 (in Russ.)
10. Krinko E.F., Suschiy S. Ya. (2020) The Demographic Processes in the South of the RSFSR during the Great Patriotic War. *Novejshaya istoriya Rossii*=Contemporary History of Russia, no. 4, pp. 844–863 (in Russ.)
11. Liang H. (2019) Demographic Crisis in Russia: Historical Aspect. *Mir russko govoryashchih stran*=World of Russian-speaking Countries, no. 2, pp. 33–43 (in Russ.)
12. Medushevskaya O.M. (2004) Comparative Studies in Sources and Educational Model of Humanitarian Knowledge. *Novyi istoricheskii vestnik*=New Historical Bulletin, no. 1, pp. 5–8 (in Russ.)

13. Pathak M. (2021) Warrior's Mothers: Narratives of Women from the United Liberation Front of Assam. *Journal of International Women's Studies*, no. 9, pp. 271–282.
 14. Romanov R.E. (2019) Passive Protest of Working Youth of Novosibirsk Region during the Great Patriotic War ("letters to the powers"). *Istoricheskij kur'er*=Historical Courier, no. 5, pp. 138–146 (in Russ.)
 15. Rossman E. (2022) Mobilizing Single Mothers: Demographic Policy in the Post-war USSR. *Demograficheskoe obozrenie*=Demographic Review, no. 2, pp. 119–122 (in Russ.)
 16. Rostovskaya T.K., Vasilieva E.N. et al. (2021) The Family Demographic Policy in the Context of Population Reproduction: the Country-specific Review. *Problemy socialnoi gigieny, zdravookhraneniya i istorii meditsini*=Issues of Social Hygiene, Health Care and History of Medicine, no. 5, pp. 1111–1116 (in Russ.)
 17. Sarkar S. (2020) «Working for/from Home»: an Interdisciplinary Understanding of Mothers in India. *Rupkatha Journal on Interdisciplinary Studies in Humanities*, no. 5, pp. 1–6.
 18. Schulz M. (2021) German Family Policy in the Context of Solving Demographic Issues. *Vestnik Povolzhskogo instituta upravleniya*=Bulletin of the Volga Region Institute of Management, no. 1, pp. 4–11 (in Russ.)
 19. Simonov P.V. (2023) *Motivated Brain. Higher Nervous Activity and Natural Academic Foundations of General Psychology*. Saint Petersburg: Piter, 288 p. (in Russ.)
 20. Somov V.A., Volkova E.S. (2022) Soviet Mentality: Markers of Socio-Historical Identity. *Novejshaya istoriya Rossii*=Modern History of Russia, no. 4, pp. 339–355 (in Russ.)
 21. Tarusina N.N. (2022) Single Motherhood as a Social and Legal Phenomenon. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 7, pp. 68–84 (in Russ.)
 22. Tsvetanova M. (2022) Tax for Unmarried and Childless Persons (Bachelor Tax) in Historical Perspective and Possibilities for its Establishment in Modern Times. *Yuridicheskoe spisanie na NBU*=Legal Magazine of the NBU, no. 2, pp. 104–120 (in Bulgarian)
 23. Ulianova M.V. (2022) Limits of the Exercise of Family Rights. *Vestnik Permskogo universiteta, Juridicheskie nauki*=Bulletin of Perm University. Legal Sciences, no. 5, pp. 658–682 (in Russ.)
 24. Wudarski A., Ulianova M. V. (2022) The Legal Status of the Biological Father in the Case of Multiple Paternity: A European Comparative Analysis. *Russkiy zakon*=Lex Russica, no. 1, pp. 147–163 (in Russ.) DOI: 10.17803/1729-5920.2022.182.1.147–163.
 25. Zamaraeva Z.P., Novoselov V.M. (2012) Specifics of Fatherhood Transformation during the Soviet Period. *Teoriya i praktika obshchestvennogo razvitiya*=Theory and Practice of Social Development, no. 6, pp. 53–56 (in Russ.)
 26. Zhuravleva O.O. (2021) Tax and Legal Measures to Support Families. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 5, pp. 92–105 (in Russ.)
 27. Zykov S.V. (2020) Implementing Rights of Fatherhood in Modern Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 3, pp. 44–71 (in Russ.)
-

Информация об авторах:

В. А. Болдырев — доктор юридических наук, профессор.

Д. Н. Кархалев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the authors:

V.A. Boldyrev — Doctor of Sciences (Law), Professor.

D.N. Karkhalev — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 06.12.2023; одобрена после рецензирования 20.02.2024; принята к публикации 17.06.2024.

The article was submitted to editorial office 06.12.2023; approved after reviewing 20.02.2024; accepted for publication 17.06.2024.

Научная статья

УДК: 341

JEL: K33

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.180.211

Иерархия норм международного права при их применении и в нормотворческом процессе



Юрий Сергеевич Ромашев

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,
romashev-yus@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9059-584X>



Аннотация

В практике государств важное значение имеет правильное применение норм международного права, от которого напрямую зависит действенность правового регулирования. Довольно часто при этом не в полной мере учитываются важность тех или иных норм, их иерархия в международно-правовой системе, методология данного вопроса. Практическая значимость оценки иерархии норм заключается в ответе на вопрос — какая норма в данной ситуации применима или должна быть применима? В рамках международного нормотворчества необходимость учета иерархии норм состоит в предотвращении появления будущих правовых коллизий. В настоящей работе с позиции диалектического подхода, использования общенаучных и специальных юридических методов исследования рассмотрены основные подходы к учету иерархии норм международного права при их применении и нормотворческом процессе. В работе показаны особенности, присущие различным видам норм международного права, которые могут быть положены в основу оценки. Особое внимание уделено оценке иерархии норм при возникновении коллизий между ними, исследованы причины их появления. Показаны методы разрешения коллизий, используемый при этом правовой инструментарий. Обращено внимание на важность оценки иерархии норм международного права во взаимосвязи с оценкой иерархии однородных и разнородных источников, содержащих такие нормы. В работе содержится алгоритм учета иерархии норм международного права при их

применении. Рассмотрены случаи, когда разрешить коллизии невозможно и какие основные действия нужно предпринимать в таких ситуациях. Раскрыты пути противодействия появлению потенциальных коллизий норм международного права. Показана трудность ситуации, связанная с фрагментацией международного права и возрастанием количества норм, содержащих коллизии, их разнообразием, что существенно осложняет правоприменение, выбор оптимального решения. Указано, что решение такой объемной и многоплановой проблемы требует высококачественной аналитической работы с привлечением современных технологий, в том числе связанных с искусственным интеллектом.



Ключевые слова

иерархия норм; коллизия норм; международное право; норма права; источники права; международный обычай; международный договор; общие принципы права.

Для цитирования: Ромашев Ю.С. Иерархия норм международного права при их применении и в нормотворческом процессе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 180–211. DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.180.211

Law in the Modern World

Research article

International Law Norms Hierarchy in Applying Them and in the Rule-making Process



Yuri S. Romashev

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitsky Str., Moscow 101000, Russian Federation,
romashev-yus@mail.ru



Abstract

In the practice of states the correct application of international law is important, effectiveness of legal regulation directly depends on it. Quite often, the importance of certain norms, their hierarchy in the international legal system, and the methodology of this issue are not fully taken into account. The practical significance of assessing the hierarchy of norms lies in answering the question: which norm is or should have been applicable in a particular situation? Within the framework of international rule-making, the need to take into account the hierarchy of rules is to prevent the emergence of future conflict of laws rules. In this work, from the position of a dialectical approach, the use of general academic and special legal research methods, the main approaches to taking into account the hierarchy of international law norms in their application and the rule-making process are considered. The work shows the features inherent in various types of norms of international law, which can be used as the basis for the assessment.

Particular attention is paid to assessing the hierarchy of norms when their conflicts arise, and the reasons for their appearance are investigated. Methods for resolving emerging conflicts and the legal tools used are shown. Attention is drawn to the importance of assessing the hierarchy of norms of international law in conjunction with assessing the hierarchy of homogeneous and heterogeneous sources containing such norms. The paper presents an algorithm for taking into account the hierarchy of international law norms when applying them. Cases where it is impossible to resolve collisions and the main actions in such situations are considered. Ways to counter the emergence of potential conflicts of international law in the future are presented. The complexity of the situation in international law is shown, associated with its fragmentation and the increase in the number of conflict of laws rules, their diversity, which significantly complicates the application of the rules of international law and the choice of the optimal solution. It is pointed out that solving that multifaceted problem requires a high quality of academic research and implementing modern technologies, including artificial intelligence.



Keywords

hierarchy of norms; conflict of norms; international law; norms of international law; sources; international customs; international treaties; general principles of law.

For citation: Romashev Yu.S. (2024) International Law Norms Hierarchy in Applying Them and in the Rule-making Process. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 180–211 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.180.211

Введение

В последние 50 лет сфера международного права значительно расширилась. Оно стало охватывать самые разнообразные вопросы международной деятельности. Ныне трудно назвать стороны жизни общества, которые не подвергаются в той или иной форме международно-правовому регулированию¹. Эти процессы сопровождаются фрагментацией международного права, образованием в нем внутрисистемных связей, появлением большого числа коллидирующих норм, содержащих коллизии. Растущая сложность международно-правовой системы отражается и во все большем разнообразии форм обязательств, принимаемых для регулирования поведения государств [Shelton D., 2006: 322]. При этом одним из актуальных вопросов, которые по-прежнему встают в деятельности государств, является корректность применения норм права на национальном уровне и в межгосударственных отношениях.

Применение норм международного права — наиболее трудный вопрос ввиду прогрессирующего накопления коллизий норм, содер-

¹ Документы ООН. A/CN.4/L.702. C.3. Available at: URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g06/628/65/pdf/g0662865.pdf> (дата обращения: 10.01.2024)

жащихся в различных источниках международного права, не всегда четких общих положений, множества участников правоотношений и их разнообразия. От выявления и разрешения коллизий и корректного применения норм международного права напрямую зависят плоды деятельности государств, их органов власти. Довольно часто при применении норм международного права игнорируются или недостаточно принимаются во внимание значимость норм, их иерархия в международно-правовой системе, методология вопроса.

Неправильное применение государством норм международного права неизбежно влечет нарушение им своих обязательств и, как следствие, — возникновение его ответственности, выражающейся в неблагоприятных для него последствиях. Неправомерные, на взгляд другого государства, действия противоположной стороны, противоречащие взятым в отношении друг друга международным обязательствам, могут стать предметом международных судебных разбирательств. Не соответствующие международному праву действия органов власти могут быть оспорены в судебном порядке и в самих государствах. Сами судьи не всегда принимают обоснованные решения, не учитывают или не в полной мере учитывают международные обязательства своего государства. Такие ситуации возникают и потому, что судебные и иные органы государственной власти, да и физические лица, не всегда понимают методологию применения норм международного права, недостаточно владеют теоретическими познаниями в этой области. Нередко они не учитывают особенности таких норм, неправильно оценивают их иерархию.

Оценка иерархии норм международного права, содержащихся в его различных источниках, нередко становилась предметом исследований. Вместе с тем общей методологии оценки иерархии норм международного права при их применении и в нормотворческом процессе в широком смысле слова в доктрине международного права уделялось недостаточно внимания.

Конечно, трудно в рамках одной статьи дать исчерпывающий перечень соответствующих методических рекомендаций. Вместе с тем показать основные подходы по данному вопросу, которые к настоящему времени сложились в международном праве, его доктрине, а также в практике государств, все же можно сделать.

В настоящей работе с позиции диалектического подхода, использования общенаучных и специально-юридических методов исследования рассмотрены основные подходы к оценке иерархии норм международного права при их применении и нормотворческом процессе. Также предложены меры совершенствования оценки. Важное

значение этот вопрос имеет для образовательного процесса. Студентам как юридических вузов, так и готовящих специалистов по другим специальностям необходимо знать общую методику оценки иерархии норм международного права для их грамотного применения в будущей деятельности.

1. Общие вопросы оценки иерархии норм международного права

Подходы, используемые государствами в применении норм международного права, нередко различаются. Прежде всего это обусловлено различием доктрин, сложившихся на внутригосударственном уровне. Также каждое государство стремится к тому, чтобы его интересы были максимально отражены в норме права [Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В., 2019: 21]. С этой целью они пытаются учесть особенности норм международного права. При этом государства пользуются общим характером норм, позволяющим им действовать по своему усмотрению в рамках широкого спектра дозволений. Видимо, поэтому государства не всегда стремятся заключать международные договоры, содержащие нормы международного права. Кроме того, даже в рамках принятых обязательств они часто ищут различные способы обхода международно-правовых норм, используя лазейки, вызванные пробелами в теории международного права, коллизиями норм, неясными и неписаными формулировками международных обычаев и общих принципов права. Нередко они дают собственное толкование норм международного права, обычно приводящее не к разрешению коллизий, а к международным судебным разбирательствам. При толковании норм большое значение приобретает мировоззренческие подходы государств, включающие их общие и специфические интересы, официальную и неофициальную политику и идеологические установки, тактические и стратегические цели [Капустин А.Я., 2022: 16].

Несмотря на недостаточную доктринальную разработанность общей методики применения норм международного права, ее элементы все же начинают выкристаллизовываться, в том числе и в вопросе оценки иерархии таких норм. Коллизия норм стала областью исследования, имеющей в международном праве как системное, так и практическое значение.

При оценке иерархии норм международного права под многоплановым термином «иерархия» (от греч. *hieros* — священный и *arche* — власть), в частности, понимается расположение от низшего к верх-

нему, от высшего к низшему [Ожегов С.И., 1990: 240]. Смысловое понимание данного термина определяется в зависимости от того, о каких явлениях, объектах и предметах идет речь. По сути, иерархия — это их ранжирование по степени важности, старшинства по отношению друг другу, другим качественным или количественным характеристикам. Применительно к нормам международного права и их применению выстраивание иерархии — это ранжирование таких норм по различным основаниям: юридической силе, содержанию, времени принятия, территориальной сфере действия и по другим значимым характеристикам. В большинстве работ по международному праву и в международных документах большее внимание уделяется выстраиванию иерархии норм международного права по юридической силе и другим отдельным их характеристикам, что является узким подходом. Между тем требуется всесторонний, комплексный подход.

Во внутригосударственном праве существует иерархия по юридической силе как источников права, так и содержащихся в таких источниках правовых норм. А. Кассесе отмечал, что иерархия источников влечет за собой иерархию норм. Закон не может отступать от конституционного положения или быть несовместимым с ним. В свою очередь, постановление не может противоречить закону и тем более конституционной норме [Cassese A., 2005: 198]. Г. Кельзен также писал, что во внутригосударственных правовых системах иерархия норм нередко является предметом конституционного регулирования [Kelsen H., 1961: 123–125].

Международное право, по определению П.-М. Дюпюи, сложилось как система горизонтальных правил, которые имеют обязательную силу только если государства каким-либо образом соглашаются их соблюдать [Dupuy P.-M., 2008: 14–16]. В свою очередь Ю. Видмар считает, что в горизонтальной системе правовых норм ни одно юридическое обязательство *prima facie* (на первый взгляд — лат.) не способно превзойти другое обязательство. Согласно его позиции в международном праве все же должна существовать нормативная иерархия. Но остается спорным вопрос: какие качества поднимают норму на иерархически более высокий уровень и как это превосходство проявляется в ситуациях конфликта с иерархически низшими нормами [Vidmar Ju., 2012: 2]. С.В. Черниченко подчеркивал, что одни из норм находятся на более низком в иерархическом отношении уровне и не должны противоречить другим нормам более высокого уровня [Черниченко С.В., 1990: 87]. Дж. Паувелин утверждает, что иерархии в международном праве (в отличие от внутреннего права) основаны не на форме, а на содержании [Pauwelyn J., 2003: 349].

По мнению Комиссии международного права ООН (далее — КМП), некоторые нормы международного права важнее других и по этой причине первые занимают более высокое положение или имеют особый статус в международно-правовой системе. Нормы могут существовать на более высоком и более низком иерархических уровнях, их формулировки могут предполагать большую или меньшую степень обобщения и конкретизации, а их возникновение может относиться к ранним или поздним периодам². Таким образом, оценка иерархии норм международного права заключается не только в выстраивании их по вертикали — по уровню значимости, но и по горизонтали — по содержательным и временным показателям. Эти особенности могут быть положены в основу оценки иерархии норм по различным основаниям в широком смысле слова.

Хотя оценка иерархии данных норм на первый взгляд является теоретическим, он имеет важное прикладное значение, так как оказывает влияние не только на применение норм, но и на их создание. Нередко выделяют как правоприменительные, так и априорные иерархии [Pauwelyn J., 2003: 92].

В аспекте применения норм международного права важность оценки их иерархии объясняется необходимостью ответа на вопрос — какая норма в данной ситуации применима? Зачастую необходимо точно определить связи двух или более норм, которые одинаково действительны и применимы в какой-либо ситуации³. С этой целью на первый план выходят особенности, присущие различным видам норм международного права и содержащих их источников, в том числе и в вопросе международного нормотворчества.

Необходимость оценки иерархии норм права нередко требуется при их коллизии. По мнению Дж. Паувелина, коллизия норм не является аномалией в праве и не всегда преднамеренным противоречием между двумя выражениями законодательной воли. Она скорее присуща системе права, т.е. системе, предназначенной для того, чтобы охватить все комбинации фактов ограниченным числом общесформулированных правил [Pauwelyn J., 2003: 12]. В международном праве коллизии норм гораздо возникают чаще, чем в национальных правовых системах. Начиная с Г. Гроция, специалисты в области международного права высказывали презумпцию необходимости устранения возникновения коллизии международно-правовых норм. Она была основана на предположении, что государства дей-

² Документы ООН. A/CN.4/L.702. С. 7,20. Available at: URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g06/628/65/pdf/g0662865.pdf> (дата обращения: 10.01.2024)

³ Там же. С. 7.

ствуют последовательно и не заключают соглашений, противоречащих заранее установленным правам и обязанностям [Lecturer G., 2022: 27, 29]. Вместе с тем полного искоренения коллизий норм избежать невозможно по причинам как объективным, так и субъективным. По многим вопросам международно-правового регулирования они со временем только накапливаются.

Существует много взглядов на понимание коллизий норм международного права. Так, в отношении договорных норм большинство мнений сводится к тому, что конфликт между двумя нормами возникает только когда участник, например, двух договоров не может одновременно выполнять свои обязательства по обоим договорам. Дж. Паувелин выделяет неотъемлемую нормативную коллизию, когда одна норма нарушает другую, и коллизию в примененном праве, возникающую тогда, когда государство, прежде чем действовать, сталкивается с двумя противоречащими друг другу нормами и принимает решение о выполнении обязательств или осуществлении прав по одной из двух норм, тем самым нарушая другую норму [Pauwelyn J., 2003: 260]. В последнем случае две нормы, которые действительны и применимы, указывают на несовместимые решения и обуславливают необходимость выбрать одну из них⁴. Э. Вранес уточняет, что коллизия между нормами, одна из которых может быть разрешительной, существует, если при соблюдении или применении одной нормы необходимо нарушать другую норму или потенциально нарушается другая норма [Vranes E., 2006: 417].

Нередко одна норма носит дозволяющий, а другая — запрещающий характер, что нивелирует или ограничивает действие первой нормы. Вместе с тем, рассуждая о наличии многочисленных вариантов определений термина «коллизии в международном праве», А. Рамануджан призывает быть осторожным во мнениях об определении коллизии. Более строгое ее определение является более логичным и разумным [Ramanujan A., 2009: 191]. На взгляд автора настоящей статьи такое определение, несмотря на его общность, должно быть гибким и охватывать ситуации, применительно к которым анализируется наличие коллизии.

Оценку коллизий норм обычно производят на абстрактном и правоприменительном уровнях. Первая ситуация охватывает предварительную (априорную) оценку, когда при применении норм международного права появляются сомнения в вопросе — какая норма

⁴ Док. ООН. A/CN.4/L.702. C. 7. Available at: URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g06/628/65/pdf/g0662865.pdf> (дата обращения: 10.01.2024)

в будущем подлежит применению в данной ситуации? Тогда вопрос состоит в том, какого правила следует придерживаться (точнее — какие именно нормы международного права в этом случае применимы)? Коллизия здесь — это различие или противоречие между юридическими нормами, претендующими на регулирование одной и той же фактической ситуации. В таких случаях говорят об абстрактном (теоретическом) уровне коллизии норм, о ситуации, в которой юридического факта нет, и решение одной нормы по одному вопросу исключает решение другой нормы по тому же вопросу. Итогом такого умозрительного анализа является предположение, что данные правила при появлении фактического обстоятельства будут противоречить друг другу.

Так, например, Венская конвенция о консульских сношениях 1963 г. (далее — Конвенция 1963 г.)⁵ не запрещает досмотра средств передвижения консульских учреждений, если у сотрудников полиции есть необходимость такие действия осуществить. В то же время по двусторонней Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Казахстан 1994 г.⁶, средства передвижения консульских учреждений и их работников пользуются иммунитетом от обыска, реквизиции, ареста и исполнительных действий. Вопрос: какая же из этих двух конфликтующих норм применима, если указанные государства являются одновременно и участниками Конвенции 1963 г.? Аналогичные двусторонние конвенции Россия имеет с Ганой, КНДР и Турцией.

Вторая ситуация — это когда действия уже совершены (апостериорная оценка), а стороны спорят о правомерности действий сторон в имевшей место ситуации. Здесь приходится говорить о реальной (правоприменительной) коллизии норм, под которой понимается действие юридических норм, предполагающих различные решения одного и того же вопроса в связи с появлением юридического факта. Если, например, органы полиции России уже досмотрели автомобиль консульского учреждения Казахстана, и возникает вопрос о правомерности их действий, то установлениями норм какого международного договора здесь нужно было руководствоваться — Конвенции 1963 г. или двусторонней Консульской конвенции 1994 г.?

Существуют различные виды коллизий норм международного права, которые отмечаются в доктрине международного права и

⁵ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/consular.pdf (дата обращения: 10.01.2024)

⁶ Available at: URL: https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/international_contracts/international_contracts/2_contract/48062/ (дата обращения: 10.01.2024)

практике межгосударственных отношений. Например, выделяют темпоральные (хронологические или временные), пространственные (территориальные) коллизии [Гриб В.В. и др., 2021: 580–582]. Так, правоотношения не могут возникать, изменяться и прекращаться вне физического времени. Темпоральность права непосредственно связана с необходимостью точного установления правовых норм, подлежащих применению к конкретным субъектам права, их правам и обязанностям, возникшим или существующим в определенное время [Голубцов В.Г., 2022: 20]. Временные коллизии возникают между нормами права, возникшими в разное время, но посвященными одному вопросу. Применительно к ситуации досмотра средства передвижения консульского учреждения следует заметить, что положения двусторонней консульской конвенции 1994 г. появились позднее Конвенции 1963 г.

В свою очередь территориальные коллизии возникают между нормами права, призванные регулировать один и тот же вопрос в пространстве. Так, указанные коллидирующие нормы о досмотре средств передвижения консульского учреждения регулируют одну и ту же ситуацию на территории только двух государств—участников Консульской конвенции, но не применимы на территории других участников Конвенции 1963 г. В доктрине права говорят и о содержательной коллизии, например, общих и специальных (конкретных) норм, если они имеют одинаковую юридическую силу. Также имеют место коллизии правовых норм, имеющих различную юридическую силу. Их нередко называют иерархическими коллизиями, если рассматривать термин «иерархия норм» в указанном узком смысле слова.

Таким образом, применение норм международного права — это процесс учета самых различных обстоятельств: юридической силы норм, их содержания, действия норм во времени и пространстве, иерархии самих источников международного права, содержащих такие нормы, и т.п.

Когда коллизии норм в ситуации нет, то и потребности в оценке иерархии норм международного права при их применении нет. Тогда обычно встает вопрос: существует ли какая-либо норма, регулирующая данную ситуацию, в каком источнике она содержится, для кого она является обязательной? Довольно часто на практике появляется потребность в определении очередности рассмотрения источников международного права, не содержащих коллидирующие нормы, исходя из их значимости в регулировании межгосударственных отношений, т.е. также требуется выстраивание их некоторой иерархии.

2. Правовой инструментарий разрешения коллизий норм международного права при их применении

Разрешение коллизий норм международного права, выявление применимой нормы требует уточнения их иерархии и выбора правового инструментария.

В межгосударственных отношениях и на внутригосударственном уровне сложился инструментарий, являющий собой совокупность правовых приемов и методов, позволяющих в большинстве случаев разрешить существующие коллизии норм права при их применении. К нему относят ряд правил юридической техники, являющихся разновидностью общих принципов права и свойственных как национальным правовым системам, так и международной правовой системе. Нередко такие правила находят отражение в международных договорах и международных обычаях. Однако это не меняет их правовой природы как общих принципов права, упомянутых в ст. 38 Статута Международного Суда ООН.

К числу таких общих принципов права, успешно используемых при разрешении коллизий норм международного права, относят: более поздний закон отменяет более ранний (*lex posterior derogat legi priori*); специальный закон превалирует над общим законом (*lex specialis derogat legi generali*); более поздний закон, общий по своему характеру, не умаляет более раннего, который является специальным по своему характеру (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*) [Cassese A., 2005: 154].

Система международного права позволяет решать конфликты, возникающие в связи с формированием новых международно-правовых норм, между старыми и новыми нормами [Колодкин Р.А., 2021: 60]. Так, принцип *lex posterior derogat legi priori* отражает способ разрешения временной коллизии норм. Принцип *lex specialis derogat legi generali* регулирует путь разрешения содержательной коллизии. В соответствии с этим принципом, когда две или более норм касаются одного и того же предмета, приоритет уделяется норме, которая является более конкретной⁷.

Имеется точка зрения, согласно которой при наложении юридических коллизий различных видов конкурируют не нормы, а правила преодоления таких коллизий. При наложении темпоральной (временной) и содержательной коллизий — приоритет имеет правило

⁷ Документы ООН. A/CN.4/L.702. С. 8. Available at: URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g06/628/65/pdf/g0662865.pdf> (дата обращения: 10.01.2024)

содержательной коллизии, т.е. специальная норма будет иметь приоритет, даже если она содержится в раннем законе [Гриб В.В. и др., 2021: 582]. Таким образом, при коллизии двух норм, обладающих одинаковой юридической силой, существует универсальный приоритет ранее принятой специальной нормы над позднее принятой общей [Петров А.А., 2017: 39]. Этой ситуации разрешения коллизий соответствует принцип *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Буквально понимать фразу «более поздний закон отменяет более ранний», конечно, не стоит. Во внутригосударственном праве ранний закон или иной правовой акт, как правило, автоматически не прекращает существовать в результате принятия очередного закона по тому же вопросу. С этой целью обычно требуется принятие отменяющего законодательного решения.

В международном праве новый договор, заключенный по одному и тому же вопросу, не отменяет прежнего договора, если об этом не сказано в самом договоре или стороны не примут решения о прекращении прежнего договора. При этом не все нормы нового договора могут вступать в коллизию с нормами старого. Прежние, не содержащие коллизии нормы договора могут по-прежнему оставаться актуальными. Если последующий договор отменяет предыдущий договор, то нормы этого договора не создают проблем при применении, они не действуют. Поэтому следует говорить не об отмене прежних или верховенстве среди последовательно заключенных договоров, а о применении норм, содержащихся в таких договорах, об их соотношении друг с другом.

Поэтому термин «закон» применительно к международному праву в трех приведенных правилах юридической техники можно толковать *mutatis mutandis* (с соответствующими изменениями. — лат.) как термин «норма международного права». Этот подход широко распространен и в доктрине международного права. Если все же буквально придерживаться смысла формулировки принципа юридической техники — *lex posterior derogat legi priori*, — и речь идет об отмене конкретного источника международного права, то имеется в виду отмена всей совокупности содержащих в нем норм. В международном договоре — норм всего договора. В международном обычае — обычной нормы международного права. Как известно, международный обычай, как правило, содержит одну из норм международного права. В общем принципе права, если его рассматривать одновременно как источник международного права и как норму международного права, — нормы, являющейся содержанием общего принципа права.

Вместе с тем государства изначально сами могут установить или допустить иерархию источников или содержащихся в них норм. Принято считать, что приоритет всегда имеет правило разрешения иерархических коллизий — вышестоящая норма имеет приоритет перед нижестоящей независимо от времени принятия и отношения общей и специальной норм. Таким образом, иерархическая коллизионная норма имеет приоритет и над содержательной, и над темпоральной [Петров А.А., 2017: 28]. Тогда указанные три правила юридической техники перестают быть актуальными. Поэтому оценка возможности применения норм международного права при наличии их коллизий непременно должна осуществляться с учетом приоритета норм или содержащих их источников.

Если рассматривать нормотворческий процесс, то потенциальные коллизии норм международного права могут разрешаться в ходе его осуществления (не создавать норм, которые могут войти в противоречие с действующими; отменять ранее возникшие нормы, которые могут войти в противоречие с новыми нормами или прекращать действие источников, которые их содержат; заранее устанавливать приоритетность источников и их норм, используя при этом соответствующие положения и т.п.). Например, когда государства заключают международный договор, который может вступать в противоречие с другими договорами, им следует стремиться к урегулированию связей между такими договорами, приняв специальные положения о приоритетности источников или норм, которые они содержат, так называемые коллизионные оговорки⁸. При принятии таких положений необходимо иметь в виду, что они не должны влиять на права третьих сторон и должны быть как можно более четкими, в частности, касаться конкретных положений договора, не противоречить объекту и цели договора⁹.

Принятие таких нормотворческих мер будет способствовать сглаживанию проблем при применении норм международного права в будущем. Если коллизии норм международного права все же происходят, то они могут разрешаться путем использования указанных трех правил юридической техники, учета пространственных (территориальных) пределов действия норм или иным способом на основе согласия сторон, для которых нормы, содержащие коллизии, являются обязательными. Споры между государствами, связанные с коллизией договорных положений, должны обычно решаться путем

⁸ Документы ООН. A/CN.4/L.702. C.20. Available at: URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g06/628/65/pdf/g0662865.pdf> (дата обращения: 10.01.2024)

⁹ Там же. С. 19.

переговоров между участниками соответствующих международных договоров. Однако если решения на переговорах достичь не удастся, следует прибегать к другим средствам урегулирования споров¹⁰.

При невозможности разрешения коллизий также может быть реализован принцип гармонизации, который является общепризнанным и состоит в том, что когда несколько норм касаются одного вопроса, они должны в максимально возможной степени толковаться таким образом, чтобы устанавливать единый ряд совместимых обязательств¹¹. Считается, что арбитрам оставлено право разрешать коллизии норм на специальной основе с помощью как правил юридической техники, так и методов толкования, в том числе и гармоничного толкования [Prost M., 2017: 289]. Но, если и это не даст положительного результата, то реализация одного из коллидирующих положений безальтернативно может привести к нарушению другого из них и международно-правовой ответственности. Предполагаемый правонарушитель в таких случаях, видимо, будет исходить из политической целесообразности выбора такого варианта, при котором для него могут возникнуть менее негативные последствия. Вместе с тем, существующие коллизии норм не всегда имеет смысл устранять. Одни из них могут налагать только ограничения на применение других конфликтующих с ними норм. Это обстоятельство нередко лишь учитывается в деятельности государств и иных субъектов международного права.

3. Оценка иерархии норм, содержащихся в однородных источниках международного права

При отсутствии на первый взгляд коллизий норм, содержащихся в однородных источниках международного права (международных договорах и основанных на них обязательных международных документах, международных обычаях и общих принципах права), для определения нормы, регулирующей ситуацию, требуется анализ источников, в которых она могла бы содержаться, и уточнение последовательности их рассмотрения. Это позволит определить применимую норму, а также выяснить, между какими нормами существуют коллизии, если они в ходе такого рассмотрения они будут выявлены. Так, среди международных договоров, заключаемых государством по одному и тому же вопросу, в первую очередь следует

¹⁰ Там же.

¹¹ Там же. С. 8.

рассматривать межгосударственные договоры, имеющие высшую юридическую силу, а затем межправительственные договоры, в последнюю же очередь—международные договоры межведомственного характера. Общепринято, что каждый из международных договоров, заключенный на любом уровне, не должен противоречить договору более высокого уровня, особенно если такие договоры ратифицированы в форме закона.

Одновременно необходимо также уточнять территориальную сферу действия нормы, содержащейся в международном договоре, заключенном на том или другом уровне. Приоритет в рассмотрении здесь не имеет принципиального значения, но обычно он отдается всеобщим договорам, а затем последовательно рассматриваются региональные договоры и договоры, действующие на территории двух или нескольких государств. Такого рода приоритетность рассмотрения международных договоров, придерживаясь принципа от общего к частному, наиболее распространена. Сначала рассматриваются договоры с широким, а затем — с меньшим составом участников. Среди международных обычаев, в первую очередь, следует обращать внимание на общие международные обычаи, а при их отсутствии — на партикулярные (локальные) международные обычаи.

Однако довольно часто среди однородных источников международного права все же имеют место нормы, содержащие коллизии. В таком случае (если речь не идет о коллизии норм с императивными нормами общего международного права), на наш взгляд, при определении применимой нормы необходимо ответить, прежде всего, на следующие вопросы:

- среди норм каких источников международного права имеет место коллизия;

- среди каких международных договоров (межгосударственных, межправительственных, международных договоров межведомственного характера, договоров, действующих в пределах различных территорий) обнаружена коллизия норм;

- установлен ли государствами заранее какой-либо приоритет между международными договорами, содержащими коллидирующие нормы;

- соотносятся ли такие нормы как общие и специальные;

- какова очередность возникновения коллизий норм;

- для каких сторон такие нормы являются обязательными?

Как указывалось выше, при разработке договоров, заключаемых на различных уровнях, государства стремятся придерживаться общего подхода, согласно которому положения международных

договоров межведомственного характера не должны противоречить положениям межправительственных договоров, а последние в свою очередь — положениям межгосударственных международных договоров. Если существует коллизия между положениями международных договоров, имеющих одинаковый состав участников и заключенных по одному и тому же вопросу, то общепринято, что приоритетом обладают положения договоров, заключенных на более высоком уровне. Это правило применяется, если отсутствуют коллизии общих и специальных норм таких договоров. Возникновение коллизий норм, содержащихся в различного уровня договорах одного государства и приводящих при их применении к несовместимым решениям, недопустимо. Государства, как правило, стараются преодолеть такие коллизии в ходе нормотворческого процесса.

Нередко государства, чтобы избежать будущих коллизий, используют подход, когда последующий международный договор в соответствии с его положениями отменяет предыдущий, или нормы последующего договора (при сохранении предыдущего договора) заменяют или уточняют его положения, ставшие коллидирующими. Получила распространение практика заключения протоколов к базовым договорам. Вместе с тем такие протоколы ратифицируются не всеми участниками базового договора, поэтому среди них могут действовать различные его положения. Они являются на первый взгляд конфликтующими, но такая коллизия разрешается путем сопоставления состава участников этих договоров.

Иногда государства благосклонно относятся к заключению международных договоров, нормы, которых содержат коллизии. К таким договорам государства довольно часто прибегают для оптимального осуществления условий первоначального договора в отношениях между ограниченным кругом его участников, намеревающихся принять более действенные или далеко идущие меры для реализации объекта и цели первоначального договора¹². Данные меры способствуют приданию большей гибкости международному праву. Вместе с тем в договорах, имеющих общий состав участников, в интересах однозначного применения норм одновременно устанавливается иерархия среди многосторонних и двусторонних международных договоров или среди различных многосторонних договоров, касающихся одних и тех же вопросов. Такие подходы к разрешению возможных коллизий норм могут быть «запрограммированы» в текстах самих международных договоров.

¹² Там же. С. 20.

Так, согласно ст. 41 «Соглашения об изменении многосторонних договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками» Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее — Конвенции 1969 г.)¹³, два или несколько участников многостороннего договора вправе заключить соглашение об изменении договора только во отношениях между собой, если возможность такого изменения предусматривается самим договором. Кроме того, такое изменение не должно быть запрещено договором и не должно также влиять на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств. Оно не должно затрагивать положения, отступление от которого несовместимо с осуществлением объекта и целей договора в целом.

Аналогичный подход встречается в различных отраслях международного права, например, в консульском праве. Согласно ст. 73 «Отношение настоящей Конвенции к другим международным соглашениям» Конвенции 1963 г., ее положения не отражаются на других международных соглашениях, действующих между участвующими в них государствами. Подчеркнуто, что ни одно положение Конвенции не препятствует государствам заключать международные соглашения, подтверждающие, дополняющие, распространяющие или расширяющие ее положения. Этим государства—участники Конвенции довольно часто пользуются в отношениях между собой. Так, Россия заключила свыше 70 двусторонних консульских конвенций, существенно расширяющих по сравнению с Конвенцией 1963 г. иммунитеты и привилегии консульских учреждений и их работников. Такие соглашения (*inter se*) призваны изменить положения многосторонних договоров между отдельными заинтересованными их участниками и только в отношениях между ними.

Государства, входящие в ту или иную международную организацию, могут изначально договориться, что международные договоры, заключаемые ее участниками, не должны противоречить учредительным договорам и иным договорам, заключенным в рамках самой организации. Государства—члены ООН придали Уставу этой международной организации высшую юридическую силу. Так, по ст. 103 Устава ООН уставные обязательства государств—членов имеют преимущественную силу перед обязательствами, принятыми ими по какому-нибудь договору¹⁴. Норма, противоречащей этой статье,

¹³ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 10.01.2024)

¹⁴ Available at: URL: <https://www.un.org/ru/about-us/un-charter/full-text> (дата обращения: 10.01.2024)

становится неприменимой в результате такой коллизии и в пределах такой коллизии¹⁵. Это пример специально установленной коллизийной оговорки, предусмотренной Уставом ООН. Подобные положения встречаются и в других договорах.

Если же изначально иерархия договорных норм по одному и тому же вопросу и с одинаковым составом их участников не установлена, разрешение имеющих место между ними коллизий может осуществляться на основе указанных правил юридической техники (*lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali, lex posterior generalis non derogat priori speciali*).

Общий многовариантный подход к применению норм международных договоров, заключенных в различное время и разным составом их участников, как при отсутствии коллизий норм, так и при их наличии, приведен в ст. 30 «Применение последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу» Конвенции 1969 г.

Вместе с тем не всегда коллизии разрешаются на основе вышеизложенных подходов. Такая ситуация может сложиться, если какое-либо государство имеет международные договоры одновременно с двумя другими государствами, содержащие положения по одному и тому же вопросу, но при их выполнении приводящие к различным результатам. Это может быть вызвано различными подходами в праве различных интеграционных объединений (ЕАЭС, АТЭС, АСЕАН, ЕС, МЕРКОСУР, НАФТА и др.), нормы которых могут быть несовместимы друг с другом. Государства также могут иметь международные договоры по различной проблематике, предусматривающие в какой-либо ситуации взаимоисключающие решения. Могут быть и другие проблемные ситуации, связанные с коллизиями норм, в том числе вызванными ошибками или иными недостатками в осуществлении международного нормотворчества, которые изначально не были выявлены.

Иерархию среди норм международных обычаев или среди норм, представляющих собой общие принципы права, содержащих коллизии, установить трудно. Здесь речь может идти о содержательных коллизиях норм, а для их разрешения может использоваться принцип *lex specialis derogat legi generali*, т.е. специальная норма будет иметь приоритет над общей, если, конечно, последняя не носит императивного характера.

¹⁵ Документы ООН. A/CN.4/L.702. C.25. Available at: URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g06/628/65/pdf/g0662865.pdf> (дата обращения: 10.01.2024)

Нормы международных обычаев или общих принципов права эволюционируют, старые нормы превращаются в новые. Так, в процессе эволюции общих обычных норм международного права на каком-то ее этапе могут появляться прогрессивные партикулярные обычные нормы, которые неизбежно будут входить в противоречие с прежними нормами. Тогда коллизии неизбежны. В итоге при прекращении существования прежней общей обычной нормы коллизия все же исчезнет.

При наличии правомерных оговорок к договору в отношении государств—его участников могут действовать различные тексты, что необходимо учитывать. Однако несмотря на внешнюю видимость коллизий положений таких текстов, подлинных коллизий в применении положений договора не создается. Различные тексты действуют только в отношении групп государств, согласившихся с оговорками или же возразивших против них.

4. Оценка иерархии норм, содержащихся в разнородных источниках международного права

Одним из важных видов взаимодействия норм международного права является взаимодействие между договорами и общим международным правом [Michaels R., Pauwelyn J., 2012: 363]. Результатом может стать появление коллидирующих норм и возникновение необходимости в разрешении коллизий, а также поиске способов, как это лучше выполнить. Вместе с тем в доктрине международного права до сих пор продолжается спор о том, является ли ст. 38 Статута Международного Суда авторитетным и окончательным изложением источников, т.е. метанормой источников, или это положение применимого права для Международного суда [Prost M., 2017: 288]? Многие ученые сомневаются, что порядок изложения разнородных источников международного права в этой статье (международных договоров, международных обычаев и общих принципов права) отражает их иерархию и приоритетность в применении соответствующих им норм, в том числе при разрешении их возможных коллизий.

В доктрине сложилось общее мнение, что между международным договором и международным обычаем как видами источников международного права иерархии не существует и они имеют одинаковую юридическую силу. Так, М. Прост считает, что между источниками международного права нет формальной иерархии; поэтому трудно воздерживаться от вынесения суждения о превосходстве тех или иных источников, перечисленных в ст. 38 о неполноценности

других [Prost M., 2017: 290]. По мнению А. Кассезе, в классическом международном праве не существовало иерархии источников или норм международного права, по крайней мере, между двумя первичными правотворческими процессами, т.е. обычаем и договором [Cassese A., 2005: 198]. По мнению КМП, основные источники международного права (договоры, обычаи, общие принципы права, указанные в ст. 38 Статута Международного Суда) не состоят в иерархической связи *inter se*¹⁶.

На наш взгляд, ст. 38 Статута говорит прежде всего об общей и предварительной последовательности оценке источников международного права при рассмотрении переданных Суду дел, при предположении отсутствия содержащихся в них коллизии норм. Если здесь речь и идет о условной иерархии источников международного права, то о приоритете при их рассмотрении, не связанном с важностью этих источников и содержащихся в них норм, исходя прежде всего из удобства их анализа. На практике договорные нормы доступнее обычных норм, их формулировки имеют более точный, конкретный характер. Последние необходимо еще выявить, а это, как известно, трудоемкий процесс. Они формируются, как правило, дольше чем договорные нормы. К преимуществам международных договоров как источника международного права следует также отнести то, что они мобильны при разработке, особенно двусторонние договоры. Поэтому государства, если, конечно, международный обычай не содержит императивной нормы общего международного права (*jus cogens*), могут оперативно создать имеющую приоритетный характер коллидирующую с обычной нормой договорную норму, отвечающую интересам государств — участников договора.

Следует отметить и слабую сторону международных договоров, особенно всеобщих. Многие договоры, несмотря на участие в их разработке большого количества государств, не ратифицируются необходимым их количеством и не вступают в силу. Однако отдельные нормы таких договоров в довольно короткий срок могут стать основой для возникновения обычных норм международного права. Обычные нормы также могут добавлять мобильность международному праву.

Поэтому на практике при выявлении применимых норм предпочтение нередко отдается международным договорам безотносительно к международным обычаям по одному и тому же вопросу. Довольно часто выбирается такой более легкий, но не всегда верный

¹⁶ Там же. С. 20.

путь и тем самым возрастает возможность принятия неверных юридических решений.

Однако иерархия среди различных видов источников международного права все же существует — по отношению к общим принципам права. Они, как правило, носят дополняющий к международным договорам и международным обычаям характер, когда в этих источниках отсутствуют нормы, которые можно было бы использовать в конкретной ситуации. По мнению КМП, к общим принципам права прибегают в основном когда другие нормы международного права не решают вопроса полностью или частично¹⁷. Поэтому конкуренции для них общие принципы права, как правило, не представляют. Они всегда находятся на втором или даже на третьем плане при отсутствии договорных или обычных норм, регулирующих вопрос.

При выявлении применимой нормы следует помнить, что многие международные документы, имеющие юридически обязательный характер, имеют производный и отличный от международных договоров характер. Это и обязательные решения органов международных организаций, например решения Совета Безопасности ООН, Совета Глав государств СНГ. Так, приоритет решений Совета Безопасности над другими международными договорами в рамках компетенции этого главного органа ООН основан на положениях ее Устава. Кроме того, документы внутриорганизационного характера международных организаций, составляющие их внутреннее право, не должны противоречить учредительным договорам этих международных организаций, порождать коллизии их положений.

Поэтому при правовой оценке ситуации, при предположении отсутствия норм, содержащих коллизии, в первую очередь целесообразно рассматривать договоры между участниками правоотношений, затем (если нет договорных норм, регулирующих ситуацию) — международные обычаи. Это обусловлено прежде всего удобством применения этих источников как иерархического критерия. В отсутствие последних обращаются к общим принципам права, хотя и они также могут отсутствовать. Международный Суд ООН в таких случаях, как известно, разрешает дело *ex aequo et bono* (по справедливости и доброй совести — лат.), если стороны с этим согласны. Когда Суд уполномочен принимать решения таким образом, ему позволено заменять любую норму международного права собственными понятиями о справедливости [Malanczuk P., 1997: 57].

Реальный порядок рассмотрения разнородных источников может быть отличным от этого общего порядка при выявлении содержа-

¹⁷ Там же. С. 2.

щихся в них коллизий норм. Не исключено, как указано выше, существование коллизий и среди однородных источников.

В основу выявления применимой нормы среди коллидирующих норм международного права по одному и тому же вопросу и содержащихся в разнородных источниках, на наш взгляд, может быть положен совместный учет пространственных (территориальных) пределов действия конфликтующих норм, их содержания и времени появления, состава сторон, для которых такие нормы являются обязательными. При этом для разрешения возможных содержательных и временных коллизий (при отсутствии коллизии с императивными нормами общего международного права) уместно использование правил юридической техники. По мнению Дж. Паувелина, в отношении конфликта между договором и обычаем в равной степени применимо, например, правило *lex posterior*. Это связано с тем, что все нормы международного права, будь то в договоре или в обычае, в принципе имеют одинаковую обязательную силу [Pauwelyn J., 2003: 91]. Помощь при разрешении коллизий норм, содержащихся в разнородных источниках международного права, может оказать использование принципов гармонизации и мирного разрешения международных споров.

5. Учет императивных норм общего международного права (*jus cogens*) при оценке иерархии норм международного права

Особое внимание при оценке иерархии норм международного права как при применении норм, так и в нормотворческом процессе следует уделять императивным нормам общего международного права нормы (далее — нормы *jus cogens*). КМП, говоря об этих нормах, подчеркивала, что норма международного права может иметь главенство перед другими нормами в силу важности ее содержания, а также всеобщего признания ее главенства¹⁸. По мнению А. Кассесе, императивные нормы общего международного права налагают ограничения на неограниченную свободу государств [Cassese A., 2005: 155, 199].

Правовая природа и процесс формирования норм *jus cogens* всегда вызывали много споров в доктрине международного права. Считается, что наиболее распространенным источником таких норм считается международный обычай. Л.Н. Шестаков еще в 1981 г. писал,

¹⁸ Там же. С. 21.

что «...императивная норма может быть договорной или обычной по своему происхождению, она, естественно, может быть и смешанной [Шестаков Л.Н., 1981: 64]. Источниками таких норм, согласно позиции КМП, могут наряду с международным обычаем служить положения международных договоров и общие принципы права¹⁹.

Вместе с тем, вне зависимости от вида источников международного права, могущих стать основой формирования норм *jus cogens*, как в доктрине, так и в самом международном праве всегда подчеркивалась важность такого рода норм. В статье 53 Конвенции 1969 г. подтверждено, что императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер.

Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) нередко сравнивают с обязательствами *erga omnes*, т.е. обязательствами в отношении всего международного сообщества. Считается, что императивные нормы — определенная категория норм международного права, а обязательства *erga omnes* — содержание (или, точнее, часть содержания) указанных норм [Черниченко С.В., 2012: 6]. Признается, что, хотя все обязательства, устанавливаемые нормами *jus cogens*, имеют также характер обязательств *erga omnes*, обратное не всегда справедливо²⁰.

Также можно охарактеризовать нормы *jus cogens* как общепризнанные нормы. Считается, что высший уровень значимости имеют основные принципы международного права, являющиеся такого рода нормами, которым не должны противоречить все другие принципы и нормы международного права (как обычные, так и договорные, в том числе другие нормы *jus cogens*). Это относится и к их приоритету над общими принципами права. С.В. Черниченко подчеркивал, что основные принципы международного права — императивные нормы [Черниченко С.В., 2012: 10]. Правда, в западной доктрине международного права и документах КМП довольно осторожно относятся к такому утверждению²¹.

Концепция обязательств *erga omnes* также используется для обозначения договорных обязательств государства по отношению ко

¹⁹ Там же.

²⁰ Там же. С. 23.

²¹ Там же. С. 8.

всем другим государствам-участникам (обязательств *erga omnes partes*) или государствам — не участникам, но выгодоприобретателям — третьим сторонам²².

Если рассматривать иерархию норм *jus cogens* по отношению к другим конфликтующим с ними нормам международного права, то нормы *jus cogens* имеют высшую силу среди обычно-правовых, так и договорных норм, не имеющих такого статуса. Императивным нормам общего международного права (*jus cogens*) не должны противоречить в целом и сами источники международного права — международные договоры, международные обычаи и общие принципы права, если последние рассматривать в качестве таковых.

По ст. 53 Конвенции 1969 г. договор ничтожен, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права. Данный подход нашел подтверждение и в выводах КМП. По мнению Комиссии, положения такого договора не имеют никакой юридической силы. Он является ничтожным в целом, и делимость его положений не допускается²³. Здесь норма противопоставляется как договору в целом, так и содержащимся в нем нормам, хотя не все нормы договора исходя из их содержания могут рассматриваться как противоречащими существующей императивной норме. Здесь, видимо, подчеркивается, что заключение такого договора (согласно нормам права международных договоров) изначально является неправомерным ввиду значимости норм *jus cogens*. Договор следует рассматривать не только как совокупность норм, его еще необходимо оценивать в свете объекта и целей договора и как основу согласия любого участника на обязательность всего договора в целом.

Вместе с тем это исключительное действие императивной нормы в отношении международных договоров одобряется не всеми учеными. В частности, задают вопрос: почему весь договор должен быть признан недействительным, если только одно из его положений противоречит императивной норме, а другие положения тесно не переплетаются с недействительным договором и не зависят от него [Cassese A., 2005: 206]?

Если возникает новая норма *jus cogens*, то по ст. 64 Конвенции 1969 г., любой договор, который оказывается в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается и, как отмечено в ст. 71 Конвенции, это освобождает участников от всяко-

²² Там же. С. 24.

²³ Там же. С. 3.

го обязательства выполнять договор в дальнейшем. В то же время это не влияет на права, обязательства или юридическое положение участников, возникшие в результате выполнения договора до его прекращения, при условии, что такие права и обязательства или такое положение могут в дальнейшем сохраняться только в той мере, в какой их сохранение само по себе не противоречит новой императивной норме общего международного права.

По мнению КМП, такой договор прекращается в целом, за исключением случаев, когда: положения, оказывающиеся в противоречии с нормой *jus cogens*, отделимы от остальной части договора в том, что касается их применения; из договора вытекает или иным образом установлено, что принятие этих положений не составляло существенно важной основы согласия любого участника на обязательность всего договора в целом; продолжение выполнения остальной части договора не было бы несправедливым²⁴. На наш взгляд, необходимость прекращения договора в целом может объясняться тем, что обстоятельства, при которых заключался такой договор, изменились коренным образом, свидетельством чего является появление новой нормы *jus cogens*. Вместе с тем произошедшее может не затрагивать части его положений, чтобы их признавать ничтожными согласно ст. 62 Конвенции 1969 г. о коренном изменении обстоятельств.

Указанное частичное действие положений международного договора также может объясняться и прагматическими соображениями. Заключая международный договор, государства не всегда могут предвидеть, что может появиться новая норма *jus cogens*, которая в будущем будет противоречить его положениям. Кроме того, не все его положения имеют системную связь с нормами, которые противоречат появившейся императивной норме, объекту и цели договора, но их можно вычлениить. Следует заметить, что ныне сложились как современная система норм *jus cogens*, так и обширный свод международных договоров, которые государства заключали в прошлом. Положения отдельных таких договоров (даже одна норма договора), в чем-то могут противоречить народившимся императивным нормам общего международного права. Отменить полностью все договоры, содержащие такие нормы с практической точки зрения было бы недальновидным решением. Это разрушило бы основу международно-правового регулирования многих международных отношений. Вместе с тем следует принимать во внимание кардинальные

²⁴ Там же. С. 4.

изменения, произошедшие в таких отношениях и международном праве.

Если оценивать возможность появления нового международного обычая при существующей норме *jus cogens*, то норма такого обычая, как и сам международный обычай, по мнению КМП, не возникают, если они противоречат действующей императивной норме. Это не затрагивает возможности изменения данной императивной нормы посредством последующей нормы общего международного права, носящей такой же характер. В свою очередь норма обычного международного права, не носящая императивного характера, перестает существовать в той мере, в какой она противоречит новой норме *jus cogens*²⁵. Процессы, связанные с этим вопросом, на наш взгляд, требуют дополнительного осмысления. Аналогично резолюция, решение или иной акт международной организации, которые в противном случае имели бы обязательную силу, не создают обязательств по международному праву в той мере, в какой они противоречат норме *jus cogens*²⁶.

Таким образом, императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) при коллизии с нормами, не являющимися императивными, делают источники, содержащие такие нормы, ничтожными и прекращают их действие, за исключением случаев, касающихся положений ранее заключенных международных договоров. При применении норм международного права необходимо помнить, что появление таких императивных норм может привести к невозможности применения конфликтующих с ними норм, существовавших ранее и не имеющих такого же характера. Норма, коллидирующая с нормой *jus cogens*, тем самым становится недействительной *ipso facto*²⁷.

Наличие норм *jus cogens*, несомненно, должно рассматриваться как ограничение применения противоречащих им других норм, а также учитываться в последующем в международном нормотворческом процессе. Вместе с тем КМП рекомендует, что в случае коллизии между одной из иерархически более высоких норм (*jus cogens*, обязательства *erga omnes*, ст. 103 и другие положения Устава ООН) и другой нормой международного права последнюю следует по возможности толковать так, чтобы она была совместимой с первой. Коллизии норм должны устраняться в соответствии с принципом

²⁵ Там же. С. 4,5.

²⁶ Там же. С. 5.

²⁷ Там же. С. 25.

гармонизации. При невозможности этого применяется главенствующая норма²⁸.

Нормы *jus cogens* (и другие нормы) могут носить как общий, так и конкретный (специальный) характер. При коллизиях между ними можно говорить об иерархии таких норм. Есть точка зрения, что вопрос об иерархии самих императивных норм общего международного права заслуживает внимания и на него не следует смотреть как на проблему старшинства таких норм. Можно говорить, что есть более общие и более конкретные императивные нормы. Есть принципы (самые общие нормы) и конкретизирующие их нормы. В рамках *jus cogens* более высокое место, бесспорно, занимают основные принципы международного права [Черниченко С.В., 1999: 33]; [Черниченко С.В., 2012: 14, 15]. При коллизиях между такими нормами применимы приведенные выше правила юридической техники.

Заключение

Оценка иерархии норм международного права при их применении и в нормотворческом процессе носит не только теоретический, но и прикладной характер. Выработка общей методологии данного вопроса, его единообразное понимание способствуют корректному применению норм международного права, позволяют избежать проблем в межгосударственных отношениях, судебных разбирательствах, а также способствуют реализации международных обязательств государств.

Можно предложить следующую общую последовательность совместного рассмотрения как разнородных, так и однородных источников международного права с целью определения применимой в конкретной ситуации нормы при условии ее непротиворечия императивным нормам общего международного права (*jus cogens*).

В случае отсутствия коллизий норм последовательно рассматриваются (на предмет выявления применимой нормы, источника, в котором она содержится, определения состава сторон, для которых она обязательна, и одновременно — выявления возможных коллизий): 1) международные договоры; 2) международные обычаи; 3) в случае отсутствия норм, содержащихся в предыдущих источниках — общие принципы права.

Международные договоры рассматриваются последовательно с учетом уровня их заключения (межгосударственный, межправи-

²⁸ Там же.

тельствственный, межведомственный), в соответствии с их территориальной сферой действия (всеобщие, региональные, действующие на территории двух или нескольких государств). При наличии основанных на международных договорах обязательных международных документов они принимаются к рассмотрению. Международные обычаи или общие принципы права рассматриваются с учетом их общности: общие, партикулярные (локальные).

Если в результате оценки коллизии норм не обнаружены и выявлена норма, охватывающая ситуацию, то она подлежит применению. Состав сторон, для которых данная норма является обязательной, определяется источником, в котором она содержится.

При коллизиях среди норм, регулирующих один и тот же вопрос и содержащихся в разных международных договорах, имеющих общий состав участников и действующих в пределах одной и той же территории:

а) применяются договорные нормы, имеющие ранее установленный приоритет среди других договорных норм. При этом учитывается наличие установленного приоритета одних договоров над другими, в том числе многосторонних договоров над двусторонними. Для оценки принимаются и все иные положения договоров, предусматривающие их отношение к другим договорам;

б) при отсутствии ранее установленного приоритета среди договоров применяются приоритетные нормы, выявленные в результате оценки содержательных (общих и специальных) и временных характеристик норм, содержащих коллизии, используя для разрешения коллизий правила юридической техники (*lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior generalis non derogat priori speciali*).

При выявленных коллизиях норм договоров одного государства, заключенных на различном уровне (межгосударственный, межправительственный, межведомственный), применяются нормы, содержащиеся в договорах, заключенных на более высоком уровне, если отсутствуют коллизии общих и специальных норм таких договоров.

Применение норм международных договоров, заключенных в различное время и с разным составом участников, как при отсутствии коллизий норм, так и при их наличии осуществляется в соответствии со ст. 30 «Применение последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу» Конвенции 1969 г.

При коллизии между нормами международных обычаев или между общими принципами права для выявления применимых в конкретной ситуации норм международного права используется

принцип *lex specialis derogat legi generali* как способ разрешения содержательной коллизии, т.е. применяются специальные нормы.

При коллизиях норм по одному и тому же вопросу (с одинаковым составом участников и действующих пределах одной и той же территории), содержащихся в разнородных источниках (международных договорах, международных обычаях), применяются: нормы международных договоров, заключенные после возникновения международных обычаев, если обычаи не носят специального характера; в ином случае — нормы международных обычаев, сформировавшиеся после заключения международных договоров, если договорные нормы не носят специального по отношению к международным обычаям характера.

Общие принципы права при данной оценке не учитываются ввиду их в основном дополняющего к международным договорам и международным обычаям характера. При разрешении коллизии норм, действующих в пределах различных территорий, приоритет отдается нормам с более узкой территориальной сферой действия.

При невозможности разрешения коллизий норм и возникновении неопределенности стороны разрешают конфликт норм на основе применения принципа гармонизации как способа толкования норм международного права или в индивидуальном порядке с использованием мирных средств разрешения споров.

Выявление применимой в спорной ситуации нормы международного права, содержащейся в источниках, сторонами которых являются государства и международные организации или международные организации, осуществляется *mutatis mutandis* к рассмотренному порядку. Этот алгоритм носит общий характер и не отражает все частные случаи, требующие оценки соотношения норм международного права, их иерархии.

Целесообразно, чтобы в ходе нормотворческого процесса разрешались потенциальные коллизии договорных норм международного права и иных основанных на них обязательных норм международных документов. Будущих коллизий обычных норм международного права или общих принципов права с нарождающимися такого же характера новыми нормами избежать вряд ли возможно, так они определяются объективными процессами, происходящими в межгосударственных отношениях и в самих государствах.

Усиливающая фрагментация международного права приводит к трудностям при выявлении связей между различными его областями, источниками международного права, отдельными нормами или их группами, поэтому увеличивается количество норм, содержащих

коллизии. Выявление коллизий норм, разработка предложений по их разрешению и недопущению в будущем становится весьма трудным процессом как для лиц, применяющих нормы международного права, так и участвующих в международном нормотворчестве. Возможны также коллизии между договорными нормами и нормами общего международного права (нормами международных обычаев и общими принципами права). При этом не все коллизии могут быть разрешены, что требует поиска путей минимизации последствий, вызванных коллизией норм, выбор оптимальных средств. Решение многоплановой проблемы потребует основательной аналитической работы, привлечения современных технологий, в том числе связанных с искусственным интеллектом. В основу разработки таких технологий, несомненно, должны быть положены результаты исследований, полученные учеными как современными, так и ранее занимавшимися данной проблематикой.



Список источников

1. Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В. Международное право. М.: Юрайт, 2019. 560 с.
2. Голубцов В.Г. Темпоральные коллизионные нормы как юридические средства преодоления временных противоречий между правовыми нормами // Российский юридический журнал. 2022. N 1. С. 20-33.
3. Гриб В.В. и др. Теория государства и права. М.: Юрист, 2021. 1008 с.
4. Капустин А.Я. (ред.) Современная концепция толкования международных договоров. М.: Норма, 2022. 432 с.
5. Колодкин Р.А. Фрагментация международного права // Московский журнал международного права. 2005. № 2. С. 38–61.
5. Петров А.А. Совпадение содержательной и темпоральной коллизий правовых норм // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 28–41.
7. Черниченко С.В. Взаимосвязь императивных норм международного права (*jus cogens*) и обязательств *erga omnes* // Московский журнал международного права. 2012. № 3. С. 3–17.
8. Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
9. Черниченко С.В. Теория международного права. Том 1. М.: НИМП, 1999. 336 с.
10. Шестаков Л.Н. Императивные нормы в системе международного права. М.: Изд-во Московского университета, 1981. 120 с.
11. Cassese A. International Law. Oxford: University Press, 2005. 558 p.
12. Dupuy P.-M. Droit International Public. Paris: Dalloz, 2008. 850 p.
13. Kelsen H. General Theory of Law and State. New York: Russell and Russell, 1961. 516 p.

14. Lecturer G. The Conflict of International Rules Devices. *Journal of Law and Administrative Sciences*, 2022, no. 18, pp. 25–30.
15. Malanczuk P. Akehurst's Modern Introduction to International Law. London: Routledge, 1997. 449 p.
16. Michaels R., Pauwelyn J. Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2012, vol. 22, no. 3, pp. 349–376.
17. Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law. New York: Cambridge University Press, 2003. 525 p.
18. Prost M. Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective. *Houston Journal of International Law*, 2017, vol. 39, no. 2, pp. 285–330.
19. Ramanujan A. Conflicts over «Conflict»: Preventing Fragmentation of International Law. *Trade, Law and Development*. 2009, vol. 1, no. 1, pp. 171–191.
20. Shelton D. Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, 2006, vol. 100, no. 2, pp. 291–323.
21. Vidmar J. Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System? In: *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: University Press, 2012, pp. 1–38.
22. Vranes E. The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory. *The European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, no. 2, pp. 395–418.



References

1. Cassese A. (2005) *International Law*. Oxford: University Press, 558 p.
2. Chernichenko S.V. (2012) Interconnection of imperative norms of international law (jus cogens) and obligations erga omnes. *Moskovskiy journal mezhdunarodnogo prava*, no. 3, pp. 3–17 (in Russ.)
3. Chernichenko S.V. (2014) *Contours of international law*. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p. (in Russ.)
4. Chernichenko S.V. (1999) *Theory of International Law*. Moscow: NIMP, 336 p. (in Russ.)
5. Dupuy P.-M. (2008) *Droit International Public*. Paris: Dalloz. 850 p.
6. Getman-Pavlova I.V., Postnikova E.V. (2019) *International Law*. Moscow: Yurait, 560 p. (in Russ.)
7. Golubtsov V.G. (2022) Temporal Conflict Norms as Legal Means of Overcoming Temporary Contradictions between Legal Norms. *Rossiyskiy yuridicheskiy journal*=Russian Law Journal, no. 1, pp. 20–33 (in Russ.)
8. Grib V.V. et al. (2021) *Theory of state and law*. Moscow: Jurist, 1008 p. (in Russ.)
9. Kapustin A. Ya. et al. (2022) Modern concept of interpretation of international treaties. Moscow: Norma, 432 p. (in Russ.)
10. Kelsen H. (1961) *General Theory of Law and State*. New York: Russell and Russell, 516 p.
11. Kolodkin R.A. (2005) Fragmentation of International Law. *Moskovskiy journal mezhdunarodnogo prava*=Moscow Journal of International Law, no. 2, pp. 38–61 (in Russ.)
12. Lecturer G. (2022) The conflict of international rules devices. *Journal of Law and Administrative Sciences*, no. 18, pp. 25–30.

13. Malanczuk P. (1997) Akehurst's Modern Introduction to International Law. London: Routledge, 449 p.
 14. Michaels R., Pauwelyn J. (2012) Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, no. 3, pp. 349–376.
 15. Petrov A.A. (2017) Coincidence of content and temporal collisions of legal norms. *Journal rossiiskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 8, pp. 28–41 (in Russ.)
 16. Pauwelyn J. (2003) *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. New York: Cambridge University Press, 525 p.
 17. Prost M. (2017) Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective. *Houston Journal of International Law*, vol. 39, no. 2, pp. 285–330.
 18. Ramanujan A. (2009) Conflicts over «Conflict»: Preventing Fragmentation of International Law. *Trade, Law and Development*, vol. 1, no. 1, pp. 171–191.
 19. Shelton D. (2006) Normative Hierarchy in International Law. *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 2, pp. 291–323.
 20. Shestakov L.N. (1981) *Imperative Norms in the System of International Law*. Moscow: University, 120 p. (in Russ.)
 21. Vidmar J. (2012) Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System? In: *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: University Press, pp. 1–38.
 22. Vranes E. (2006) The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory. *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 2, pp. 395–418.
-

Информация об авторе:

Ю.С. Ромашев — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

Yu.S. Romashev — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 12.03.2024; одобрена после рецензирования 13.05.2024; принята к публикации 17.06.2024.

The article was submitted to editorial office 12.03.2024; approved after reviewing 13.05.2024; accepted for publication 17.06.2024.

Научная статья

УДК: 341.9

JEL: K33

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.212.238

«Исключение» renvoi в Гаагских принципах выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам



**Наталья Юрьевна Ерпылева¹,
Ирина Викторовна Гетьман-Павлова²,
Александра Сергеевна Касаткина³**

^{1,2,3} Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,

¹ natasha.erpyleva@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3103-6917>

² getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>

³ akasatkina@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4215-2419>



Аннотация

Автономия воли сторон является универсальным и неоспоримым принципом современного международного частного права. По данным многочисленных исследований, подавляющее большинство международных коммерческих контрактов включает положения о выборе права, применимого к данному соглашению. Тем не менее доктринальные проблемы коллизионной автономии воли не только не исчезают, но и продолжают множиться, причем актуализируются те ее аспекты, которые ранее не вызывали споров, — в частности, сочетание обратной отсылки (renvoi) и выбора права сторонами отношения. Несмотря на сложность и спорный характер, институт renvoi «проникает» и в акты lex mercatoria, в том числе посвященные автономии воли в международных транзакциях. В Гаагских принципах выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам, закреплена статья 8 «Исключение отсылки», где renvoi вроде бы запрещена, но одновременно дозволена в определенных случаях. В настоящем исследовании анализируется вопрос: что представляет собой такая формулировка — запрет renvoi или ее дозволение? Выдвигается гипотеза, что в

статье 8 установлено именно дозволение, если стороны явным образом выразили соответствующее намерение. В качестве доказательства приводится обзор различных национальных и международных актов, содержащих аналогичные положения. В работе использовались методы сравнительного правоведения, сравнительного анализа, контекстного толкования закона, формальной логики, ретроспективного анализа. В заключение сделан вывод, что основополагающая цель МЧП — это достижение справедливости и международного единообразия решений, и ее успешная реализация предполагает использование всего спектра коллизионного инструментария, в том числе и механизма *renvoi*. Нельзя утверждать, что *renvoi* оказывает пагубное влияние на выбор применимого права, но одновременно необходимо помнить, что ее неограниченное применение может нарушить разумные намерения сторон. Однако функционирование *renvoi* и возможность ее гармоничного сочетания с автономией воли следует рассматривать как правило, а не как исключение.



Ключевые слова

международное частное право; коллизионные нормы; автономия воли сторон; международный коммерческий контракт; Гаагские принципы выбора права; обратная отсылка (*renvoi*); единообразие решений.

Благодарности: статья подготовлена с использованием материалов справочно-поисковой системы Консультант Плюс.

Для цитирования: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С. «Исключение» *renvoi* в Гаагских принципах выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 212–238. DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.212.238

Research article

Renvoi's Exclusion in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts



**Natalia Yu. Erpyleva¹,
Irina V. Getman-Pavlova²,
Alexandra S. Kasatkina³**

^{1,2,3} National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

¹ natasha.erpyleva@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3103-6917>

² getmanpav@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>

³ akasatkina@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-4215-2419>



Abstract

The party autonomy is a universal and indisputable principle of modern private international law. According to numerous studies, the vast majority of international commercial

contracts include provisions on the choice of law applicable to this agreement. Nevertheless, the doctrinal problems of the conflict-of-laws party autonomy not only do they not disappear, but also continue to multiply, and those aspects of them that have not previously caused controversy are actualized, in particular, the combination of renvoi and the choice of law by the parties to the relationship. Despite its complexity and even controversial nature, the renvoi institute “penetrates” into the acts of *lex mercatoria*, including those devoted to the party autonomy in international transactions. The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts enshrine article 8 “Exclusion of renvoi”, where the latter seems to be prohibited, but at the same time allowed in specified cases. The article presented examines the question of what does that formulation mean — the prohibition of renvoi or its permission? It is hypothesized that article 8 establishes precisely permission if the parties have explicitly expressed their intention to do so. An overview of various national and international acts containing similar provisions is provided as evidence. In the work, methods of comparative jurisprudence, comparative analysis, contextual interpretation of the law, formal logic, and retrospective analysis were used. It is underlined the fundamental aim of private international law is to achieve justice and international uniformity of decisions, and its successful implementation involves the use of the entire range of conflict-of-laws tools, including the renvoi mechanism. It cannot be argued that renvoi has a detrimental effect on the choice of applicable law, but at the same time it must be remembered that its unrestricted application may violate the reasonable intentions of the parties. However, the functioning of renvoi and the possibility of its harmonious combination with the party autonomy should be considered as a rule, not as an exception.



Keywords

private international law; conflict-of-laws rules; party autonomy; international commercial contract; the Hague Principles on Choice of Law; renvoi; uniformity of decisions.

Acknowledgments: The article was prepared using materials of the legal information and reference system Consultant Plus.

For citation: Erpyleva N.Yu., Getman-Pavlova I.V., Kasatkina A.S. (2024) Renvoi s Exclusion in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 212–238 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.212.238

Введение

Ученые утверждают, что автономия воли сторон является практически универсальным и неоспоримым объединяющим принципом современного международного частного права (далее — МЧП), единственным принципом коллизионного права, которому следуют почти все юрисдикции, нормой обычного права. Автономия воли занимает настолько центральное место в МЧП, что настало время переосмыслить — не образует ли она его полную основу [Mills A., 2019: 418]. По данным многочисленных эмпирических исследований, подавляющее большинство международных коммерческих

контрактов включают положения о выборе права, применимого к данному соглашению (более 90% таких договоров содержат оговорки о выборе права); стандартные коммерческие справочники единодушно рекомендуют прямо выражать коллизионную автономию воли в международных контрактах [Born G., Kalelioglu C., 2021: 47].

При такой востребованности теоретических проблем, касающихся соглашений о применимом праве, казалось бы, существовать уже не должно, — эту тематику не исследовал только ленивый; написано огромное количество работ, с которыми хоть как-то, но сталкиваются все законодатели и правоприменители и с которыми они хотя бы в минимальной степени знакомы. Тем не менее доктринальные проблемы коллизионной автономии воли не только не исчезают, но продолжают множиться. Что особенно интересно, актуализируются ее аспекты, которые вроде бы к соглашениям о выборе права в международных коммерческих контрактах не должны иметь отношения. Это касается, в частности, довольно старого, подробно изученного и очень противоречивого института МЧП — механизма обратной отсылки (*renvoi*)¹.

Один из самых блистательных исследователей *renvoi*, оксфордский профессор Отто Кан-Фройнд уже 50 лет назад писал, что «трудно поверить, что кто-то может привести какие-либо аргументы [по поводу *renvoi*], которые еще не были выдвинуты» [Kahn-Freund O., 1974: 285], — и оказался неправ. С момента проникновения в доктрину МЧП в 1880-х годах и поныне (т.е. почти полтора столетия) институт *renvoi* является предметом дискуссий. Одни авторы расценивают обратную отсылку как метод и принцип МЧП [Hughes D.A., 2010: 224], другие считают, что эта доктрина «не может быть принята в качестве общего принципа коллизионного права» [Lorenzen E.G., 2018: 529]. Нет согласия и на регуляторном уровне — универсальные международные соглашения, как правило, исключают *renvoi*², региональные и национальные³ акты более разнообразны, поэтому в

¹ В настоящем исследовании этот термин применяется в признанном условном значении, т.е. общий институт обратной отсылки, включающий в себя как обратную отсылку, так и отсылку к праву третьего государства.

² Ст. 19 Конвенции о международной защите совершеннолетних (Гаага, 13.01.2000); ст. 12 Протокола о праве, применимом к алиментным обязательствам (Гаага, 23.11.2007) // СПС Консультант Плюс.

³ Если не указано иное, тексты упоминаемых в статье законодательных актов иностранных государств и их переводы даны по: Проектная группа «Современная конструкция международного частного права». Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/> (дата обращения: 01.04.2024)

них мы видим как ограниченные дозволения *genvoï*⁴, так и запреты ее применения⁵.

Несмотря на весьма неоднозначное отношение к *genvoï* ввиду ее повышенной сложности и спорного характера, этот институт МЧП проникает и в акты *lex mercatoria*, в том числе посвященные автономии воли в международных транзакциях. Это относительно новое и чрезвычайно интересное явление, поскольку *lex mercatoria* изначально позиционировался как прямая материальная альтернатива коллизионному регулированию, как его замена, и институты коллизионного права ему вроде бы чужды по природе. В Гаагских принципах выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам (далее — Принципы)⁶ (разработанных Гаагской конференцией по МЧП и официально одобренных ЮНСИТРАЛ в 2015 г.), закреплено весьма своеобразное положение — ст. 8 «Исключение отсылки», где *genvoï* запрещена, но одновременно дозволена в определенных случаях. Как с теоретической, так и с практической точки зрения актуально исследовать этот любопытный феномен.

1. Дозволение или запрет? Мнение доктрины

Статья 8 Гаагских принципов «Исключение отсылки» устанавливает, что «выбор права» не означает применения норм МЧП избранной сторонами правовой системы, если только стороны прямо не оговорили иного. Как поясняется в комментариях к Принципам, в некоторых случаях применение норм МЧП другого государства (в данном случае государства, чье право избрано сторонами) может от-

⁴ Ст. 34 Регламента № 650/2012 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов по вопросам наследования, а также о создании Европейского свидетельства о наследовании» (Принят в Страсбурге 04.07.2012) // СПС Консультант Плюс; ст. 12.2 Закона о МЧП Уругвая (2020) — *Ley general de derecho internacional privado*. Available at: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020> (дата обращения: 01.08.2024)

⁵ Art. 21 Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood (2022). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0695> (дата обращения: 01.04.2024); ст. 34 ГК Пуэрто-Рико (2020) — *Código Civil de Puerto Rico de 2020*. Available at: URL: <https://www.hse.ru/data/2022/11/06/1722288089/C%3%B3digo%20Civil%20de%20Puerto%20Rico%202020.pdf> (дата обращения: 01.08.2024)

⁶ Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (approved 19.03.2015). Introduction. Text and Commentary. Available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (дата обращения: 01.04.2024)

сылать обратно к праву страны суда или к праву третьего государства, т.е. возникает феномен *renvoi* (обратная отсылка). Статья 8 нацелена на решение вопроса: включает ли выбор сторонами права государства нормы его МЧП, под которыми понимаются только правила выбора применимого права (коллизионные нормы). Понятие «нормы МЧП» не включает правила международной юрисдикции, процедуры или признания иностранных судебных решений.

Общее правило ст. 8: выбор права следует толковать как исключающий применение норм МЧП избранного правопорядка. Это делает невозможным «непреднамеренную» (по воле правоприменителя) отсылку и, таким образом, в полной мере отражает вероятные намерения сторон. Исключение из общего правила: ст. 8 позволяет сторонам включать в выбор коллизионные нормы выбранного права, если такой выбор прямо выражен. Таким образом, «по общему правилу выбор права распространяется только на материально-правовые нормы. Однако стороны договора могут изменить это правило и рассматривать выбор права как отсылку к коллизионным нормам соответствующей правовой системы» [Царева Л., 2016: 2]. По мнению комментаторов Принципов, установление данного исключения в максимальной степени соответствует содержанию понятия «автономия воли»⁷. В доктрине есть предположение, что цель ст. 8 — уважать вероятное намерение сторон не выбирать нормы МЧП, но в то же время сигнализировать о решительном стремлении к автономии сторон, позволяя сторонам делать подобный выбор, если они ясно заявляют о своем намерении⁸.

Такой подход к проблеме *renvoi* являет собой одно из «инновационных» положений Принципов [Ogunranti A., 2017: 732]; [Monseperwo J., 2019: 164]⁹. Решение о включении его в текст принято в 2011 г., при этом подчеркивалось, что общее правило должно соответствовать модели, закрепленной в большинстве Гаагских конвенций: термин «право» означает действующее в государстве право за исключением его коллизионных норм¹⁰. На заседаниях Рабочей груп-

⁷ Available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (дата обращения: 01.04.2024)

⁸ Choice of Law for Contracts: the Hague Principles from a Singaporean and Asian Perspective. Available at: <https://ccla.smu.edu.sg/sites/cebcla.smu.edu.sg/files/Paper2017.pdf> (дата обращения: 01.04.2024)

⁹ См. также: ЮНСИТРАЛ, НССН и УНИДРУА: Правовое руководство по единообразным документам в области международных коммерческих договоров с уделением особого внимания купле-продаже. Вена, 2021. С. 25. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/e328f384-a887-4648-9f89-0a7caffdf4b8.pdf> (дата обращения: 01.08.2024)

¹⁰ Ст. 15 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 22.12.1986); ст. 10 Конвенции о праве, применимом к

пы заявлялось, что «функция *renvoi* считается малополезной, тем не менее для сторон необходимо оставить дверь открытой, чтобы они могли прямо предусмотреть иное» [De Aguirre F.C., 2012: 655–679]. В юридической практике подход Гаагских принципов утверждается как «уникальный»¹¹.

Оценка *renvoi* как «малополезной» наглядно демонстрирует доминирующее отрицательное отношение членов Рабочей группы к этому институту МЧП. Но личный негатив не помешал принятию взвешенного группового решения, уже давно зафиксированного как на международном уровне¹², так и в национальных законах¹³, — автономия воли сторон должна быть ограничена минимально: если стороны намерены использовать механизм *renvoi*, они вправе это прямо указать в своем соглашении. Интересно, что ст. 8 называется «Исключение *renvoi*», хотя содержательно норма не исключает *renvoi*, а разрешает ее в качестве исключения вопреки общему правилу. Возможно, что для адекватного восприятия этой нормы в русскоязычной юриспруденции ее название следовало бы перевести иначе, например: «Обратная отсылка — общее правило и исключение» или «Обратная отсылка как исключение».

Диссонанс между названием и содержанием ст. 8, естественно, послужил причиной академических дискуссий. При этом складывается парадоксальная картина: одна группа авторов делает акцент на том, что Принципы исключают применение *renvoi*, другая — что Принципы, наоборот, допускают действие этого механизма. Оценка, как правило, зависит от отношения ученого к институту *renvoi* в целом: его противники расценивают норму ст. 8 как запрет, сторонники — как разрешение. Этот водораздел, в свою очередь, опосредован отношением ученых к коллизионному регулированию в

определенным полномочиям в отношении ценных бумаг, держателем которых является посредник (Гаага, 5.07. 2006) // СПС Консультант Плюс.

¹¹ Available at: URL: <https://bypravo.ru/novoe-v-.../?ysclid=ltlr0fvpe138616086> (дата обращения: 01.04.2024)

¹² The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities. Institute de Droit International. Basel, 1991. Available at: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf (дата обращения: 01.04.2024); Art. 28(1) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. 1985. Available at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf (дата обращения: 01.04.2024)

¹³ Ст. 2 Турецкого кодекса о международном частном праве и международном гражданском процессе (2007). Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/data/2016/04/05/1126272656/%D0%A2%D1%83%D1%80%D1%86%D0%B8%D1%8F%202007.pdf> (дата обращения: 01.08.2024)

принципе: сторонники материальной справедливости и приоритета материально-правовой методологии выступают за максимальное ограничение применения *renvoi* (а еще лучше — за полный отказ от нее), сторонники коллизионной справедливости и доминирования коллизионно-правовой методологии — за сохранение этого института в МЧП.

Немецкая исследовательница профессор Гизела Рюль полагает, что ст. 8 Принципов запрещает *renvoi*, придерживаясь таким образом общей современной тенденции к исключению этого механизма из международных конвенций и европейских нормативных актов. Хотя национальные правовые системы демонстрируют совершенно различные подходы, существуют точки соприкосновения: *renvoi* не применяется, если компетентное право является результатом выбора, сделанного сторонами. В этом случае большинство национальных законов исключают *renvoi* и непосредственно применяют материальные положения избранного правопорядка. Статья 8, предусматривающая, что выбор права не включает нормы МЧП, предлагает удачное решение. С точки зрения регулятивной конкуренции исключение *renvoi* заслуживает похвалы: оно облегчает государствам определение того, какое материальное право стороны хотят применить, а это повышает вероятность, что государства смогут соответствующим образом адаптировать законодательство.

Тем не менее, продолжает Г. Рюль, ст. 8 выходит за рамки, принятые в большинстве систем МЧП, ибо позволяет сторонам прямо предусмотреть иное и выбрать применимый закон, включая его коллизионные нормы. Вряд ли подобное решение заслуживает похвалы, так как можно предположить, что стороны, выбирая применимое право, включая нормы МЧП, будут скрывать свои предпочтения в отношении желаемого материального права. Это затруднит или даже сделает невозможным для государства выяснить, нужно ли ему улучшать законодательство. Разрешение *renvoi* по желанию сторон может быть истолковано как препятствие для регулятивной конкуренции. При этом пока нет признаков, что применение норм МЧП негативно скажется на интересах третьих лиц или общества. Кроме того, на практике стороны вряд ли воспользуются возможностью выбора коллизионных норм, поэтому возможные негативные последствия предписаний ст. 8 в худшем случае будут минимальными [Rühl G., 2020: 18].

Как запрет *renvoi* трактуют ст. 8 Принципов Гэри Борн и Сем Калелиоглу, по мнению которых принцип действительности положений о выборе права подразумевает, что они будут применяться в

соответствии с намерениями сторон, а это, в свою очередь, требует реализации всеобщего ожидания того, что механизм *renvoi* не предусматривается. Применение правила *renvoi* очень редко согласуется с ожиданиями сторон, которые определяют право именно чтобы избежать коллизионного анализа и получить выгоды от правовой системы. В большинстве юрисдикций оговорки о выборе права интерпретируются как отсылающие к материально-правовым, а не к коллизионным нормам; этот результат применяется даже если положение о запрете *renvoi* не включено в оговорку о выборе права. В частности, в деле *IRB-Brasil Resseguros, SA v. Inepar Invs., SA* (2012) суд отметил: «[Стороны] не обязаны прямо исключать коллизионные принципы штата Нью-Йорк из своего положения о выборе права, чтобы воспользоваться материальным правом штата... Если стороны захотят использовать принципы коллизионного права штата Нью-Йорк для определения применимого материального права, они могут прямо указать это в договоре» [Born G., Kalelioglu C., 2021: 101–102].

Мнение, что ст. 8 запрещает *renvoi*, есть и в австралийской доктрине — Майкл Дуглас и Николас Лоудсман пишут, что «для энтузиастов международного частного права статья 8 является, пожалуй, прискорбным аспектом Гаагских принципов, потому что лишает нас возможности говорить о *renvoi*» [Douglas M., Loadsman N., 2018: 14]. Для этих авторов *renvoi* — «печально известная доктрина» МЧП ввиду ее чрезвычайно спорного и неоднозначного характера. Это наглядно демонстрирует австралийская судебная практика: в 2006 г. Высокий суд Австралии «реанимировал»¹⁴ доктрину *renvoi* в прецедентном решении по спору из деликта (дело *Neilson v Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd*); в том же году Высокий суд, сославшись на прецедент *Neilson*, отметил, что *renvoi* может применяться и по спорам из контрактов (дело *O'Driscoll v J. Ray Macdermott, SA*)¹⁵.

Однако Высокий суд Нового Южного Уэльса в 2013 г. отказался следовать этому прецеденту и применять *renvoi* (дело *Proactive Building Solutions v Mackenzie Keck*), сославшись на коммерческие причины,

¹⁴ До дела *Neilson* в Высоком Суде Австралии практически отсутствовали ссылки на доктрину *renvoi* [Gray A., 2007: 105].

¹⁵ *Neilson v Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd* [2005] HCA 54; 223 CLR 331; 79 ALJR 1736; 221 ALR 213. Available at: <https://jade.io/article/329> (дата обращения: 01.04.2024); *O'Driscoll v J Ray McDermott, SA* [2006]. WASCA 25. Available at: <https://jade.io/article/143747> (дата обращения: 01.04.2024). При этом ранее в деле *Kay's Leasing Corp v Fletcher* (1964) Высокий суд Нового Южного Уэльса считал, что *renvoi* может применяться к контрактным делам [Gray A., 2007: 105].

лежащие в основе коллизионной автономии воли. Суд акцентировал внимание на том, что при составлении договоров стороны вряд ли рассчитывают, что их выбор права включает и коллизионные нормы, применение которых может привести к неожиданному для них материальному регулированию. Судья Дж. Мак-Дугалл сослался на «ортодоксальную» доктрину, которая «заключается в том, что *renvoi* не играет никакой роли в выборе правовых норм, касающихся контрактов, по крайней мере когда регулирующее право контракта является предметом явного решения сторон»¹⁶. М. Дуглас и Н. Лоудсман солидаризируются с этой позицией, подчеркивая, что не может быть общей единой теории *renvoi*; этот механизм должен анализироваться в каждом случае с учетом специфики отдельного спора. По их мнению, Гаагские принципы были разработаны на базе такого подхода: *renvoi* исключается, но может применяться, если стороны прямо заявляют, что это необходимо [Douglas M., Loadsman N., 2018: 15].

Во французской доктрине профессор Жиль Луилье утверждает, что в Гаагских принципах «нет никакого *renvoi*» и выбор права не включает нормы МЧП, хотя стороны могут прямо указать иное» [Lhuillier G., 2016: 105]. Его поддерживают латиноамериканские ученые — члены Межамериканского юридического комитета ОАГ, которые подчеркивают, что ст. 8 Принципов составлена в духе (правда, с небольшими изменениями) положений ст. 17 Конвенции Мехико¹⁷ и ст. 20 Регламента «Рим I»¹⁸, запрещающих *renvoi* при выборе права к коммерческим контрактам¹⁹.

Противоположную оценку ст. 8 Принципов дает японский ученый профессор Юко Нишитани. Он утверждает, что это положение разрешает сторонам определять применимое право, включая его коллизионные нормы, и это еще один способ выбора права, способ осуществления автономии воли. Стороны могут иметь законные интересы, чтобы договориться только о применении коллизионных

¹⁶ Proactive Building Solutions v Mackenzie Keck [2013] NSWSC 1500. Available at: <https://doylesarbitrationlawyers.com/proactive-building-solutions-v-mackenzie-keck-2013-nswsc-1500/> (дата обращения: 01.04.2024)

¹⁷ Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам (Заключена в Мехико 17.03.1994) // СПС Консультант Плюс.

¹⁸ Регламент № 593/2008 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»)». Принят в Страсбурге 17.06.2008 // СПС Консультант Плюс.

¹⁹ Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas / Prepared by the Department of International Law, Secretariat for Legal Affairs, Organization of American States. Washington, 2019, p. 153.

норм определенного правопорядка, а не прямо обозначить компетентное материальное право. Политика ст. 8 заслуживает положительной оценки, и такая модель должна быть принята, в том числе *de lege lata*, т.е. применяться к соглашениям сторон, заключенным до утверждения Гаагских принципов и возможности их использования в национальном правовом поле [Nishitani Y., 2016: 332–333].

Что ст. 8 Принципов именно разрешает обращение к механизму *renvoi*, пишет немецкий ученый Дитер Мартини. Он подчеркивает, что в большинстве своем национальные и международные акты не принимают *renvoi* во внимание, если компетентный закон выбирается по соглашению сторон, которое, как правило, подразумевает выбор материального права. Однако нельзя исключать, что, например, какая-либо стандартная форма договора о купле-продаже содержит отсылку к национальному закону. Очевидно, что Принципы оставляют сторонам свободу прямо договориться о соблюдении *renvoi* и применении коллизионных норм [Martiny D., 2015: 647–648].

Как разрешение (дозволение) трактует ст. 8 Принципов исследователь из Демократической Республики Конго Джастин Монсенепво. Он предлагает рецепировать гаагскую модель в предварительный проект Единого закона об обязательствах, разрабатываемый под эгидой ОХАДА, который пока полностью исключает возможность обращения к нормам МЧП выбранного права. Такое установление противоречит природе автономии воли. Стороны подчас имеют законные интересы в выборе коллизионных норм, например, при рассмотрении их спора в арбитраже. Кроме того, в делах, связанных с государством с множественностью правовых систем, стороны могут быть прямо заинтересованы в выборе внутренних коллизионных норм такого государства, чтобы повысить предсказуемость и избежать неопределенности. Включение положения, позволяющего сторонам явным образом обозначить применимость норм МЧП выбранного права, укрепляет понятие автономии воли [Monsenepwo J., 2019: 182].

Большинство исследователей Гаагских принципов придерживается буквального толкования нормы ст. 8 и трактует ее как «исключение, но дозволение» [Зыкин И.С., 2016: 89]; [Marshall B., 2018: 184]. Такая позиция объяснима: большинство специалистов не являются безусловными адептами только материальной или только коллизионной справедливости, а продвигают идею разумного баланса при использовании коллизионной и материально-правовой методологии. Подобный центристский подход вызывает максимальное уважение; приверженность ему позволяет оценить гаагскую модель

renvoi как наиболее взвешенное, сбалансированное решение [De Aguirre F.C., 2012: 655—679]²⁰. Автономия воли как принцип, источник и метод МЧП должна иметь минимальные ограничения. Если стороны настаивают на включении в свою коллизионную оговорку норм МЧП — это их право, но такое волеизъявление допускается как исключение и должно быть выражено прямо и недвусмысленно.

Однако беззаветная любовь к МЧП, прежде всего к его сердцевине — коллизионным нормам — мешает авторам настоящей статьи рассуждать беспристрастно и разумно. МЧП — высшая математика юриспруденции, а коллизионная техника — вершина юридического ювелирного искусства, и ею надлежит уметь пользоваться. Должное овладение коллизионным инструментарием и корректное его применение способны воспрепятствовать злоупотреблению *forum shopping*, обходу закона, а главное способны одновременно обеспечить и максимальное уважение автономии воли сторон, и защиту слабой стороны отношения, и принятие единообразных судебных решений в судах разных стран. Как международному, так и национальному регулятору следует на нормативном уровне закреплять возможность обращения ко всему спектру коллизионных инструментов, чтобы обеспечить правоприменителю самый широкий перечень юридических технических приемов, с помощью которых будут реализованы основные цели правосудия — достижение справедливости и защита прав человека и основных свобод.

В связи с этим правильнее расценивать норму ст. 8 Гаагских принципов как дозволение, т.е. возможность сторон по их желанию выбирать правила выбора применимого права. Пусть такой выбор позиционируется авторами текста как исключение и к нему предъявляются более жесткие требования, нежели к выбору материальных норм, но все равно это право избрать нормы МЧП и уже косвенным образом, с помощью отсылочного коллизионного метода определить компетентный закон. Такое решение остается всемерно приветствовать.

2. Международные и национальные правовые акты — предшественники гаагской модели

В доктрине, законодательстве и судебной практике сферы МЧП континентальной правовой семьи более века бытует твердое мнение:

²⁰ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: An Exercise in Convergence. Singapore, 2015. Available at: URL: https://eoasis.rajahtann.com/eoasis/dl/VA_Series_2015_4thQtr_Tiong_Min.pdf (дата обращения: 01.04.2024)

renvoi не применима в отношениях, допускающих коллизионную автономию воли, т.е. прежде всего, в обязательствах из договоров. В международных коммерческих контрактах прямой материальный метод является оптимальным, и использование институтов коллизионного права не должно усложнять и замедлять процесс взаимодействия акторов трансграничной торговли. Коллизионная автономия воли — выбор наилучшего с точки зрения сторон, понятного и предсказуемого прямого регулирования. Выбор права в данном случае — субстантивный выбор, т.е. непосредственное материальное регулирование. Подобное простое (и нельзя сказать, что неразумное) решение давно и прочно утвердилось как в многочисленных национальных актах кодификации МЧП²¹, так и на региональном европейском уровне²².

Однако во всеобщем консенсусе обнаружимы интересные бреши. В § 9(2) Закона Чехословакии о международном частном праве и процессе (1963) закреплялось, что при выборе применимого права сторонами договора «если из волеизъявления сторон не следует иное, коллизионные нормы избранного права во внимание не принимаются»²³. Иными словами, в международных контрактах их субъекты могли прямо выбрать коллизионные нормы иностранного закона, что, естественно, потенциально порождало проблему renvoi. Данный подход сохранен и в современной кодификации МЧП Чехии: § 21(2) Закона о МЧП (2012) при общем запрете применять обратную отсылку в договорных обязательствах и трудовых отношениях «если применимое право определено сторонами в соглашении между ними и данное соглашение предусматривает применение коллизионных норм выбранного права, то применение таких коллизионных норм возможно.

Имеет смысл отметить преемственность чешского законодательства в этом вопросе: Закон 2012 г. воспринимает модель Закона 1963 г., который, в свою очередь, воспроизвел многие положения Закона Чехословакии о международном и межобластном частном

²¹ Ст. 19(2) ГК Португалии (1966). Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/data/2019/01/08/2024/01.08.2024>; § 11(1) Закона о МЧП Австрии (1978). Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/data/2021/03/13/1400195645/01.08.2024>; ст. 5 (2.1) Закона о МЧП Польши (2011). Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/data/2019/01/08/2024/01.08.2024>; ст. 7 Закона о МЧП Северной Македонии (2020) Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/data/2019/02/04/1205137962/01.08.2024> и др.

²² Ст. 20 Регламента Рим I.

²³ Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 604–605. Закон о МЧП 1963 г. действовал до 01.01.2014 — до вступления в силу нынешнего Закона о МЧП Чехии.

праве и о правовом положении иностранцев в области гражданского права (1948) [Drucker A., 1948: 473]. Основой Закона 1948 г. был Венский проект о МЧП — доктринальная законодательная модель, предложенная австрийскими, венгерскими, польскими и чешскими учеными [Pauknerová M., Pfeiffer M., 2019: 17–18]. Парадоксально, но эти континентальные ученые — последователи австрийской правовой семьи — допускали совмещение *renvoi* и коллизионной автономии воли. Венский проект не был реализован, но он оказал сильное влияние на последующие кодификации МЧП в странах, до Первой Мировой войны входивших в состав Австро-Венгерской империи. В частности, косвенным образом возможность выбора сторонами договора коллизионных норм применимого права допускает и § 11(1) ныне действующего Закона о МЧП Австрии (1978).

Страны правовой семьи общего права всегда демонстрировали принципиально иной, нежели в континентальном праве, подход к сочетанию *renvoi* и коллизионной автономии воли сторон. Например, в австралийской судебной практике вопрос о возможности применения *renvoi* в спорах из контрактов встал уже в 1932 г. в деле *Barcelo v Electrolytic Zinc*²⁴. Правда, как утверждают сингапурские юристы, в вопросе о разрешении сторонам выбирать нормы МЧП окончательной определенности общее право до сих пор не достигло²⁵. Однако судебная практика подтолкнула доктринальные и законодательные разработки, и в § 187(3) Второго свода конфликтного права США (1971)²⁶ было зафиксировано, что «при отсутствии указания на противоположные намерения отсылка имеет в виду местное право штата, право которого выбрано»²⁷. Формулировка нуждается в пояснении.

§ 187 расположен в части 8 свода, посвященной выбору права в спорах из контрактных обязательств и устанавливает коллизионную автономию воли сторон. Понятие «местное право» разъясняется в § 4 и означает материальное право штата, если не указано иного²⁸. Таким образом, авторы свода четко ориентируют правопримените-

²⁴ *Barcelo v Electrolytic Zinc* (1932) 48 CLR 391.

²⁵ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: An Exercise in Convergence. Singapore, 2015. Available at: https://eoasis.rajahtann.com/eoasis/dl/VA_Series_2015_4thQtr_Tiong_Min.pdf (дата обращения: 01.04.2024)

²⁶ Доктринальная кодификация правил выбора применимого права, составленная под эгидой Американского института права и имплементированная в судебную практику всех штатов США.

²⁷ Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws. Philadelphia: The American Law Institute, 1971. 1052 p.

²⁸ Иное, например, указано в § 8.

ля — при выборе применимого права стороны вправе обращаться и к его коллизионным нормам, но подобное намерение должно быть выражено явно и недвусмысленно. Этот «революционный» подход, похоже, напугал и авторов документа: во всяком случае в Комментариях к § 187(3) отмечается, что, выбирая штат, закон которого будет регулировать их договор, стороны почти наверняка имеют в виду материальное право, а не коллизионные нормы, применение которых внесло бы в разбирательство неопределенность и привело бы к нарушению основных целей, на достижение которых было нацелено соглашение о выборе права.

Несмотря на «недоумение» авторов модели, в дальнейшем она была закреплена уже законодательно — в 1991 г. по Закону № 923 Гражданский кодекс Луизианы (1825) был дополнен книгой IV «Конфликт законов», ст. 3517 «Обратная отсылка» которой установила общее правило: если применимым является право другого штата, это право не включает коллизионные нормы. Однако при определении штата, чье право является применимым, в том числе к вопросам договорных обязательств, допускающих автономию воли сторон (ст. 3537), коллизионное право вовлеченных иностранных штатов может быть принято во внимание. Решение обосновывается теорией «правового использования» (или «иностранного суда»), лежащей в основе английской доктрины «двойной отсылки»: иностранное право должно применяться так, как его бы его применил судья в соответствующем иностранном государстве, это принцип «родной судья в родном суде». Иностранный судья всегда действует в соответствии со своими правилами выбора права, поэтому суды страны форума должны поступать аналогичным образом [Symeonides S.C., 2009: 27].

Несколько иной, но тем не менее допускающий *renvoi* (правда, только обратную, первой степени) коллизионный подход закреплён в Акте Орегона о выборе права, применимого к договорным обязательствам (2001) (§ 15.300): не считая отсылок к праву Орегона, понятие «право» не включает в себя правила выбора применимого права. Выбор сторонами любого иностранного права (кроме орегонского) должен быть сделан с тем, чтобы охватить только «внутреннее» право штата, не включая его коллизионное право, однако сторонам ничто не мешает включить коллизионные нормы штата в свой выбор. Если они не выразили этого явно, более логично предположить, что они хотели избежать, а не навлечь на себя трудности *renvoi* [Symeonides S.C., 2007: 247–248]. В отличие от этого выбор права штата Орегон вызывает вопрос о наличии намерения сторон избрать и нормы его МЧП в качестве применимых. По соглашению

сторон такой выбор возможен, поскольку право Орегона — это не только его материальные, но и коллизионные правила.

На международно-правовом уровне первым актом, упомянувшим возможность выбора сторонами коллизионных норм применимого права, является Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985)²⁹, в ст. 28 (1) указавший, что «если отсутствует указание об ином, любое обозначение права или системы права какого-либо государства толкуется как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам». То, что приоритет в установлении подобного правила принадлежит актам, регулирующим международный коммерческий арбитраж (далее — МКА), вполне закономерно. Арбитраж, имея договорную правовую природу, востребован как нейтральный суд, что во многом достигается его денационализацией, свободой от применения общих норм определения применимого права [Бардина М.П., 2017]. Его полномочия проистекают исключительно из соглашения сторон, а не из национального правопорядка; такое соглашение само выступает источником прав и обязанностей [Mills A., 2019: 424]. Максимальная степень автономии воли сторон предопределяет как возможность арбитражного разбирательства, так и все иные его аспекты.

В некоторых юрисдикциях МКА может прямо определить право, применимое к существу спора, не обращаясь к нормам МЧП (метод прямого пути (*voie directe*)), но на практике, поскольку арбитры должны мотивировать свои решения, они часто обращаются к нормам МЧП, которые считают применимыми или в отсутствие выбора сторон³⁰. Коль скоро автономия воли—основа МКА в целом, то абсолютно корректно позволить сторонам выбирать не только применимый материальный закон, но и правила выбора применимого права. Необходимо отметить, что сведения об использовании данной возможности найти трудно—во всяком случае, в Сборнике прецедентного права по Типовому закону (2012) они отсутствуют³¹.

²⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. Available at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf (дата обращения: 01.04.2024)

³⁰ ЮНСИТРАЛ, НССН и УНИДРУА: Правовое руководство. С. 26. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/e328f384-a887-4648-9f89-0a7caffdf4b8.pdf> (дата обращения: 01.08.2024)

³¹ UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. Available at: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf> (дата обращения: 01.04.2024)

Типовой закон ЮНСИТРАЛ — глобальная основа законодательства о МКА, и во многих юрисдикциях ст. 28(1) воспринята без изменений³². Например, в Австрии соглашение о праве конкретного государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам, если стороны не договорились об ином в явно выраженной форме³³. В австрийской доктрине второе предложение п. 1 §603 ГПК квалифицируется в качестве правила толкования, которое выражает, что стороны, выбирая право, обычно имеют в виду именно материальное право, а не коллизионные нормы, которые могут отсылать к праву другого государства³⁴. При этом выбор коллизионных норм не запрещается.

В 1991 г. проблема сочетания механизма *renvoi* и коллизионной автономии воли сторон была рассмотрена Институтом международного права (далее — ИМП) в Резолюции «Автономия воли сторон в международных контрактах между частными лицами и предприятиями»³⁵, ст. 2(2) которой указывает, что выбор права понимается как исключающий коллизионные нормы, если стороны прямо не предусматривают иного. Резолюция эта — еще одно свидетельство международного признания автономии сторон в вопросах МЧП³⁶, содержательно расширяющая ее понятие и пределы, в том числе и посредством выбора норм МЧП. В 1999 г. ИМП вновь обратился к проблеме *renvoi*, полностью посвятив ей резолюцию «Принятие во

³² А во многих других — с изменениями: Россия — «любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам» (ст. 28(1)) (Закон РФ от 7.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (с изм. и доп.) // СПС Гарант); Великобритания — «выбор законов страны следует понимать как отсылку к материальному праву этой страны, а не к ее коллизионным нормам» (UK Arbitration Act, 1996, § 46 (2). Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/46> (дата обращения: 01.04.2024)

³³ Гражданский процессуальный кодекс Австрии. Раздел 4. Арбитражное разбирательство от 1895 года (ред. от 2006 года) (с изм. и доп. на 01.01.2014) (§ 603) // СПС Консультант Плюс.

³⁴ Хегер С. Комментарий к австрийскому арбитражному законодательству. 2017 // СПС Консультант Плюс.

³⁵ The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities. The Institute of International Law Resolution of 1991. Session of Basel. Available at: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf (дата обращения: 01.04.2024)

³⁶ Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas / Prepared by the Department of International Law, Secretariat for Legal Affairs, Organization of American States. Washington, 2019, p. 113.

внимание норм иностранного международного частного права»³⁷, в преамбуле которой подчеркивается значимость этой проблемы для решения главной задачи МЧП — поиска правовых норм, наиболее целесообразных для применения в каждом конкретном случае, т.е. тех, которые способствуют справедливости, правовой определенности, эффективности, единообразию, соответствию общему намерению или обоснованным ожиданиям сторон.

Правовая определенность может быть достигнута за счет применения одного и того же закона к одним и тем же ситуациям и сделкам, а определенная степень единообразия в каждом случае может быть достигнута, если суд, рассматривающий дело, принимает во внимание иностранное МЧП. Учет иностранных коллизионных норм способствует достижению интересов правосудия, в связи с чем в некоторых ситуациях необходимо принимать во внимание не только иностранное материальное право, но и иностранное МЧП. В частности, *renvoi* следует учитывать, «если стороны пользуются правом выбора, воспользовались им и включили международное частное право» (п. 3(с))³⁸. По мнению профессора Кристофера Форсайта, резолюции ИМП выступают в качестве исходной точки для законодателя, судьи или практикующего юриста, показывая, почему *renvoi* важна и каким образом ее применение можно разрешить [Forsyth C., 2010: 645].

В актах кодификации МЧП стран континентального права, принятых в XXI веке, прослеживается устойчивая тенденция оставлять сторонам договора возможность выбора коллизионных норм избранного закона. Кроме упомянутого Закона о МЧП Чехии (2012), формулировка, предложенная ИМП в 1991 г., в этой правовой семье была воспринята турецким законодателем. В ст. 2(4) Кодекса МЧП/МГП (2007) установлено, что «если допускается выбор применимого права, то нормы материального права подлежат применению, если стороны не договорились об ином». Турецкие ученые не уделяют большого внимания анализу данной нормы; в некоторых исследованиях подчеркивается, что параграф 4 был добавлен в ст. 2 для уточнения, что нормы МЧП не будут применяться, если стороны не решили иначе [Tekinalp G., 2007: 323]; [Tekinalp G., Nome E., Boztosun A.O., 2016: 57]. Параграф 4 — это исключение, введенное с учетом прин-

³⁷ Taking Foreign Private International Law to Account. The Institute of International Law Resolution of 1999. Session of Berlin. Available at: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1999_ber_01_en.pdf (дата обращения: 01.04.2024)

³⁸ Ibid.

ципа автономии воли сторон, которые могут отдать предпочтение выбору коллизионных норм той юрисдикции, которую они определили в качестве применимого права [Güngör G., 2008: 4]. Подобное предпочтение способно привести в действие механизм *renvoi*, использование которого в турецкой доктрине связывается с английской теорией правового использования — применяя положения иностранного права в споре, судья должен применить их «в соответствии с их значением и сферой действия в стране происхождения» [Yaşar T.N., 2013: 95].

Одновременно с разработкой Гаагских принципов в Парагвае готовили проект Закона о праве, применимом к международным контрактам (принят и вступил в силу в 2015 г.). Статья 10 Закона дословно воспроизводит норму ст. 8 Принципов, что не удивительно, так как цель Закона — имплементация в законодательство Парагвая Гаагских принципов. Это, по оценке Гаагской конференции по МЧП, теперь позволяет Парагваю играть роль «передового государства», включившего в национальное законодательство современное регулирование в области международных контрактов и инвестиций [Estigarribia Gutiérrez H.E., 2017: 281, 284]. Парагвайский законодатель стремился отразить руководящие начала не только Гаагских принципов, но и Конвенции Мехико, которая в ст. 17 фиксирует полный запрет *renvoi*. По мнению парагвайских ученых, ст. 10 Закона в качестве общего принципа также запрещает *renvoi*, но учитывает возможность, установленную в Принципах. Такая возможность позволяет сторонам договориться о включении коллизионных норм в выбранный закон, самим разрешить дискуссию на эту тему и поддержать ключевой принцип автономии воли в договорных вопросах. Однако подобное решение ведет к несправедливости, если стороны не знают, как функционирует институт *renvoi*, а также если «будет иметь место бесконечная отсылка ввиду того что не установлены ее пределы» [Ruiz Gómez M.A., Villegas Bello R.A., 2020: 410–411].

Таким образом, гаагская модель — итог формирующегося много лет убеждения, что *renvoi* вполне совместима с автономией воли и не извращает намерений сторон. Краткий обзор актов *lex mercatoria* и национальных правовых решений показывает, что, несмотря на сложность *renvoi* и ее внешнее противоречие автономии воли, упорно формируется тенденция к их гармоничному сосуществованию и совместному использованию. Справедливости ради оговоримся, что практику применения указанных положений отыскать не удалось ни в судебных учреждениях стран континентального права, ни в арбитражных учреждениях, уже обращавшихся к Гаагским принципам. Зато приме-

ры выбора коллизионных норм применимого права хотя и редко, но попадаются в практике американских судов. Например, в деле *Keene Corp. v. Vogan* (1990) суд Южного округа Нью-Йорка истолковал оговорку о применимом праве как предусматривающую применение законодательства штата Нью-Йорк, «включая те [нормы], которые касаются коллизионного права [sic]» [Gruson M., 2003: 1030].

В американской корпоративной практике есть также примеры типовых проформ, прямо оговаривающих выбор коллизионных норм избранного права. В частности, в одной из стандартных форм дистрибьютерского соглашения (*Watson Pharmaceuticals Inc., U.S. Supply and Distribution Agreement (Form 10-Q)* (18.01.2006)) установлено: «Настоящее Соглашение регулируется законодательством Иллинойса, включая принципы выбора права». Правда, в доктрине отмечается, что с такой оговоркой приходится сталкиваться очень редко; «трудно понять, почему кто-либо сознательно так поступает» [Coyle J.F., 2017: 646].

Зато часто в корпоративной практике встречаются громоздкие оговорки о выборе права, например: «Настоящее Соглашение будет регулироваться законодательством штата Нью-Йорк без учета его коллизионных норм, но включая Конвенцию Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года, дополненную, при необходимости, Принципами УНИДРУА» [Gama L. Jr., 2017: 341]. Сразу же встает вопрос [Gruson M., 2003: 1027]: предполагает ли такая оговорка намерение сторон обращаться, в том числе к коллизионным нормам Принципов УНИДРУА, в частности, к ст. 7.4.9 «Проценты годовых при неплатеже»³⁹? Выбор Венской конвенции включает содержащиеся в ней унифицированные коллизионные нормы (ст. 42.1)? Общее правило ст. 7.2 Венской конвенции входит в понятие «право, избранное сторонами»? Нет сомнений, что ответ будет положительным.

³⁹ Ст. 7.4.9 «Проценты годовых при неплатеже» ... 2. Размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, преобладающую в отношении валюты платежа в месте платежа, либо если такая ставка отсутствует в этом месте, то такую же ставку в государстве валюты платежа. При отсутствии такой ставки в любом из этих мест в качестве ставки процентов годовых должна применяться соответствующая ставка, установленная законом государства валюты платежа. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (2016). Available at: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Russian-bl.pdf> (дата обращения: 01.08.2024). Кстати, в американской судебной практике есть прецеденты применения коллизионной привязки *lex monetae*, когда избранное сторонами право не являлось правом страны валюты договора.

Если продолжить логическую цепь рассуждений, то почему автономия воли в пользу международного акта по умолчанию распространяется на соответствующие международные коллизионные нормы, а при выборе государственного права это исключено по определению? Да, существует презумпция, что «в соглашениях о выборе права выбирается только «местное право», а не «все право» юрисдикции» [Born G., Kalelioglu C., 2021: 46], т.е. «презумпция состоит в том, что стороны, как правило, не хотят выбирать международное частное право»⁴⁰. Однако такое предположение — не безусловный императив, а всего лишь презумпция, которая должна иметь опровержимый характер. Каждый коммерческий контракт — это строго индивидуальное явление, и у сторон могут быть серьезные основания для включения в свой выбор права норм МЧП (хотя бы для целей потенциального предотвращения *forum shopping*).

Справедливо высказывание бразильского ученого профессора Лауро Гама: иногда даже опытные международные коммерсанты затрудняются грамотно выразить свои предпочтения при выборе права, применимого к их контракту. Это может произойти, например, когда стороны ранее взаимодействовали, применяли определенный закон, но он не оправдал их ожиданий. Подобные затруднения могут быть также результатом отсутствия опыта в трансграничных сделках, которые, как правило, предполагают сложное взаимодействие нескольких законов [Gama L.Jr., 2017: 340]. Выбор применимого права — не самая легкая и безопасная задача, и расширение спектра возможностей за счет более широкого понятия «право» может помочь должному регулированию международных транзакций.

Заключение

Несмотря на кажущийся консенсус, сложившийся вокруг коллизионной автономии воли сторон при выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам, есть множество спорных вопросов, которые до сих пор остаются нерешенными или решаются неодинаково в разных юрисдикциях. Одним из таких вопросов является *genvoi* — «предмет, любимый академиками, ненавидимый студентами и игнорируемый (если он вообще был замечен) практикующими юристами (в том числе и судьями)» [Briggs A., 1998: 878].

⁴⁰ Choice of Law for Contracts: the Hague Principles from a Singaporean and Asian Perspective. Available at: <https://ccla.smu.edu.sg/sites/cebcla.smu.edu.sg/files/Paper2017.pdf> (дата обращения: 01.04.2024)

И на национальном, и на международном уровнях расширение автономии воли сторон и признание ее в качестве основополагающего начала в регулировании международных частных отношений неизбежно вызывает потребность определить ее пределы, в том числе достичь консенсуса в понимании того, что подразумевает понятие «избранное право» — только материальные нормы или также нормы МЧП? Приведенный выше анализ позволяет утверждать, что в современном мире формируется устойчивая нормативная тенденция к расширению понятия «избранного права» за счет включения в него правил выбора права. Доказательством действия этой тенденции является один из новейших документов *lex mercatoria*, свод наилучших практик — Гаагские принципы выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам (2015). Статья 8 этого документа, устанавливая общее правило об исключении *renvoi*, одновременно позволяет сторонам распространить выбор и на коллизионные нормы избранного права.

Такое решение — еще один шаг на пути реализации основополагающей цели МЧП: достижения справедливости и международного единообразия решений. Одинаковые дела должны везде рассматриваться одинаково, т.е. вне зависимости от места рассмотрения спора необходимо получить одинаковый результат. Решение этой задачи предполагает использование всего коллизионного инструментария, в том числе и механизма *renvoi*, который действует не как уточнение или усложнение правил выбора применимого права, а как механизм, обеспечивающий интеллектуальную гармонию и координацию между нормами о юрисдикции и нормами о выборе права. Необходимо отказаться от ограниченного взгляда, что *renvoi* оказывает пагубное влияние на выбор применимого права, одновременно помня при этом, что безответственное и неограниченное введение обратной отсылки может нарушить разумные намерения сторон. *Renvoi* нельзя применять всегда и всюду. Иногда обратная отсылка должным образом исключается волей сторон или законодателем. Однако функционирование *renvoi* и возможность ее гармоничного сочетания с автономией воли следует рассматривать как правило, а не как исключение [Forsyth C., 2010: 646].

Закончить настоящее исследование имеет смысл выражением солидарности с позицией профессора Адриана Бриггса: потребность в спасении доктрины *renvoi* — это не только ностальгия. Развитие МЧП наглядно показывает, как различные части коллизионного права сочетаются друг с другом, чтобы создать сложный и утонченный механизм, который «неподготовленный инженер может раз-

рушить за считанные минуты». Фобия в отношении отсылок — это недуг, «ведь любой врач знает, что сухожилия надо развивать, а не рубить без должного понимания или анестезии. Обратная отсылка является основным сухожилием МЧП, имеющим огромную важность для совокупности коллизионных норм» [Briggs A., 1998: 878, 881–884].



Список источников

1. Бардина М.П. О «нормах права» в Гаагских принципах о выборе права, применимого к международным коммерческим договорам. 2017 // Консультант Плюс.
2. Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сборник статей. М.: Статут, 2016. С. 73–92.
3. Царева Л. Гаагские принципы выбора права в международных коммерческих контрактах: сфера применения и основные положения // Юстиция Беларуси. 2016. № 4. С. 1–4.
4. Born G., Kalelioglu C. Choice-of-Law Agreements in International Contracts. Georgia Journal of International and Comparative Law, 2021, vol. 50, pp. 44–118.
5. Briggs A. In Praise and Defense of Renvoi. The International and Comparative Law Quarterly, 1998, vol. 47, no. 4, pp. 877–884.
6. Coyle J.F. The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses. Washington Law Review, 2017, vol. 92, pp. 631–712.
7. De Aguirre F.C. Party Autonomy — a Blank Cheque? Uniform Law Review-Revue de Droit Uniforme, 2012, no. 4, pp. 655–679.
8. Douglas M., Loadsman N. The Impact of The Hague Principles on Choice of Law. Melbourne Journal of International Law, 2018, vol. 19, pp. 1–23.
9. Drucker A. A New Code of Private International Law (Czechoslovakia). The International Law Quarterly, 1948, vol. 2, no. 3, pp. 473–475.
10. Estigarribia Gutiérrez H.E. Aporte desde el Derecho Internacional Privado a la legislación Paraguaya: La Ley N° 5393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”. Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión, 2017, Año 5, no. 9, pp. 280–285. DOI: 10.16890/rstpr.a5.n9.p280.
11. Forsyth C. Certainty versus Uniformity: Renvoi and Movable Property. Journal of Private International Law, 2010, vol. 6, no. 3, pp. 637–647.
12. Gama L. Jr. Tacit choice of law in the Hague Principles. Uniform Law Review, 2017, vol. 22, pp. 336–350. Doi:10.1093/ulr/unx022.
13. Gray A. The rise of Renvoi in Australia: creating the theoretical framework. University of New South Wales Law Journal, 2007, vol. 30, no. 1, pp. 103–126.
14. Gruson M. Governing Law Clauses Excluding Principles of Conflict of Laws. International Lawyer, 2003, vol. 37, no. 4, pp. 1023–1036.
15. Güngör G. The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure. Ankara Law Review, 2008, vol. 5, no. 1, pp. 1–21.

16. Hughes D.A. The Insolubility of Renvoi and Its Consequences. *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, no. 1, pp. 195–224.
17. Kahn-Freund O. General Problems of Private International Law / *Recueil des cours, Collected Courses*. Tom/Volume 143. Académie de Droit International de la Haye, 1974, pp. 139–474.
18. Lhuillier G. Les principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux de la Conference de la Haye: l'émergence des «best practices». *Revue de droit des affaires internationales=International Business Law Journal*, 2016, no. 2, pp. 103–108.
19. Lorenzen E.G. The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws. Meaning of “The Law of a Country”. *The Yale Law Journal*, 2018, vol. 27, no. 4, pp. 509–534.
20. Marshall B. The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law. *American Journal of Comparative Law*, 2018, vol. 66, pp. 175–217.
21. Martiny D. Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2015, Bd. 79, S. 624–653.
22. Mills A. Conceptualising Party Autonomy in Private International Law. *Revue critique de droit international privé*, 2019, vol. 2, no. 2, pp. 417–426.
23. Monsenepwo J. Contribution of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts to the codification of party autonomy under OHADA Law. *Journal of Private International Law*, 2019, vol. 15, no. 1, pp. 162–185. DOI: 10.1080/17441048.2019.1593092.
24. Nishitani Y. Party Autonomy in Contemporary Private International Law — The Hague Principles on Choice of Law and East Asia. *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, vol. 59, pp. 300–344.
25. Ogunranti A. The Hague Principles — a new dawn for developing countries? *Dutch Journal on Private International Law*, 2017, no. 4, pp. 727–746.
26. Pauknerová M., Pfeiffer M. Private International Law in Czech Republic. Alphen Aan den Rijn: *Wolters Kluwer*, 2019. 196 p.
27. Ruhl G. Regulatory Competition and the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts. March 13, 2020. 21 p. Available at: URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3553808 (дата обращения: 01.04.2024)
28. Ruiz Gómez M.A., Villegas Bello R.A. Estudio comparativo entre la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana y la Ley paraguaya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2020, no. 2, pp. 397–420.
29. Symeonides S.C. Oregon's Choice-of-Law Codification for Contract Conflicts: an Exegesis. *Willamette Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 205–288.
30. Symeonides S.C. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? *Tulane Law Review*, 2009, vol. 83, pp. 1–36.
31. Tekinalp G. The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure. *Yearbook of Private International Law*, 2007, vol. 9, pp. 313–341.
32. Tekinalp G., Nome E., Boztosun A.O. Private International Law in Turkey. Alphen Aan den Rijn: *Wolters Kluwer*, 2016, 224 p.

33. Yaşar T.N. Türk mahkemelerinde yabancı hukukun uygulanması. Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, 2013, hacim 33, sayı 2, s. 75-114=Application of Foreign Law in the Courts of Turkey. Public and Private International Law Bulletin, 2013, vol. 33, no. 2, pp. 75–114.



References

1. Bardina M.P. (2017) On the “Norms of Law” in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. Consultant Plus (in Russ.)
2. Born G., Kalelioglu C. (2021) Choice-of-Law Agreements in International Contracts. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 50, pp. 44–118.
3. Briggs A. (1998) In Praise and Defense of Renvoi. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, no. 4, pp. 877–884.
4. Coyle J.F. (2017) The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses. *Washington Law Review*, vol. 92, pp. 631–712.
5. De Aguirre F.C. (2012) Party Autonomy — a Blank Cheque? *Uniform Law Review-Revue de Droit Uniforme*, no. 4, pp. 655–679.
6. Douglas M., Loadsman N. (2018) The Impact of The Hague Principles on Choice of Law. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, pp. 1–23.
7. Drucker A. (1948) A New Code of Private International Law (Czechoslovakia). *The International Law Quarterly*, vol. 2, no. 3, pp. 473–475.
8. Estigarribia Gutiérrez H.E. (2017) Aporte desde el Derecho Internacional Privado a la legislación Paraguaya: La Ley N° 5393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”. *Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*, año 5, no. 9, pp. 280–285. DOI: 10.16890/rstpr.a5.n9.p280
9. Forsyth C. (2010) Certainty versus Uniformity: Renvoi and Movable Property. *Journal of Private International Law*, vol. 6, no. 3, pp. 637–647.
10. Gama L. Jr. (2017) Tacit choice of law in the Hague Principles. *Uniform Law Review*, vol. 22, pp. 336–350. doi:10.1093/ulr/unx022.
11. Gray A. (2007) The rise of Renvoi in Australia: creating the theoretical framework. *University of New South Wales Law Journal*, 2007, vol. 30, no. 1, pp. 103–126.
12. Gruson M. (2003) Governing Law Clauses Excluding Principles of Conflict of Laws. *International Lawyer*, vol. 37, no. 4, pp. 1023–1036.
13. Güngör G. (2008) The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure. *Ankara Law Review*, vol. 5, no. 1, pp. 1–21.
14. Hughes D.A. (2010) The Insolubility of Renvoi and Its Consequences. *Journal of Private International Law*, vol. 6, no. 1, pp. 195–224.
15. Kahn-Freund O. (1974) General Problems of Private International Law. *Recueil des cours. Collected Courses*. Vol. 143. Académie de Droit International de la Haye, pp. 139–474.
16. Lhuillier G. (2016) Les principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux de la Conference de la Haye: l’émergence des «best practices». *Revue des affaires internationales*, no. 2, pp. 103–108.
17. Lorenzen E.G. (2018) The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws. Meaning of “The Law of a Country”. *The Yale Law Journal*, vol. 27, no. 4, pp. 509–534.

18. Marshall B. (2018) The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 66, pp. 175–217.
19. Martiny D. (2015) Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Bd. 79, S. 624–653.
20. Mills A. (2019) Conceptualizing Party Autonomy in Private International Law. *Revue critique de droit international privé*, vol. 2, no. 2, pp. 417–426.
21. Monsenepwo J. (2019) Contribution of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts to the codification of party autonomy under OHADA Law. *Journal of Private International Law*, vol. 15, no. 1, pp. 162–185. DOI: 10.1080/17441048.2019.1593092.
22. Nishitani Y. (2016) Party Autonomy in Contemporary Private International Law — The Hague Principles on Choice of Law and East Asia. *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 59, pp. 300–344.
23. Ogunranti A. (2017) The Hague Principles — a new dawn for developing countries? *Dutch Journal of Private International Law*, issue 4, pp. 727–746.
24. Ruhl G. (2020) Regulatory Competition and the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts. March 13, 2020. 21 p. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3553808 (дата обращения: 01.04.2024)
25. Ruiz Gómez M.A., Villegas Bello R.A. (2020) Estudio comparativo entre la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana y la Ley paraguaya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, no. 2, pp. 397–420.
26. Pauknerová M., Pfeiffer M. (2019) *Private International Law in Czech Republic*. Alphen Aan den Rijn: Wolters Kluwer, 196 p.
27. Symeonides S.C. (2007) Oregon's Choice-of-Law Codification for Contract Conflicts: an Exegesis. *Willamette Law Review*, vol. 44, pp. 205–288.
28. Symeonides S.C. (2009) The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? *Tulane Law Review*, vol. 83, pp. 1–36.
29. Tekinalp G. (2007) The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure. *Yearbook of Private International Law*, vol. 9, pp. 313–341.
30. Tekinalp G., Nome E., Boztosun A.O. (2016) *Private International Law in Turkey*. Alphen Aan den Rijn: Wolters Kluwer, 224 p.
31. Tsareva L. (2016) The Hague principles of choice of law in international commercial contracts: scope of application and main provisions. *Justitia Belarusi=Justice of Belarus*, vol. 4, pp. 1–4 (in Russ.)
32. Yaşar T.N. (2013) Türk mahkemelerinde yabancı hukukun uygulanması. *Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması=Application of Foreign Law in the Courts of Turkey*. *Public and Private International Law Bulletin*, vol. 33, iss. 2, pp. 75–114 (in Turkish)
33. Zykin I.S. (2016) The Hague principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. In: *Legal Aspects of Modern Practice of International Commercial Turnover: collection of papers*. Moscow: Statut, pp. 73–92 (in Russ.)

Информация об авторах:

Н.Ю. Ерпылева — доктор юридических наук, профессор.

И.В. Гетьман-Павлова — кандидат юридических наук, доцент.

А.С. Касаткина — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

N.Yu. Erpyleva — Doctor of Sciences (Law), Professor.

I.V. Getman-Pavlova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

A.S. Kasatkina — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 10.03.2024; одобрена после рецензирования 15.05.2024; принята к публикации 17.06.2024.

The article was submitted to editorial office 10.03.2024; approved after reviewing 15.05.2024; accepted for publication 17.06.2024.

Научная статья

УДК: 346.9

JEL: K 34

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.239.262

Налогообложение доходов от экономической деятельности на цифровых платформах: мировой опыт поиска решений



**Карина Александровна Пономарева¹,
Алексей Алексеевич Батарин²**

^{1,2} Научно-исследовательский финансовый институт Министерства финансов
Российской Федерации, Россия 127006, Москва, Настасьинский пер., 3/2,

¹ kponomareva@nifi.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2951-3067>

² batarin@nifi.ru, <https://orcid.org/0000-0002-8975-265X>



Аннотация

Во многих странах мира приобретает все бóльшую актуальность проблематика налогообложения доходов физических лиц от деятельности, при ведении которой они не имеют работодателя и не привлекают наемных работников по трудовым договорам. Особенно много нерешенных вопросов существует в части налогообложения граждан, осуществляющих экономическую деятельность с помощью цифровых платформ. Эта проблематика весьма актуальна и в России. Целью настоящей статьи является разработка предложений о совершенствовании налогового законодательства в части налогообложения доходов физических лиц от деятельности, которую они осуществляют с помощью цифровых платформ без работодателя и привлечения наемных работников по трудовым договорам. Предполагается разработать эти предложения в том числе на основании использования лучших практик. В статье рассмотрен зарубежный опыт налогообложения доходов лиц, ведущих экономическую деятельность с помощью цифровых платформ, а также опыт конструирования моделей налогового агентирования цифровых платформ в отдельных зарубежных странах и интеграционных объединениях; проведен анализ зарубежной практики налогообложения доходов физических лиц от деятельности без работодателя и наемных работников; сформулированы предложения о совершенствовании российского налогового законодательства.

Поскольку в большинстве стран модели участия цифровых платформ в налоговых отношениях находятся в стадии формирования, российский законодатель сможет как использовать лучшие практики, так и учесть ошибки других государств и избежать конструирования моделей, в которых уже обнаружались недостатки. Отмечается, что в большинстве государств основное внимание уделяется проблематике косвенного налогообложения, в то время как вопросы налогообложения самозанятых, работающих с помощью цифровых платформ, пока практически не урегулированы. В ходе исследования авторы использовали формально-юридический и сравнительно-правовой методы.



Ключевые слова

налоговое право; цифровые платформы; самозанятые; цифровая экономика; цифровые бизнес-модели; налог на профессиональный доход.

Для цитирования: Пономарева К.А., Батарин А.А. Налогообложение доходов от экономической деятельности на цифровых платформах: мировой опыт поиска решений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 239–262. DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.239.262

Research article

Taxation of Professional Income on Digital Platforms: World Experience in Regulation



Karina A. Ponomareva¹, Aleksey A. Batarin²

^{1,2} Research Financial Institute, Finance Ministry of the Russian Federation, 3/2 Nastasinsky Per., Moscow 127006, Russia,

¹ kaponomareva@https://orcid.org/0000-00022951-3067

² <https://orcid.org/0000-0002-8975-265X>



Abstract

The theme of taxation of income of individuals from activities in that they do not have an employer and do not hire employees under contracts is becoming increasingly relevant in many countries. There are especially many issues of the taxation of citizens who carry out economic activities using digital platforms. This issue is also urging one for contemporary Russia. The purpose of the article is to develop ideas for improving tax legislation in terms of taxation of income of individuals from activities they carry out using digital platforms, in which they do not have an employer and do not hire employees. It is planned to develop these proposals, including on the basis of the researching and implementing best practices. The authors examine the foreign experience of taxation of income of persons who works using digital platforms, as well as experience in designing models of tax agency of digital platforms in foreign countries and integration associations; analyze the practice of taxation of income of individuals from activities in they do not have an employer and do not attract employees under contracts in various

countries. The proposals for improving Russian tax legislation are formulated. Given that models of digital platforms' participation in tax relations are in the process of formation in most countries, the Russian legislator can both use best practices and take into account the mistakes of other states and avoid constructing models that have already shown their shortcomings. It is noted that in most states the main attention is paid to the problem of indirect taxation, while the issues of taxation of the self-employed working on digital platforms have not yet been practically settled. The authors have implemented in the study formal legal and comparative legal methods of research.



Keywords

tax law; digital platforms; self-employed; digital economy; digital business models; professional income tax.

For citation: Ponomareva K.A., Batarin A.A. (2024) Taxation of Professional Income on Digital Platforms: World Experience in Regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 239–262 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.239.262

Введение

В России и других странах мира растет актуальность проблематики налогообложения доходов физических лиц от деятельности, при ведении которой они не имеют работодателя и не привлекают наемных работников. В целях легализации деятельности указанных лиц в Российской Федерации в соответствии с положениями Федерального закона от 27.11.2018 № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход»¹ (далее — Закон № 422-ФЗ) был установлен налог на профессиональный доход (далее — НПД), отличительными чертами которого являются упрощенный способ постановки на учет в налоговых органах, порядок исчисления налога, а также его администрирования [Шаталов С.Д. и др., 2024: 34–45]; [Миронова С.М., 2023: 10–14]; [Тихонова А.В., 2021: 81–97]. При этом не все указанные лица регистрируются в качестве плательщиков НПД в соответствии с положениями Налогового кодекса Российской Федерации (далее — НК) и Закона № 422-ФЗ.

Все это происходит на фоне того, что российский бизнес, следуя общемировым тенденциям, мигрирует в онлайн-среду, модели хозяйствования усложняются, развиваются безденежные методы расчетов — при котором выгодоприобретатель не является владельцем основных средств, а жизненный цикл организаций и товаров сокра-

¹ СЗ РФ. 2018. № 49 (ч. I). Ст. 7494.

щается. По замечанию М.В. Мажориной, киберпространство стало одним из определяющих свойств общества XXI века, опосредующим его формирующуюся сетевую структуру [Мажорина М.В., 2020: 248].

В связи с этим важно рассмотреть зарубежный опыт налогообложения лиц, ведущих экономическую деятельность с помощью цифровых платформ, и изучить опыт государств, конструирующих модели участия цифровых платформ в налоговых отношениях. Указанные модели находятся в стадии формирования, поэтому российский законодатель может как использовать лучшие практики, так и учиться на ошибках других государств и избежать конструирования моделей, которые уже показали свои недостатки.

Целью настоящего исследования является разработка предложений о совершенствовании налогового законодательства в части налогообложения доходов физических лиц от деятельности, осуществляемой посредством цифровых платформ.

1. Анализ зарубежной налоговой практики регулирования экономической деятельности физических лиц на цифровых платформах

1.1. Концепция платформы с точки зрения налогового законодательства

Во всем мире в сфере Интернет-торговли заметную роль стали играть цифровые платформы и маркетплейсы («торговые площадки»). Эти бизнес-модели все чаще становятся предметом юридических исследований [Сидоренко Э.Л., 2022: 77–92]; [Кордина И.В., Хлебович Д.И., 2021: 467–477]; [Солодченкова О.А. и др., 2023: 135–140]. В российском правовом поле под маркетплейсом понимается онлайн-платформа владельца агрегатора в Интернете, позволяющая потребителю одновременно ознакомиться с предложением продавца товаров о заключении договора купли-продажи товара, заключить с продавцом договор купли-продажи, а также оплатить указанный товар наличными либо переводом денежных средств владельцу агрегатора в рамках применяемых форм безналичных расчетов².

В налоговом законодательстве разных стран помимо термина «маркетплейс» используются термины «цифровая платформа» или «электронный интерфейс», обозначающие посредников, ответ-

² Стандарты по взаимодействию маркетплейсов с владельцами пунктов выдачи заказов (утверждены Комиссией по созданию условий саморегулирования в электронной торговле в Российской Федерации, протокол от 03.10.2023 № 15-381).

ственных за сбор налогов с транзакций, которым они содействуют [Brogi E., Carlini R., 2021: 127–148]. Однако этим терминам не хватает четких определений, что приводит к важным вопросам: платформа — это то же самое, что и торговая площадка (маркетплейс), или эти понятия не совпадают? Что происходит, когда в продаже участвуют несколько платформ или торговых площадок? Как определить, какая из них отвечает за сбор налогов? В результате индустрия платформ и торговых площадок сталкивается с правовой неопределенностью³.

Эти вопросы актуальны не только для налогового права, но и для иных отраслей права. Так, в отечественных цивилистических исследованиях отмечается, что владелец агрегатора в определенных случаях должен нести ответственность за бизнес-партнеров, оказывающих потребителям услуги или продающих им товары [Краулин К.К., 2022: 24]. Это перекликается с проблематикой статуса налогового агента маркетплейсов.

Зарубежные исследователи сходятся во мнении, что налоговые правила, применимые к цифровым платформам, вероятно, будут сильно отличаться уже через пять лет, и уже сейчас они выглядят совершенно иначе, чем пять лет назад. Наиболее интересным аспектом этих изменений уже сегодня стало то, что не налоговые правила сформировали бизнес-модели цифровых платформ, но, напротив, цифровые платформы формируют правила международного и национального налогообложения [Hayashi A.T., Kim Y.R., 2023: 7].

В итоговом отчете 2015 года о направлении 1 «Решение налоговых проблем цифровой экономики» плана действий ОЭСР по борьбе с размыванием налоговой базы и выводом прибыли (план BEPS)⁴ были выявлены тенденции, которые, в дополнение к оживленным дискуссиям о налогообложении гигантов цифровой экономики, могут оказать влияние на международную налоговую политику; например, это экономика совместного использования [Russo R., 2023: 5]. Всего за несколько лет в мире, в первую очередь в Евросоюзе, принят ряд мер по привлечению онлайн-платформ к взиманию НДС с трансграничных операций. Так, 01.01.2023 вступила в силу Дирек-

³ Tax Challenges in Defining Platforms and Marketplaces. Available at: <https://www.forbes.com/sites/aleksandrabal/2024/02/01/tax-challenges-in-defining-platforms-and-marketplaces/?sh=1244692c5564> (дата обращения: 29.05.2024)

⁴ Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 1: Final Report. Paris, 2015. Available at: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf> (дата обращения: 10.03.2024)

тива 2021/514 (DAC7), обязывающая операторов сообщать о продажах определенных видов товаров и услуг на своей платформе⁵. Аспекты отчетности цифровых платформ в Евросоюзе в настоящее время являются предметом многочисленных исследований [Cicin-Šain N., English J., 2022: 7–27]; [Stevens S.A., van Wamelen J.T., 24–30]; [Persiani A., 2023: 163–171].

Ввиду растущей распространенности бизнес-модели платформ, некоторые страны начали вовлекать платформы в процесс сбора налогов, требуя у них взимать налог с транзакций, проведение которых они обеспечивают. Однако единого подхода к налогообложению экономики платформ нет: оператор платформы, занимающийся одной и той же деятельностью, может выступать в качестве сборщика налогов в одной стране, но не в другой. Кроме того, в большинстве стран вопросы участия платформ в налоговых отношениях рассматриваются в контексте уплаты НДС. Это нерелевантно для определения статуса платформ в налоговых отношениях с участием самозанятых, если говорить о проблематике прямого налогообложения.

Платформы могут работать по разным моделям, что также может отражаться и на подходах к их функциям в налоговых правоотношениях. Некоторые платформы, например, Ebay и Airbnb действуют только как посредники между покупателями и продавцами. Эти платформы получают большую часть своего дохода от комиссионных, а не от рекламы, и не особенно отличаются по поведению от других неплатформенных отраслей [Grinberg I., 2018: 417].

1.2. Опыт США: платформы как посредники

В США регулирование варьируется в зависимости от законодательства штата. Некоторые штаты сформулировали законы в таких расплывчатых формулировках, что нелегко определить, когда платформа обязана взимать налог. Федеральное регулирование в этой области отсутствует, между тем все штаты, взимающие налог с продаж, приняли законы, требующие от операторов платформ, которые квалифицируются как посредники (facilitators), собирать и перечислять налоги от имени розничных продавцов, продающих товары и услуги через платформу. Вместе с тем косвенное налогообложение не является темой настоящей статьи, поэтому мы подробно не останавливаемся на практике США.

⁵ Council Directive (EU) 2021/514 of 22 March 2021 amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation // OJ L 104, 25.3.2021, pp. 1–26.

Скажем лишь, что посредник-маркетплейс, имеющий привязку к данному штату, как правило, обязан зарегистрироваться в этом штате независимо от объема продаж, осуществляемых через его платформу. Площадки могут установить такую связь (nexus) со штатом, имея офис, склад, инвентарь, а также сотрудников или агентов, работающих на территории штата, оказывающих услуги от имени компании.

Отдельные штаты издали разъясняющие письма, в которых рассмотрен почти идентичный сценарий, но сделаны разные выводы о том, обязан ли оператор торговой площадки удерживать налоги с продавцов. Сценарий, который они рассмотрели, был следующим: онлайн-платформа оставляла дилерам возможность составлять список автомобильных запчастей для продажи своим клиентам. Клиенты получали доступ к платформе по приглашению дилера и заказывали запчасти только у компании, которая их пригласила. Если клиент делал заказ, платформа уведомляла дилера через программу системы управления дилерами. Как только заказ был одобрен дилером, продажа осуществлялась через эту систему. Платформа больше не участвовала в транзакции и не собирала платежей⁶.

Таким образом, в Соединенных Штатах не сложилось практики прямого налогообложения доходов граждан от реализации товаров, работ, услуг на цифровых платформах. Трудность применения правил о маркетплейсах-посредниках объясняется отсутствием единообразия в законодательстве штатов. Ряд штатов по-прежнему взимает с потребителей налог с продаж, однако ответственность за уплату налога ложится на маркетплейс, а не на продавца.

Многие операторы торговых площадок утверждают, что они не являются фактическими продавцами: они лишь предоставляют платформу как площадку и поэтому не несут ответственности за сбор и перечисление налога с продаж; исторически эта обязанность ложилась на продавца.

1.3. Европейский союз: правила «предполагаемого поставщика»

Основной площадкой развития регулирования в рассматриваемой сфере является Евросоюз, поскольку входящие в него государства связаны обязательствами по имплементации мер европейских директив в национальное законодательство. Вместе с тем даже на

⁶ Platform economy: will the real tax collector please stand up? Available at: <https://www.forbes.com/sites/aleksandrabal/2023/03/15/platform-economy-will-the-real-tax-collector-please-stand-up/?sh=4960822c76d6> (дата обращения: 29.05.2024)

территории Евросоюза многие предложения до сих пор находятся в стадии обсуждения и сложилась лишь практика косвенного налогообложения, именуемая правилами «предполагаемого поставщика».

Если законодательство американских штатов о налоге с продаж требует, чтобы посредники торговой площадки собирали налог от имени продавца, то Евросоюз использует другой подход: оператор платформы может выступать либо в качестве «предполагаемого поставщика», либо в качестве посредника (речь идет о налоге на добавленную стоимость — НДС).

На сегодняшний день Директива Совета ЕС об общей системе налога на добавленную стоимость налагает обязанности сбора налогов на посредников, осуществляющих деятельность с использованием электронного интерфейса — торговой площадки, платформы, портала или аналогичных средств⁷.

В декабре 2022 года Европейская комиссия опубликовала проект инициативы «НДС в цифровую эпоху» (VAT in Digital Age — ViDA)⁸. Пакет мер включает три компонента: требования к отчетности; платформы как предполагаемые поставщики (возложение на платформы роли налоговых агентов); единая регистрация в целях НДС.

Проект планировался к утверждению в конце 2023 года, однако на момент сдачи настоящей статьи в печать утвержден не был.

Комиссия предлагает ввести модель «предполагаемого поставщика»: если базовый поставщик является лицом, не облагаемым налогом, платформа автоматически становится ответственной за начисление и сбор НДС с клиента и перечисление его властям. В настоящее время члены ЕС расходятся во мнениях насчет того, как следует определять услуги по упрощению процедур, предлагаемые платформами лицам, не облагаемым налогом.

Как отмечает другая международная организация — ОЭСР, некоторые юрисдикции уже внедрили положения, которые предполагают ответственность цифровых платформ за исчисление, сбор и перечисление НДС (функции налогового агента), а многие изучают эту идею⁹. В вышеуказанном отчете рассматриваются различные уровни интеграции онлайн-платформ в процесс сбора НДС: полный режим

⁷ Council Directive 2006/112/EC of 28.11.2006 on the common system of value added tax / OJ L 347, 11.12.2006.

⁸ Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive 2006/112/EC as regards VAT rules for the digital age // COM/2022/701 final (дата обращения: 29.05.2024)

⁹ The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales. Paris, 2019. Available at: <https://www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf> (дата обращения: 02.02.2024)

ответственности по НДС, режимы солидарной ответственности, обязательства по обмену информацией и обучению поставщиков, продающих на платформе.

ОЭСР отмечает: «Страны, возможно, пожелают рассмотреть возможность закрепления в законодательстве положений о солидарной ответственности в качестве средства содействия соблюдению требований по взиманию НДС при онлайн-продажах. Эти положения могут применяться к цифровым платформам в случаях, когда платформа не несет ответственности за НДС при онлайн-продажах, которые были осуществлены через ее платформу»¹⁰. Такая «солидарная ответственность», как правило, не считается основным инструментом обеспечения сбора НДС при онлайн-продажах, поскольку либо платформа, либо базовый поставщик будут нести установленную законом обязанность уплаты НДС. Однако такое положение может быть полезным в качестве инструмента поддержки налоговых органов в случаях несоблюдения требований.

В настоящем исследовании нас интересует пункт ViDA «платформы как предполагаемые поставщики». Торговые площадки становятся предполагаемым поставщиком при следующих условиях: если они обеспечивают продажу товаров, импортируемых в Евросоюз, стоимостью менее 150 евро; если они обеспечивают доставку товаров покупателям в Евросоюз, независимо от стоимости, и продавец не зарегистрирован в ЕС.

С 2025 года предлагается признать торговые площадки такими поставщиками для всех трансграничных поставок B2C и B2B, которые совершаются на этих площадках.

Проект ViDA не содержит указаний, как определить, выступает ли платформа в качестве посредника или предполагаемого поставщика. В тексте говорится, что посредник действует от имени и по поручению другого лица, тогда как предполагаемый продавец действует в интересах другого лица, но от своего собственного имени. Чтобы определить, выступает ли платформа в качестве посредника и от чьего имени действует оператор платформы необходимо каждый раз изучить все обстоятельства. При противоречии между юридической формой и экономическим содержанием последнее имеет приоритет.

Примерами обстоятельств, свидетельствующих, что оператор платформы действует от своего имени и квалифицируется как предполагаемый продавец, являются ответственность за доставку; ответственность за сбор платежей; контроль за ценообразованием; оказа-

¹⁰ Ibid.

ние услуг поддержки клиентов в отношении продаваемых продуктов или услуг, оказываемых через платформу и пр.

Таким образом, правила Евросоюза являются недостаточно ясными и оставляют значительное пространство для усмотрения.

1.4. Политика отдельных зарубежных стран в части наделения платформ статусом налогового агента

В настоящем исследовании вопросы участия платформ в налоговых отношениях в части уплаты НДС нерелевантны, однако отдельные элементы правовой модели могут быть интересны для определения статуса платформ в налоговых отношениях с участием самозанятых. Поставщики услуг в платформенной экономике обычно делятся своим имуществом (квартирой, автомобилем, инструментами), которое может использоваться для частных целей. Поскольку между платформой и физическим лицом нет отношений работодателя и работника, можно сделать вывод, что типичный индивидуальный поставщик товаров или услуг через платформу работает независимо. Это также косвенно подтверждается исследованием цифровых платформ труда в Евросоюзе, согласно которому вид занятости подавляющего большинства лиц, работающих через такие платформы в ЕС, можно классифицировать как самозанятость (92% активных поставщиков услуг и 93% с точки зрения заработка)¹¹.

Анализ мнений заинтересованных сторон показал, что новые правила требуют разъяснений¹². Необходимость в разъяснении также обусловлена ограниченным кругом стран, которые ввели регулирование в отношении налогового статуса платформ как поставщиков.

В Чехии действуют руководящие принципы налогового статуса пользователей платформы для двух секторов (услуги размещения и услуги пассажирского транспорта)¹³. В документе указано, что платформы в этих секторах, подобные Airbnb и Uber, а также поставщики

¹¹ Digital labor platforms in the EU. Mapping and business models: final report. A study prepared by CEPS for the European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion. Available at: <https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2021/06/KE-02-21-572-EN-N.pdf> (дата обращения: 29.05.2024)

¹² European Commission, VAT in the digital age. Final Report. Vol. 2. The VAT Treatment of the Platform Economy. 2022. Available at: https://taxation-customs.ec.europa.eu/document/download/a00e04a0-f236-494a-9d1f-b877ab57fcd4_en?filename=VAT%20in%20the%20Digital%20Age_Final%20Report%20Volume%202.pdf (дата обращения: 29.05.2024)

¹³ VAT in Czech Republic. Available at: <https://www.tax-checker.com/tax-system-in-czech-republic/vat-in-czech-republic/> (дата обращения: 29.05.2024)

услуг, оказываемых этими платформами, должны признаваться лицами, подлежащими налогообложению.

В Германии и Испании обнародованы только общие руководящие идеи по этому вопросу без закрепления их в нормативных актах¹⁴. Например, по решению одного из немецких судов лицо, продавшее более 140 шуб третьих лиц через торговую площадку от своего имени на регулярной основе, причем делало это неоднократно, систематически и прилагая значительные организационные усилия, было признано предпринимателем¹⁵. Таким образом, систематическое осуществление деятельности, аналогичной предпринимательской, может повлечь за собой признание лица предпринимателем даже без соответствующей регистрации.

Сравнительно-правовой анализ показал, что в государствах Евросоюза нет сомнений, что платформы в принципе являются лицами, облагаемыми налогом. Однако продолжает отсутствовать определенность статуса плательщиков НДС у лиц, работающих через платформы. Различия в подходах членов Евросоюза к данному вопросу значительно затрудняют регулирование цифровых платформ, работающих в трансграничном режиме.

Из стран ЕС опыт налогового регулирования платформ интересен в Словакии. Налогоплательщики, оказывающие в Словакии услуги через цифровые платформы, с 01.01.2018 подпадают под действие правил для иностранных цифровых платформ о регистрации в данной стране постоянного офиса, если они систематически предлагают свои услуги в области транспорта или жилья. Если иностранная цифровая платформа не регистрирует офиса, обязательства переходят к поставщикам услуг, которые должны платить налог у источника в размере 19% или 35% [Vartašová A., Cervena K., Olexova C., 2022: 435].

Налогообложение доходов, полученных физическими и юридическими лицами от деятельности на платформе, регулируется Законом о подоходном налоге № 595/2003¹⁶. В Словакии каждый поставщик услуг по размещению уплачивает следующие налоги:

подоходный налог;

поставщик услуг по размещению также облагается НДС при достижении оборота в 49 790 евро в течение не более 12 предшествую-

¹⁴ European Commission, VAT in the digital age. Final Report. Vol 2. The VAT Treatment of the Platform Economy...

¹⁵ Court decision on 12.08.2015 (Az.: XI R 43/13).

¹⁶ Act No. 595/2003 Coll. on Income Tax. Available at: <https://www.mfsr.sk/en/taxes-customs-accounting/direct-taxes/income-tax/legislation-force/income-tax-act/> (дата обращения: 29.05.2024)

щих календарных месяцев подряд, также облагается НДС. Местом оказания услуг по размещению будет Словакия, поскольку услуги связаны с недвижимостью;

поставщики услуг по размещению также облагаются местными налогами, а именно:

налогом на недвижимое имущество — если они владеют недвижимостью или управляют ею, в которой они предоставляют жилье/аренду;

налогом на проживание — лицо, предоставляющее жилье, взимает налог на проживание с гостей и перечисляет его в муниципалитет. Налоговая ставка устанавливается муниципалитетом.

С 1.01.2018 доходы операторов платформ, осуществляющих посредничество в размещении, также облагаются налогом (после регистрации постоянного представительства; оно подлежит регистрации к концу календарного месяца, следующего за его созданием — раздел 49а (4) Закона о подоходном налоге). Если это обязательство не соблюдается, ИП регистрируется налоговым органом в качестве поставщика жилья и обязан удерживать налог по ставке 19% или 35% (в случае так называемого государства, не являющегося договаривающимся государством для целей налогообложения) при оплате услуг по использованию платформы.

Рассмотрим опыт стран, не являющихся членами Евросоюза. Так, австралийский закон о налогах на товары и услуги использует термин «операторы электронных распределительных платформ» (далее — EDP) для определения предприятий, которым потенциально нужно будет администрировать налоги. Предприятие становится оператором EDP, если оно позволяет другим поставлять товары или услуги конечным пользователям с помощью электронных средств. Однако оператор EDP не несет налоговой обязанности при продаже через свою платформу, если соблюдены следующие критерии: 1) оператор EDP не санкционирует взимание платы с получателя; 2) оператор EDP не санкционирует доставку продукта; 3) оператор EDP не устанавливает условий продажи; 4) в документе о продаже в качестве продавца указывается другое юридическое лицо, помимо оператора EDP; 5) продавец и оператор EDP заключают письменное соглашение, в котором продавец назначается ответственным за уплату налога с продаж.

Австралийское определение является широким, охватывающим всех посредников, но исключаяющим тех, кто не соответствует определенным критериям. Если вовлечено несколько EDP, применяются специальные правила приоритета, чтобы назначить ответственным

налогоплательщиком только одного. Операторы EDP письменно договариваются об этом или применяются правила по умолчанию, по которым оператор, который первым получит или санкционирует взимание компенсации, становится ответственным налогоплательщиком. Если ни один из них не отвечает этому критерию, соответствующий оператор первым санкционирует доставку.

Другим положительным аспектом австралийского законодательства является разъяснение, что бизнес не является платформой, если он только создает или обслуживает инфраструктуру сервиса. Например, компания, предоставляющая функциональность корзины покупок онлайн-продавцам, не является EDP. Однако онлайн-продавцы, использующие такие услуги, могут квалифицироваться как EDP, если они используют бизнес-модель платформы. Четкое различие гарантирует, что «платформы низкого уровня» исключаются из числа организаций, ответственных за налоговое администрирование.

Хотя подобное регулирование разработано для платформ, для самозанятых этого не предусмотрено, о чем открыто сообщается на официальных страницах платформ.

На австралийском сайте Uber говорится: «Как водитель-партнер, вы самостоятельно оказываете транспортные услуги. Вы не сотрудник Uber и отвечаете за отчетность и уплату любых применимых налогов, в том числе налога с продаж, полученных в результате ваших поездок с Uber, в налоговую службу Австралии. Uber не удерживает налогов и не подает деклараций от вашего имени. Чтобы стать партнером Uber, вам необходимо зарегистрироваться в качестве плательщика налога с продаж»¹⁷.

В Великобритании с 01.10.2024 вступают в силу новые правила, которые требуют от онлайн-платформ, базирующихся в стране: собирать информацию о физических лицах, работающих через свои платформы; не позднее 31.01 следующего года отправлять эту информацию как в налоговую службу, так и самому физическому лицу.

Соответствующая информация в основном касается самих физических лиц и сумм, которые они зарабатывают с помощью платформы.

Как только британские налоговые органы получают соответствующую информацию, они могут обмениваться ею с налоговыми органами в других странах, также присоединившихся к новым правилам. Это означает, что зарубежные власти должны быть осведомлены о

¹⁷ Tax Information for Driver-Partners. Available at: <https://www.uber.com/au/en/drive/tax-information/> (дата обращения: 29.05.2024)

деньгах, которые физические лица, проживающие на их территории, зарабатывают на платформах Великобритании (и наоборот).

Фиксируются следующие транзакции: Категория А — транзакции, связанные с арендой недвижимости, транспортных средств или персональными услугами; Категория В — транзакции, связанные с продажей товаров (не менее 30 транзакций в течение календарного года, общая сумма которых не должна превышать 2000 евро)¹⁸.

Категория А охватывает услуги такси, частного проката, доставки еды, краткосрочную аренду жилья через онлайн-платформы и т.п. Категория В охватывает деятельность лиц, которые целенаправленно покупают или изготавливают товары с целью продажи (разовые продажи личных вещей сюда не относится). При этом физические лица продолжают самостоятельно декларировать доходы от платформенной занятости и платить налоги.

На основании анализа международного, наднационального и зарубежного опыта регулирования налоговых отношений с участием цифровых платформ как посредников можно констатировать следующее.

В мире применяются различные модели налогового администрирования при участии цифровых платформ в налоговых отношениях. В последние годы онлайн-платформы выступают в качестве посредника между поставщиками услуг и потребителями. Огромное количество пользователей платформ, особенно в секторах размещения и пассажирских перевозок, означает, что индивидуальные поставщики услуг—самозанятые напрямую конкурируют ныне с традиционными поставщиками, работающими с НДС, такими как отели и транспортные компании.

Более того, многие поставщики—физические лица не знают, что они могут быть обязаны платить налоги за предлагаемые ими услуги. Даже если они знают об этом, им зачастую трудно разобраться в деталях налогового законодательства и соблюдать обязательства по уплате налогов.

Полагаем, что при схожих концепциях ни одна из зарубежных моделей — США, Евросоюза и других стран не может быть безоговорочно имплементирована в российское законодательство и требует значительной доработки. Лучшей практикой можно признать именно российский опыт налогообложения доходов самозанятых.

¹⁸ New rules for gig economy workers — your questions answered. Available at: <https://www.litrg.org.uk/news/new-rules-gig-economy-workers-your-questions-answered> (дата обращения: 29.05.2024)

В частности, рассмотренные правила Евросоюза и отдельных его членов являются недостаточно четкими и оставляют значительное пространство для усмотрения.

2. Направления совершенствования налогообложения доходов физических лиц от деятельности на цифровых платформах

Как говорилось выше, наиболее релевантным для исследования видом цифровых платформ на которых ведут экономическую деятельность физические лица, являются маркетплейсы. По российскому законодательству торговля через маркетплейс является видом дистанционной розничной торговли, при которой договор заключается на основании ознакомления покупателя с описанием товара (п. 2 ст. 497 Гражданского кодекса, п. 1 ст. 26.1 Закона Российской Федерации от 7.02.1992 №2300-І «О защите прав потребителей»¹⁹, далее — Закон о защите прав потребителей) и при этом сам покупатель не имеет возможности при заключении договора непосредственно ознакомиться с товаром либо с его образцом.

Стоит заметить, что в соответствии с положениями п. 4 ст. 11 Закона № 422-ФЗ плательщик НДС вправе уполномочить оператора торговой площадки (маркетплейс), осуществляющего информационное взаимодействие с налоговыми органами, на уплату налога в отношении всех доходов, учитываемых при определении налоговой базы по НДС. В этом случае налоговый орган направляет уведомление об уплате НДС маркетплейсу.

Применительно к маркетплейсам речь идет о торговле, однако явление торговли через маркетплейс гораздо шире, поэтому вернее употреблять более широкий термин — «агрегатор», так как сфера подобных онлайн-платформ распространяется также на работы и услуги.

Кроме того, возрастает роль платформ-агрегаторов, через которых субъекты малого и среднего предпринимательства реализуют товары, работы и услуги. Сегодня различного рода агрегаторы, осуществляющие свою деятельность в Интернете, признают себя исполнителями информационных услуг: например, агрегатор в сфере перевозок размещает заявку заказчика в программно-информационном комплексе и информирует заказчика об исполнении заявки

¹⁹ Закон Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-І «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

партнером (службой такси) и водителем, обеспечивая также доступ перевозчиков к ресурсу.

Службы такси, как правило, не признают себя работодателями либо источниками доходов водителей и, соответственно, не платят подоходный налог и страховые взносы с доходов водителей. При формировании налогооблагаемой базы учитывают только сумму вознаграждения в размере в среднем от 1 до 5% фактической стоимости перевозки пассажиров и багажа, в связи с чем большинство из них применяют специальные налоговые режимы.

На рынке доставки товаров (заказов) сложилась аналогичная ситуация. Службы доставки не признают себя работодателями либо источниками доходов курьеров. При этом агрегатор подключает службы доставки и курьеров, передает заказы на доставку товаров и владеет всей необходимой информацией о физических лицах—непосредственных исполнителях услуг по доставке.

Платформы имеют в их сервисах детальную информацию по каждой совершенной сделке: фиксируется сумма, дата исполнения, дата и сумма оплаты, отказ (возврат), скидки, продавец (исполнитель), стоимость и период оказания услуг (работ) непосредственно физическими лицами, а также их данные.

Принимая во внимание, что технически процедуры оплаты товаров, работ и услуг на цифровых платформах агрегаторов уже реализованы, более того, они автоматизированы, включая оформление и направление кассовых чеков, предлагается разработать новую модель налогообложения, при которой цифровые платформы-посредники будут обязаны после удержания своей комиссии удерживать также и сумму налога с доходов продавцов/водителей такси/курьеров по ставке, определенной в зависимости от налогового статуса исполнителя. При этом предлагается их определять налоговую базу как выручку, уменьшенную на сумму комиссии платформы.

В данной ситуации возникают три модели:

модель налогообложения физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями и плательщиками НПД, при которой налоговый агент удерживает соответствующие суммы НДФЛ и перечисляет их в бюджет;

модель налогообложения индивидуальных предпринимателей, не имеющих наемных работников по трудовому договору, являющихся плательщиками упрощенной системы налогообложения или патентной системы налогообложения, при которой налоговый агент удерживает соответствующие суммы налога и перечисляет их в бюджетную систему;

модель налогообложения физических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся плательщиками НПД, при которой налоговый агент уплачивает соответствующие суммы НПД и перечисляет их в бюджет.

Реализация любого из вышеперечисленных сценариев потребует внесения изменений в Налоговый кодекс и Закон № 422-ФЗ.

В анализе последней из перечисленных моделей выше было указано, что самозанятые вправе уполномочить оператора электронной площадки на реализацию их прав и обязанностей. Для начала предлагается внести изменение в терминологию Закона № 422-ФЗ и именовать оператора электронной площадки «оператором цифровой платформы» (ввиду широкого перечня прав и обязанностей, предлагаемых к наделению ими данного субъекта).

Поскольку конструктивно механизм делегирования оператору цифровой платформы полномочий по уплате налога уже предусмотрен Законом № 422-ФЗ, указанное следует перевести в категорию обязанностей, дополнив положения ч. 3 ст. 3 и ч. 4 ст. 11 Закона положениями: физические лица, применяющие специальный налоговый режим, вправе через мобильное приложение «Мой налог» или через кредитную организацию уполномочить на реализацию установленных настоящим законом прав и исполнение обязанностей операторов электронных площадок и (или) кредитные организации, которые осуществляют информационный обмен с налоговыми органами, включая получение в налоговых органах сведений, полученных ими при применении такими физическими лицами специального налогового режима. Физические лица, применяющие специальный налоговый режим и реализующие товары, работы, услуги через Интернет, обязаны уполномочить на реализацию установленных Законом № 422-ФЗ прав и исполнение обязанностей оператора цифровой платформы, который осуществляет информационный обмен с налоговыми органами, включая получение в этих органах сведений, полученных ими при применении такими физическими лицами специального налогового режима.

Налогоплательщик вправе уполномочить платформу на уплату налога в отношении всех доходов, учитываемых при определении налоговой базы. В этом случае налоговый орган направляет уведомление об уплате налога уполномоченному лицу. Уплату налога в отношении всех доходов, полученных налогоплательщиком от реализации товаров, работ, услуг с использованием Интернета и учитываемых при определении налоговой базы по налогу, осуществляет оператор цифровой платформы. Уплата налога оператором цифро-

вой платформы осуществляется без взимания платы за выполнение таких действий.

Особую актуальность данная модель приобретает потому, что 01.09.2023 вступили в силу основные положения Федерального закона от 29.12.2022 № 580-ФЗ²⁰, который наделил плательщиков НПД правом осуществлять деятельность по перевозке пассажиров и багажа легковым такси без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

Что касается индивидуальных предпринимателей на упрощенной и патентной системах налогообложения, то предлагается закрепить по данным видам налогов за операторами цифровых платформ статус налоговых агентов поставщиков товаров, работ, услуг. Действующая редакция п. 1 ст. 24 НК это позволяет, так как в соответствии с данной нормой налоговыми агентами признаются лица, на которых НК возлагает обязанности по исчислению, удержанию у налогоплательщика и перечислению налогов в бюджетную систему России.

Так, в части плательщиков, использующих упрощенную систему налогообложения, УСН предлагается дополнить п. 2 ст. 346.21 НК положением о том, что налог исчисляется налоговым агентом. Аналогичные изменения предлагаются в отношении плательщиков патентной системы налогообложения (п. 1 ст. 346.51).

Для однозначного толкования в целях налогового администрирования оператора цифровой платформы как субъекта налогообложения, целесообразно дополнить терминологический аппарат НК соответствующим определением:

оператор цифровой платформы — лицо, владеющее, в том числе на правах аренды, сайтом в Интернете и (или) распространяющее информацию в программе для электронных вычислительных машин, программном обеспечении, применяемом на компьютерном устройстве (мобильном телефоне, смартфоне и планшетном компьютере) или ином информационном ресурсе, с использованием которых дистанционным способом организациями, индивидуальными предпринимателями и физическими лицами реализуются товары, работы, услуги, а также расчеты по ним.

Действенное налоговое администрирование возможно лишь при наличии рычагов влияния на всех участников сделки: как оператора

²⁰ Федеральный закон от 29.12.2022 № 580-ФЗ «Об организации перевозок пассажиров и багажа легковым такси в Российской Федерации, о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2023. № 1 (часть I). Ст. 27.

цифровой платформы, так и продавца/водителя/курьера. Для этого предлагается в круг обязанностей последних включить обязанность при дистанционном взаимодействии с покупателями (клиентами) осуществлять такое взаимодействие и расчеты через оператора цифровой платформы. Кроме этого, следует подчеркнуть обязанность соблюдения законодательства о применении контрольно-кассовой техники.

Поскольку предлагаемая норма касается непосредственно лиц, реализующих товары, работы и услуги, логично, что и за оператором цифровой платформы должна быть закреплена корреспондирующая обязанность: оператор цифровой платформы обязан не допускать заключения договора купли-продажи или договора возмездного оказания услуг между налогоплательщиком (или уполномоченным им лицом) и покупателем (клиентом) и осуществления расчета без удержания таким оператором цифровой платформы соответствующих сумм налога согласно положениям настоящего Кодекса по такому договору и (или) без применения контрольно-кассовой техники в соответствии с федеральным законодательством о применении контрольно-кассовой техники.

Необходимо также обеспечить систему контроля и установления ответственности, чувствительной как для оператора цифровой платформы, так и для самого продавца. Ответственность продавца, являющегося налогоплательщиком, за неуплату (неполную уплату) налога уже установлена налоговым законодательством (ст. 122 НК), а ответственность за неприменение контрольно-кассовой техники — Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях (ч. 2 и 3 ст. 14.5). Ответственность налогового агента, которым в предлагаемом регулировании будет также являться оператор цифровой платформы, также установлена в Налоговом кодексе (ст. 123).

Однако существующие санкции не отвечают особенностям интернет-расчетов. В связи с этим необходимо дифференцированно подойти к установке шкалы санкций для продавца и оператора цифровой платформы в зависимости от наличия рецидива в их действиях.

Так, наиболее эффективным воздействием на недобросовестного участника рынка интернет-торговли (оказание услуг через Интернет) является воздействие на стабильную коммуникацию между продавцом и покупателем (клиентом), которой является доменное имя, поскольку в его популяризацию и узнаваемость вкладываются значительные финансовые средства и время. Доменное имя является притяжением трафика, который конвертируется в покупки и приносит прибыль своим владельцам.

Решение вышеуказанной проблемы видится в приостановлении делегирования домена при выявлении при расчетах нарушения налогового законодательства и (или) законодательства о применении контрольно-кассовой техники.

Заключение

При анализе зарубежного опыта рассмотрены: модель «платформы как посредники», используемая в США; модель «предполагаемого поставщика», применяемая в ЕС; австралийская модель «операторов электронных распределительных платформ»; британская модель налогового посредничества платформ, согласно которой платформы обязаны собирать информацию о физических лицах, которые зарабатывают через эти платформы, а также направлять эту информацию как в налоговую службу, так и самому физическому лицу.

Выделены положительные и отрицательные стороны этих и других рассмотренных моделей, в частности, отмечен такой недостаток американской модели, как различные правила ее применения в разных штатах, которые приводят к налоговой конкуренции внутри страны.

В зарубежных странах даже в части деятельности физических лиц на цифровых платформах участие платформ в налоговых отношениях рассматриваются в контексте уплаты НДС. И хотя косвенное налогообложение не релевантно для определения статуса платформ в налоговых отношениях с участием самозанятых, рассмотрение опыта этой модель посредничества тоже имеет практическую пользу. Поставщики услуг в платформенной экономике обычно делятся имуществом или навыками (если мы говорим об оказании услуг), которое может использоваться для частных целей.

При схожих концепциях ни одна из зарубежных моделей не может быть безоговорочно имплементирована в российское законодательство и требует значительной доработки. Лучшей практикой можно признать именно российский опыт налогообложения доходов самозанятых. В частности, рассмотренные правила Евросоюза и отдельных государств-членов Евросоюза недостаточно ясны. Они оставляют значительное пространство для усмотрения.

Для российской налоговой системы также важно, насколько существенным будет изменение правил налогообложения самозанятых, работающих через платформы, по сравнению, например, с традиционной работой по найму. Платформенная занятость — своеобразный сегмент рынка труда: человек не является наемным ра-

ботником, а выступает посредником между онлайн-платформой и конечным получателем услуги. Поскольку на этом рынке уже зарегистрировано свыше 10 млн. человек²¹, правила должны быть четкими и учитывать интересы граждан, не обременяя их лишними обязательствами исчисления и уплаты налогов.

Модель налогового администрирования, которая предусматривает удержание и перечисление НПД платформами, предполагает, что самозанятые вправе уполномочить одного из партнеров проекта (банки, операторы цифровых площадок, в том числе маркетплейсы) на уплату налога в отношении всех доходов, учитываемых при определении налоговой базы по НПД. При этом порядок удержания средств на уплату НПД может определяться платформами самостоятельно. Вопрос возложения на цифровые платформы роли налоговых агентов требует проработки.

Фундаментальная трудность в области экономики платформы заключается в определении того, действует ли лицо, использующее платформу, как частное лицо — самозанятый или как налогоплательщик по налогу на прибыль и НДС. Однако зачастую это трудно определить при отсутствии в мировой практике актов или судебных решений, применимых ко всему спектру ситуаций в экономике платформы, а также к определению статуса платформенных занятых.

Поскольку технически процедуры оплаты товаров, работ и услуг на цифровых платформах агрегаторов уже реализованы и автоматизированы, предлагается разработать и внедрить модель налогообложения, при которой цифровые платформы-посредники будут обязаны после удержания своей комиссии удерживать также и сумму налога с доходов продавцов/водителей такси/курьеров по ставке, определенной в зависимости от налогового статуса исполнителя. При этом предлагается определять налоговую базу этих физических лиц как выручку, уменьшенную на сумму комиссии платформы.

Для реализации вышесказанного предложены соответствующие изменения в Налоговом кодексе и Законе № 422-ФЗ, в том числе изменения в понятийном аппарате. Поскольку конструктивно механизм делегирования оператору цифровой платформы полномочий по уплате налога уже предусмотрен Законом № 422-ФЗ, то указанное предлагается перевести в категорию обязанностей. Также предлагается предусмотреть в Налоговом кодексе отдельную статью об ответственности налогоплательщика и оператора цифровой платформы.

²¹ Available at: URL: https://www.nalog.gov.ru/rn77/news/activities_fts/14758294/ (дата обращения: 29.05.2024)

Возможно выделить следующие потенциальные положительные итоги реализации предложенного проекта:

прозрачный информационный обмен между заказчиками, исполнителями, онлайн-платформами и Федеральной налоговой службой, что обеспечит своевременную уплату налогов в полном объеме;

снижение административной нагрузки малого бизнеса (водителей и курьеров) в связи с возложением исчисления, удержания и уплаты налога на онлайн-платформы, которые обладают детализированной информацией о транзакциях, а также соответствующими технологическими решениями;

увеличение доли самозанятых с одновременным отсутствием возможности формирования задолженности по начисленному, но не уплаченному налогу.



Список источников

1. Кордина И.В., Хлебович Д.И. Маркетплейс как бизнес-модель электронного посредничества // Известия Байкальского государственного университета. 2021. Т. 31. № 4. С. 467–477.
2. Краулин К.К. Пределы гражданско-правовой ответственности владельцев маркетплейсов перед потребителями в РФ и США // Цифровое право, 2022. № 3. С. 20–42.
3. Мажорина М.В. Киберпространство и методология международного частного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 230–253.
4. Миронова С.М. Налог на профессиональный доход—пять лет эксперимента: промежуточные итоги // Финансовое право. 2023. № 12. С. 10–14.
5. Солодченкова О.А. и др. Мультикатегорийные маркетплейсы в России: оценка современных тенденций развития // Вестник Алтайской академии экономики и права. 2023. № 1. С. 135–140.
6. Тихонова А. В. Ключевые вопросы налогообложения самозанятых в странах СНГ // Финансовый журнал. 2021. Т. 13. № 6. С. 81–97.
7. Шаталов С.Д. и др. Налог на профессиональный доход: дискуссионные вопросы с точки зрения субъектного состава налогового режима // Вестник Московского университета. Серия 26. Государственный аудит. 2024. № 1. С. 34–45.
8. Brogi E., Carlini R. Accelerating Adoption of a Digital Intermediary Tax / M. Moore and D. Tambini (eds.). Regulating big tech: policy responses to digital dominance, New York: Oxford University Press, 2021, pp. 127–148.
9. Cicin-Šain N., English J. DAC7: An Entire New Framework for Joint Audits in the EU: How Do the Taxpayers Fare? Intertax, 2022, vol. 50, iss. 1, pp. 7–27.
10. Grinberg I. User participation in value creation. British Tax Review, 2018, no. 4, pp. 407–421.
11. Hayashi A.T., Kim Y.R. Taxing Digital Platforms. Virginia Journal of Law and Technology, 2023, vol. 26, no. 3, pp. 1–14.

12. Stevens S.A., van Wamelen J.T. The DAC 7 Proposal and Reporting Obligation for Online Platforms. *EC Tax Review*, 2021, vol. 30, no. 1, pp. 24–30.
13. Persiani A. DAC 7: Some Thoughts on the Different Roles of Platform Operators and the Appropriate Definition of the Scope of Reporting Obligations. *EC Tax Review*, 2023, vol. 32, iss. 4, pp. 163–171.
14. Russo R. Introduction. Reflections about the Implications of Platforms and Technology for Taxation and Taxpayers' Rights / The Implications of Online Platforms and Technology for Taxation. D. Weber (ed.). Amsterdam: IBFD, 2023, pp. 1–8.
15. Sidorenko E.L. Definition of "Digital Platforms". In: *The Platform Economy: Designing a Supranational Legal Framework*. Singapore: Palgrave Macmillan, 2022, pp. 77–92.
16. Vartašová A., Cervena K., Olexova C. Taxation of Accommodation Services Provided in the Framework of the Collaborative Economy in the Slovak Republic. *Proceedings of the 5th International Conference on Tourism Research*. Reading: Academic Conferences International Limited, 2022, pp. 433–440.



References

1. Brogi E., Carlini R. (2021) Accelerating Adoption of a Digital Intermediary Tax. In: M. Moore and D. Tambini (eds.) *Regulating big tech: policy responses to digital dominance*. New York: Oxford University Press, pp. 127–148.
2. Cicin-Šain N., English J. (2022) DAC 7: An Entire New Framework for Joint Audits in the EU: How Do the Taxpayers Fare? *Intertax*, vol. 50, no. 1, pp. 7–27.
3. Grinberg I. (2018) User Participation in Value Creation. *British Tax Review*, no. 4, pp. 407–421.
4. Hayashi A.T., Kim Y.R. (2023) Taxing Digital Platforms. *Virginia Journal of Law and Technology*, vol. 26, no. 3, pp. 1–14.
5. Kordina I.V., Khlebovich D.I. (2021) Marketplace as a Business Model of E-Commerce. *Izvestiya Baikal'skogo gosudarstvennogo universiteta*=Bulletin of Baikal State University, 2021, vol. 31, no. 4, pp. 467–477 (in Russ.)
6. Kraulin K. K. (2022). Limits of Product Liability of the Marketplace Owners in Russia and the USA. *Cifrovoe pravo*=Digital Law, no. 3, pp. 20–42 (in Russ.)
7. Mazhorina M.V. (2020) Cyberplace and Methodology of International Private Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 2, pp. 230–253 (in Russ.)
8. Mironova S.M. (2023) Tax on Professional Income. Five years of the experiment: Interim Results. *Finansovoe pravo*=Financial Law, no. 9, pp. 2–6 (in Russ.)
9. Persiani A. (2023) DAC7: Some Thoughts on the Different Roles of Platform Operators and the Appropriate Definition of the Scope of Reporting Obligations. *EC Tax Review*, vol. 32, no. 4, pp. 163–171.
10. Russo R. (2023) Introduction. Reflections about the Implications of Platforms and Technology for Taxation and Taxpayers' Rights. In: D. Weber (ed.) *The Implications of Online Platforms and Technology for Taxation*. Amsterdam: IBFD, pp. 1–8.
11. Shatalov S.D. et al. (2024) Professional Income Tax: Discussion Issues from the View of the Subjective Composition of the Tax Regime. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Gosudarstvennyi audit*=Bulletin of Moscow University. Government Audit, no. 1, pp. 34–45 (in Russ.)

12. Sidorenko E.L. (2022) Definition of “Digital Platforms”. In: The Platform Economy: Designing a Supranational Legal Framework. Singapore: Palgrave Macmillan, pp. 77–92.
 13. Solodchenkova O.A. et al. (2023) Multicategory Marketplaces in Russia: Current Development Trends. *Vestnik Altaiskoi akademii ekonomiki i prava*=Bulletin of Altay Academy of Economy and Law, no. 1, pp. 135–140 (in Russ.).
 14. Stevens S.A., van Wamelen J.T. (2021) The DAC 7 Proposal and Reporting Obligation for Online Platforms. *EC Tax Review*, vol. 30, no. 1, pp. 24–30.
 15. Tikhonova A.V. (2021) Key Issues of Taxing Self-employed in CIS Countries. *Finansovyi zhurnal*=Financial Journal, vol. 13, no. 6, pp. 81–97 (in Russ.).
 16. Vartašová A., Cervena K., Olexova C. (2022) Taxation of Accommodation Services Provided in the Framework of the Collaborative Economy in the Slovak Republic. In: Proceedings of the 5th International Conference on Tourism Research. Reading (Mass.): Academic International Conferences Ltd., pp. 433–440.
-

Информация об авторах:

К.А. Пономарева — доктор юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник.

А.А. Батарин — кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник.

Information about authors:

K.A. Ponomareva — Doctor of Sciences (Law), Associate Professor, Leading Researcher.

A.A. Batarin — Candidate of Sciences (Law), Leading Researcher.

Статья поступила в редакцию 24.06.2024; одобрена после рецензирования 03.07.2024; принята к публикации 01.08.2024.

The article was submitted to editorial office 24.06.2024; approved after reviewing 03.07.2024; accepted for publication 01.08.2024.

Научная статья

УДК: 347

JEL: K15

DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.263.291

Правовое регулирование обязательств из публичного конкурса в государствах-участниках СНГ



**Татьяна Сергеевна Гусева¹,
Марина Владимировна Казакова²,
Елена Анатольевна Низамова³**

^{1,2,3} Северо-Западный филиал Российского государственного университета правосудия, Россия 197046, Санкт-Петербург, Александровский парк, 5,

¹ tanya1931@rambler.ru, <http://orcid.org/0000-0002-9777-7064>

² kmv1407@rambler.ru, <https://orcid.org/0009-0000-9480-6280>

³ nizamovaea@list.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1653-3277>



Аннотация

Статья посвящена исследованию правового регулирования обязательств из публичного конкурса в государствах-участниках СНГ и оценке его соответствия современным потребностям социально-экономического, культурного и духовного развития стран Содружества. Целью сравнительного анализа и оценки национального законодательства и правоприменения стран СНГ является выработка единого подхода к правовому регулированию обязательств из публичного конкурса. Это будет способствовать международному сотрудничеству и обмену передовым опытом решения значимых социально-экономических и инновационных задач. Анализ доктринальных источников, национального законодательства и правоприменительной практики о публичном конкурсе в государствах-участниках СНГ позволил раскрыть динамику обязательства из публичного конкурса, установить правовой статус сторон обязательства, определить оптимальные способы защиты их прав и законных интересов. Авторами установлено, что положения ряда национальных законодательств стран Содружества о публичном конкурсе, крайне лаконичные, а в некоторых случаях и противоречащие принципам гражданского права, создают почву для злоупотреблений организатора конкурса и не обеспечивают защиты прав его участ-

ников. Показано как пробелы и противоречия в регулировании препятствуют деятельности публичного конкурса. В результате исследования предложена модель правового регулирования обязательства из публичного конкурса, охватывающая все его этапы, и включающая наряду с имеющимся арсеналом положения, регулирующие аспекты обязательств из публичного конкурса, значимые, но остающиеся вне правового поля. Выработанные авторами подходы к правовому регулированию обязательств из публичного конкурса, с одной стороны, могут служить основой гармонизации национального законодательства стран-участниц СНГ и таким образом способствовать его сближению и созданию единого правового пространства на территории Содружества. С другой стороны, новые подходы способны обеспечивать соблюдение принципов конкурсного обязательства: состязательности и прозрачности публичного конкурса, независимости и объективности оценки работ участников, защиты их прав и законных интересов. Налаженный механизм правового регулирования способен содействовать результативности публичного конкурса и расширению его применения в разнообразных сферах жизнедеятельности.



Ключевые слова

обязательства; публичный конкурс; национальное законодательство стран СНГ; общественно полезная цель; состязательность; условия публичного конкурса; подведение итогов конкурса; выдача награды.

Для цитирования: Гусева Т.С., Казакова М.В., Низамова Е.А. Правовое регулирование обязательств из публичного конкурса в государствах-участниках СНГ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 3. С. 263–291. DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.263.291

Research article

Legal Regulation of Obligations from Public Competition in the CIS States



**Tatyana S. Guseva¹,
Marina V. Kazakova²,
Elena A. Nizamova³**

^{1,2,3} North-Western branch of the Russian State University of Justice, 5 Aleksandrovsky Park, Saint Petersburg 197046, Russia,

¹ tanya1931@rambler.ru, <http://orcid.org/0000-0002-9777-7064>

² kmv1407@rambler.ru, <https://orcid.org/0009-0000-9480-6280>

³ nizamovaea@list.ru, <https://orcid.org/0000-0003-1653-3277>



Abstract

The article is devoted to the research of legal regulating public competitive obligations within the Commonwealth of Independent States (CIS) countries and the assessment

of its compliance with modern needs of socio-economic, cultural and spiritual development of the Commonwealth countries. The purpose of the comparative analysis and assessment of the national legislation and law enforcement of the CIS countries is to develop a unified approach to the legal regulation of public tender obligations, which will promote international cooperation and exchange of best practices in solving significant socio-economic and innovative issues. The dynamics of the public tender obligation, the legal status of the parties to the obligation, the ways of protecting their rights and legitimate interests are examined by analyzing doctrinal sources, national legislation and law enforcement practice on public tender in the Commonwealth states. The authors found the extremely laconic legal norms on public competitions in the Commonwealth countries sometimes contradict the principles of civil law, create grounds for abuse by the organizer of the tender and do not ensure protection of the rights of its participants, and the identified gaps and contradictions hinder purpose of public competitions. In the study, a model of legal regulation of the public competition obligation covering all its stages is proposed, which, together with the existing arsenal of provisions regulating significant aspects of the public competitive bidding obligation, but remaining outside the legal sphere, will serve as a basis for the harmonization of the national legislation of the Commonwealth member states and, as a result, will contribute to the convergence and creation of a common legal framework for public competitive bidding obligations. The developed approaches to the legal regulation of public tender obligations will, on the one hand, serve as a basis for the harmonization of the national legislation of the CIS states and, as a consequence, contribute to its convergence and the creation of a common legal space in the territory of the Commonwealth, and, on the other hand, ensure compliance with the principles of competitive obligations: competitiveness and transparency of public tendering, independence and objectivity of the evaluation of the works of participants, protection of their rights and legitimate interests. A well-functioning mechanism of legal regulation can contribute to the social purpose of public competition and the expansion of its application in various spheres of life.



Keywords

obligations; public competition; national legislation of the CIS countries; socially useful goal; competitiveness; conditions of a public competition; summing up the results of the competition; issuing an award.

For citation: Guseva T.S., Kazakova M.V., Nizamova E.A. (2024) Legal Regulation of Obligations from Public Competition in the CIS States. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 3, pp. 263–291 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.3.263.291

Введение

Публичный конкурс — действенный и широко используемый инструмент, применяемый для достижения актуальных целей развития общества и государства. Выявление в конкурсе лучшего результата (достижения) и возможность его дальнейшего использования стимулируют развитие экономических, социальных и духовных сфер жизнедеятельности общества, содействуют международному сотруд-

ничеству в рамках международных институтов, включая Содружество Независимых Государств (далее — СНГ). Основными сферами проведения публичных конкурсов в государствах-участниках СНГ являются наука¹, литература, музыка², искусство³, архитектура⁴, инновационная инфраструктура⁵, образование⁶. Вместе с тем публичные конкурсы востребованы не только внутри государства, но и на международном уровне⁷.

Особенную актуальность приобретают публичные конкурсы, направленные на решение инновационных и технологических задач⁸.

¹ Напр., Положение Международного конкурса среди молодежи «Высокие технологии и инновационные разработки», проводимого в честь года «Счастливая молодежь с Аркадаг Сердаром» Академией наук Туркменистана, Министерством образования и Центральным советом Молодежной организации имени Махтумкули. Available at: URL: <https://turkmenistan.gov.tm/ru/post/70431/konkurs-nauchnyh-rabot> (дата обращения: 12.07.2023)

² Напр., Конкурс творческих работ «Гимн матери-природы», проводимый Министерством природных ресурсов Республики Узбекистан, Союзом писателей Узбекистана и Союзом композиторов и бастакоров Узбекистана. Available at: URL: <https://eco.gov.uz/ru/site/news?id=3149> (дата обращения: 12.07.2023)

³ Постановление Министерства культуры Республики Беларусь от 15.10.2015 № 50 «Республиканский открытый конкурс исполнителей на оркестровых инструментах имени Е.А. Глебова». Available at: URL: <https://base.spininform.ru/spisdoc.fwx> (дата обращения: 12.07.2023)

⁴ Постановление Кабинета министров Азербайджанской Республики от 15.10.1999 № 165 «Об утверждении Правил проведения конкурсов по архитектуре в Азербайджанской Республике». Available at: URL: <https://base.spininform.ru/spisdoc.fwx> (дата обращения: 12.07.2023)

⁵ Постановление Правительства Республики Таджикистан от 03.06.2013 № 252 «О Порядке государственной регистрации, организации и проведения экспертизы и конкурсов инновационных проектов». Available at: URL: <https://base.spininform.ru/spisdoc.fwx> (дата обращения: 12.07.2023)

⁶ Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан от 13.10.2008 № 226 «Об утверждении Положения о конкурсе «Лучший педагог высшего образовательного учреждения»». Available at: URL: <https://base.spininform.ru/spisdoc.fwx> (дата обращения: 12.07.2023)

⁷ Международный конкурс им. Чайковского и М.И. Глинки (Россия); Международный конкурс имени Арама Хачатуряна (Армения); Международный конкурс имени Бюльбюля (Азербайджан); Международный конкурс государств-участников СНГ «Искусство книги»; Международный телевизионный фестиваль «ТЭФИ-Содружество»; молодежные Дельфийские игры государств-участников СНГ и др.

⁸ Например, Постановление Правительства Российской Федерации от 03.04.2018 № 403 «Об утверждении Правил организации и проведения технологических конкурсов в целях реализации Национальной технологической инициативы и Правил предоставления субсидий из федерального бюджета Фонду поддержки проектов Национальной технологической инициативы на финансовое обеспечение затрат на организацию и проведение технологических конкурсов в целях реализации

С их помощью осуществляются поиск лучших инновационных разработок и цифровых технологий и их последующее внедрение в производство, здравоохранение, образование, сферу социальных услуг в целях реализации приоритетных направлений научно-технологического развития Российской Федерации⁹ и стран СНГ. Указанные обстоятельства свидетельствуют о значимости данного правового института и необходимости исследования правового регулирования обязательств из публичного конкурса в государствах СНГ.

Предметом настоящей статьи является оценка состояния правового регулирования публичного конкурса в национальных законодательствах стран СНГ на соответствие современным потребностям внутреннего развития государств и международного сотрудничества. Выявление пробелов и противоречий в национальных законодательствах, разработка единого подхода к правовому регулированию обязательств из публичного конкурса будут способствовать, с одной стороны, гармонизации и сближению правовых норм национальных законодательств стран СНГ, с другой — соблюдению принципов состязательности и прозрачности конкурса, объективности оценки работ участников, защиты их прав и законных интересов и, как следствие, повышению полезности публичного конкурса.

На основе использования общенаучных методов (сравнение, обобщение, логический метод, комплексный анализ) и специальных правовых методов (формально-юридический, методы толкования правовых норм и правового моделирования), основным из которых является сравнительно-правовой, предлагаются пути упорядочивания правового регулирования обязательств из публичного конкурса, способные оказать положительное воздействие как на отдельные хозяйствующие субъекты стран СНГ, так и на экономику, науку и культуру государств в целом, а также способствовать международному сотрудничеству и обмену передовым опытом решения значимых социально-экономических, культурных и инновационных задач на пространстве Содружества.

Национальной технологической инициативы и о внесении изменения в перечень международных, иностранных и российских премий за выдающиеся достижения в области науки и техники, образования, культуры, литературы, искусства, туризма и средств массовой информации, суммы которых, получаемые налогоплательщиками, не подлежат налогообложению» // СЗ РФ. 2018. № 16 (часть II). Ст. 2362.

⁹ Указ Президента Российской Федерации от 01.12.2016 № 642 «О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 49. Ст. 6887.

1. Понятие, признаки, субъектный состав обязательства из публичного конкурса

Публичный конкурс — проводимое в общественно полезных целях состязание (соревнование) на объявленных условиях, направленное на определение победителя — лица, представившего лучший результат (достижение) — и его награждения. Регулирование обязательств из публичного конкурса осуществляется преимущественно гражданскими кодексами (далее — ГК) стран Содружества. Особенностью их законодательного регулирования в государствах СНГ является различный подход к месту обязательств из публичного конкурса в системе гражданско-правовых обязательств, установленной национальным законодателем, а также регулирование конкурсных отношений без учета особенностей публичного конкурса.

Страны Содружества, чьи гражданские кодексы в части регулирования публичного конкурса идентичны положениям Модельного Гражданского кодекса государств-участников СНГ от 13.05.1995¹⁰ (далее — МГК СНГ), определили обязательствам из публичного конкурса самостоятельное место наряду с иными видами обязательств из односторонних действий (Глава 58 «Публичный конкурс» ГК Республики Армения (далее — Армения); Глава 56 «Публичный конкурс» ГК Республики Беларусь (далее — Беларусь); Глава 48 «Публичный конкурс» ГК Кыргызской Республики (далее — Кыргызстан); Глава 57 «Публичный конкурс» ГК Российской Федерации (далее — Россия); Глава 53 «Публичный конкурс» ГК Республики Таджикистан (далее — Таджикистан); Глава 54 «Публичный конкурс» ГК Республики Узбекистан (далее — Узбекистан)). Другие государства СНГ имеют иное структурное расположение норм о публичном конкурсе в своих гражданских кодексах.

В ГК Республики Казахстан (далее — Казахстан) введена родовая категория «конкурсные обязательства», используемая для обозначения обязательств, возникающих из публичного обещания вознаграждения, и обязательств, возникающих на основе тендера, аукциона и иных форм торгов, установленных законодательными актами Казахстана (ст. 910). При этом понятия «публичный конкурс» законодательство не содержит, оперируя категорией «конкурс» и не раскрывая ее содержания.

Отметим, что в гражданском праве понятие «конкурс» используется в нескольких значениях, каждое из которых имеет специфику.

¹⁰ Available at: URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30075662&doc_id2=30076084#pos=6;-111&sel_link=1000546985_2 (дата обращения: 12.07.2023)

Например, ГК России позволяет выделить публичный конкурс, целью которого является достижение наилучшего результата, и конкурсы-торги, которые ученые, в свою очередь, в зависимости от их целей делят на два подвида: направленные на заключение договоров и на право заключить договор [Брагинский М.И., 2005: 15]. ГК Казахстана разграничивает конкурсные обязательства, возникающие из публичного обещания вознаграждения, и конкурсные обязательства, возникающие на основе торгов, которые, в свою очередь, подразделяются на два вида: тендер и аукцион. Принимая во внимание содержательное наполнение понятия «конкурс», следует считать, что нормы о конкурсе в ст. 910 ГК Казахстана являются нормами общего характера [Ashimova Z.S., 2014: 313], а обязательства из публичного конкурса урегулированы ст. 911–912 ГК — «Публичное обещание вознаграждения», «Отмена публичного обещания вознаграждения».

Вместе с тем для возникновения конкурсного обязательства недостаточно одного публичного обещания вознаграждения, необходимо совершение действий потенциальными участниками — представление на конкурс работ или иных достижений. Поэтому видится принципиально важным при обозначении этого вида обязательств использовать понятие «публичный конкурс», которое вбирает в себя всю совокупность действий, необходимых для возникновения обязательства (обещание вознаграждения за лучший результат, т.е. объявление конкурса, представление работ на конкурс, их оценку и определение победителя).

В ГК ряда государств (Азербайджан, Молдова, Туркменистан) положения об обязательствах из публичного конкурса не имеют самостоятельной главы. Как правило, обязательства из конкурса закреплены одной статьей (ст. 1082 ГК Азербайджанской Республики (далее — Азербайджан), ст. 1961 ГК Республики Молдова (далее — Молдова)) или несколькими (ст. 797–801 ГК Туркменистана), которые расположены в одной главе с обязательствами из публичного обещания награды. Терминология, используемая законодателем, ограничивается категорией «конкурс».

Примечательно, что национальные законодатели определяют конкурс или через публичное объявление о нем (ст. 1082 ГК Азербайджана), как бы подменяя одно понятие другим, или через обещание награды победителю (ст. 797 ГК Туркменистана), что объяснимо генезисом данного вида обязательств — выделением его из обязательства публичного обещания награды, или через оба этих юридических факта в странах, где ГК построены на основе МГК СНГ (Армения, Беларусь, Кыргызстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан).

Безусловно, ядром юридического состава обязательства из публичного конкурса будет являться односторонняя сделка — объявление публичного конкурса, которая имеет как правообразующее, так и регуляторное значение, поскольку определяет содержание будущего обязательства, но без других юридических фактов (представления участниками соответствующих условиям конкурса работ, оценки работ и определения победителей, выдачи победителю конкурса награды) односторонняя сделка не породит возникновения обязательства. Совокупность этих юридических фактов определена в правах и обязанностях сторон публичного конкурса, через поименование которых мы предлагаем выработать унифицированное понятие «публичного конкурса».

Признаки публичного конкурса направлены на отграничение его от других видов конкурса и смежных обязательств. Правоведы выделяют несколько существенных признаков публичного конкурса: состязательность, публичность, направленность на достижение общественно полезных целей [Брагинский М.И., 2005: 3, 5, 55–56]. Признак состязательности, выраженный в направленности конкурса на достижение лучшего результата победителем по сравнению с остальными участниками, зафиксирован в ГК всех стран СНГ. Публичность конкурса, рассматриваемая как обращение к публике, совершенное предусмотренным законом способом, также присутствует в законодательстве всех государств СНГ¹¹. А вот признак направленности публичного конкурса на достижение общественно полезных целей нашел правовое закрепление только в п. 2 ст. 1057 ГК России, в ч. 2 ст. 927 ГК Беларуси. Вместе с тем именно он позволяет правоприменителям отграничивать публичный конкурс от других видов конкурсных обязательств¹². Совокупность указанных признаков публичного конкурса налагает на лицо, объявившее конкурс, обязанность определить в объявлении его существенные условия.

Рассматривая субъектный состав обязательств из публичного конкурса, отметим, что ГК большинства государств СНГ упоминают его стороны при характеристике обязательства из публичного конкурса, определяя их права и обязанности.

¹¹ Пределы публичности при объявлении конкурса могут быть заранее predetermined: возможность объявления открытого (адресованного неопределенному кругу лиц) или закрытого (направленного определенному кругу лиц) публичного конкурса предусмотрена в большинстве стран СНГ.

¹² См., напр.: Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 15.06.2016 № 33-12390/2016 по делу № 2-529/2016 // СПС Консультант-Плюс; Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 21.09.2009 № А57-3584/2009 // СПС Консультант Плюс.

В ГК стран, построенных по образцу МГК СНГ, для обозначения стороны, инициировавшей конкурс, используется понятие «лицо, объявившее публичный конкурс», в ГК Казахстана — «инициатор» (п. 2 ст. 910), ГК Туркменистана — «лицо, назначившее награду» (ст. 799 и 801), в ГК Азербайджана — «лицо, назначившее премию» (ст.1082), в ГК Молдовы — «лицо, обещавшее награду» и «лицо, объявившее конкурс» (ст. 1961). Такое разнообразие понятий указывает на необходимость унификации терминологии, а опора на МГК СНГ позволяет в качестве понятия, обозначающего инициатора конкурса использовать «лицо, объявившее публичный конкурс». Лицо, объявившее публичный конкурс, по общему правилу, делает объявление о конкурсе, определяет его предмет и исходные условия, на которых проводится конкурс, вознаграждает победителей.

Законодатель Казахстана, исходя из различий в моделях организации конкурса, в п. 3 ст. 910 ГК предусмотрел, что предложение принять участие в конкурсе его инициатор может сделать непосредственно или через посредника—организатора конкурса. Таким образом, в конкурсных обязательствах на стороне лица, объявившего конкурс, может участвовать еще один субъект, при этом распределение прав и обязанностей по проведению конкурса между инициатором и организатором конкурса определяется договором между ними. Правоведы отмечают, что организатор вправе выступать от имени инициатора по договору поручения или действовать от собственного имени по договору комиссии, заключенному с инициатором конкурса¹³. При появлении организатора среди субъектов публичного конкурса встает вопрос: кто (инициатор или организатор конкурса) должен выполнять обязанности, возникшие в связи с его объявлением, и кто правомочен осуществлять определенные права (например, изменить условия конкурса, отказаться от его проведения), а главное — как участникам конкурса получить информацию о разграничении между ними прав и обязанностей, чтобы защитить свои права в случае их нарушения путем предъявления иска к надлежащему ответчику.

В ряде ГК стран СНГ упоминается такой субъект конкурсных отношений, как жюри. Например, согласно ст. 1082 ГК Азербайджана жюри, наряду с лицом, назначившим премию, может выдавать приз. Отсутствие указания этого субъекта в ГК других стран можно объяс-

¹³ Сулейменов М.К., Басин Ю.Г. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан (Особенная часть). 2005. Available at: URL: <https://online.zakon.kz/> (дата обращения: 12.07.2023)

нить тем, что правовой статус жюри (конкурсной комиссии) определяется лицом, объявившим публичный конкурс и, как отмечается в доктрине, жюри и организатор конкурса находятся между собой в административно-правовом отношении [Смирнов В.Н., 1964: 43].

Специальных требований к участникам публичного конкурса законодательство стран-участниц не содержит, однако они могут устанавливаться лицом, объявившим конкурс. Круг участников конкурса (конкурсантов) зависит от открытости или закрытости конкурса. В открытом конкурсе предложение инициатора конкурса принять участие в конкурсе обращено ко всем желающим, т.е. к неопределенному кругу лиц. Объявление о закрытом конкурсе направляется определенному кругу лиц по выбору инициатора конкурса. Поскольку конкурс предполагает состязательность участников при выполнении конкурсного задания, то число конкурсантов не может быть менее двух, если большее их число не предусмотрено условиями конкурса, иначе он объявляется несостоявшимся.

Конкурс всегда направлен на выявление победителей. Победителем является лицо, достигшее наилучшего результата. Победитель выбирается из числа участников, и он должен отвечать предъявляемым к ним требованиям. Условиями конкурса может быть прямо предусмотрено выявление как одного, так и нескольких победителей (призеров) конкурса.

Изложенное показывает, что регулирование положения сторон обязательств из публичного конкурса не отличается единообразием терминологии, требует уточнения с позиции круга участников гражданского оборота, которые могут выступать в качестве лиц, объявивших публичный конкурс, или его участников.

2. Объявление публичного конкурса

Объявление о конкурсе является первой и центральной односторонней сделкой в правовой конструкции конкурса. Цель объявления (но не цель конкурса) заключается в привлечении к участию в конкурсе максимального числа лиц, способных решить задачи, обозначенные конкурсом. Как односторонняя сделка, объявление о конкурсе имеет регулятивное значение, именно в нем определяется содержание будущего обязательства приглашаемых к участию в конкурсе лиц, в связи с чем объявление о конкурсе должно содержать его условия. Объявляя публичный конкурс, лицо, его объявляющее, одновременно с этим должно известить об условиях конкурса потенциальных участников.

Условия объявления конкурса в ГК, построенных по образцу МГК СНГ, содержатся в статье «Организация публичного конкурса», и являются идентичными. В число условий конкурса включены существо задания, критерии и порядок оценки результатов работы или иных достижений, место, срок и порядок их представления, размер и форма награды, а также порядок и сроки объявления результатов.

Иначе структурированы положения о порядке объявления и условиях объявления конкурса в остальных государствах СНГ. В частности, в ГК Azerbaijan имеет норму, содержащая понятие конкурса, но полностью отсутствуют требования к размещению в объявлении условий конкурса (ст. 1082). Исключение составляет публичный конкурс, предметом которого является заявление о подаче работ на участие в конкурсе с выдачей приза. Объявление о таком конкурсе имеет силу только если в нем указан срок подачи работ.

В ГК Казахстана общая норма о конкурсных обязательствах определяет, что предложение о конкурсе должно быть сделано инициатором исходя из предмета и условий конкурса (ст. 910). В норме, регулирующей публичное обещание награды, указано, что такое обещание должно содержать условия, предусматривающие существо задания, критерии и порядок представления результатов, размер и форму вознаграждения, а также порядок и сроки объявления результатов (ст. 911). Такие существенные условия публичного конкурса, как критерии и порядок оценки результатов работы или иных достижений, место и срок представления работ не определены.

В ГК Молдовы в качестве обязательного условия в объявлении о конкурсе назван только срок выполнения работы (ст. 1961). В указанной норме нет положений о том, каким образом и в какой момент устанавливается размер награды. При этом в общей норме о публичном обещании награды (ст. 1959) определено, что, если в публичном обещании награды не указан ее размер, он определяется по соглашению сторон с лицом, обещавшим награду, а в случае спора — судебной инстанцией. Аналогичным образом — лицом, объявившим конкурс, либо судом, устанавливается соответствие выполненного действия содержащимся в объявлении требованиям.

Единственное обязательное условие объявления публичного конкурса в виде срока выполнения работ содержит ГК Туркменистана (ст. 797).

Вопрос, насколько необходима правовая регламентация условий объявления конкурса, получает разрешение при анализе содержания каждого из них.

Так, существо задания — требования, предъявляемые к работе или иному результату. Существо задания не следует смешивать с предметом публичного конкурса, который к тому же определен в ГК государств по-разному: «выполнение работы или достижение иных результатов» (ГК стран, регламентировавших эти отношения по образцу МГК СНГ, а также Казахстана), только «выполнение работы» (ГК Туркменистана), «совершение определенного действия» (ГК Азербайджана). Предметом публичного конкурса является совершение определенного действия — выполнение работы или достижение иных результатов, носящих правомерный характер. В правоприменительной практике существо задания чаще всего называют «конкурсным заданием», оно может быть постановкой задачи в виде идеи, темы и формы ее разрешения, либо содержать детализацию признаков, которым должны отвечать результаты решения конкурсной задачи. Без определения существа задания публичный конкурс вряд ли может состояться, поскольку одним из квалифицирующих признаков публичного конкурса как обязательства является его определенность.

Место, сроки и порядок представления работ являются условиями, несоблюдение которых приводит к отклонению кандидатуры потенциального участника либо отказу в приеме его работы (иных результатов), т.е. связано с его правом на вступление в конкурсные правоотношения. Кроме того, указанный срок определяет начало следующего этапа конкурса — оценки результатов.

Критерии и порядок оценки результатов работы или иных достижений необходимы для исключения возможности произвольного определения победителя конкурса, являются базовыми составляющими такого признака публичного конкурса как его состязательность. Размер и форма награды являются существенными условиями конкурса — они во многом влияют на формирование решения потенциальных участников об участии в конкурсе. Порядок и сроки объявления результатов определяют момент завершения конкурсных правоотношений и связаны с возникновением прав на награду и возвратом работ, не удостоенных награды.

Очевидно, что вышеперечисленные условия публичного конкурса порождают правовые последствия для сторон конкурсных правоотношениях, в связи с чем их закрепление в гражданском законодательстве стран-участников предполагалось бы обязательным. При таком подходе вполне обоснованным выглядит установление последствий несоблюдения требования об объявлении условий публичного конкурса одновременно с объявлением конкурса в виде

признания его недействительным [Эрделевский А., 2000: 14]. Судебная практика идет по тому же пути¹⁴.

Анализ правовых актов стран СНГ и правоприменительной практики показал необходимость дополнения вышеуказанного перечня следующими обязательными условиями конкурса: сведения о лице, объявившем публичный конкурс; указание на тот же способ объявления результатов конкурса, что и объявление конкурса; информация о сроках и порядке выдачи награды. Указанные дополнения и уточнения приведут к большей определенности в вопросах организации публичных конкурсов и защите прав их участников.

Так как нынешнее многообразие конкурсов обуславливает и многообразие их условий, возможно закрепить в норме, посвященной объявлению публичного конкурса, права лиц, объявивших публичный конкурс, вырабатывать любые иные не обязательные (факультативные) условия конкурса (например, состав и функции конкурсной комиссии; обязанности членов конкурсной комиссии; условие о предварительной квалификации участников; проведение конкурса в несколько этапов (туров); объявление нескольких победителей и их ранжирование; исключение преимущественного права лица, объявившего публичный конкурс, на заключение договора с автором произведения, удостоенного награды, об использовании его произведения и др.).

Большинство государств СНГ закрепили в ГК положения об открытом и закрытом конкурсе, которые различаются в первую очередь по кругу участников (в открытом конкурсе вправе участвовать любые лица, в закрытом — только лица, заранее определенные лицом, объявившим конкурс). Исключение составляют гражданские кодексы Азербайджана, Молдовы и Туркменистана, где подобные положения отсутствуют. Между тем выделение открытых и закрытых конкурсов предполагается необходимым в силу того, что они имеют различный правовой режим, влияющий, в свою очередь, на регламентацию их организации.

Кроме того, следует обратить внимание на закрепленное в настоящее время в ряде ГК стран СНГ нормативное правило о размещении объявления об открытом публичном конкурсе в «печати» и «иных средствах массовой информации». Неопределенность понятия «в печати» вызывает спорные ситуации в правоприменении, в связи с чем предлагается исключить данный термин из актов, регулирующих во-

¹⁴ Напр., Определение Верховного Суда РФ от 09.09.2009 № 74-Г09-17 // СПС Консультант Плюс.

просы объявления публичного конкурса. Что касается второго способа информирования, то практика показывает, что в подавляющем большинстве случаев объявления о конкурсах размещаются в Интернете на сайтах «организаторов» конкурсов¹⁵, которые посредством массовой информации по национальному законодательству стран СНГ, как правило, не являются¹⁶. С целью снятия ограничений в использовании современных информационных технологий целесообразно сформулировать соответствующие дополнения. Кроме того, следует нормативно закрепить сложившуюся практику размещения объявления публичного конкурса в нескольких источниках, а также определить возможность изменения источника исключительно в случаях, когда размещение в первоначальном источнике объективно утрачено.

ГК всех без исключения государств СНГ не содержат положений об условиях участия в конкурсе, отсутствует такое положение и в МГК СНГ. Между тем подавляющее большинство правоприменительных актов по организации конкурсов предусматривает взносы за участие в конкурсе¹⁷. Взносы при различных наименованиях — «организационные», «целевые», «взносы за участие» являются одним из условий участия в конкурсе. При таком положении право лица, объявившего публичный конкурс, устанавливать взнос за участие в нем, основания и порядок возврата взносов, а также основания отказа в возврате взноса должны найти правовое регулирование. При этом предполагается, что право лица, объявившего публичный конкурс,

¹⁵ Напр., согласно п. 5 Инструкции о порядке организации и проведения Республиканского открытого конкурса исполнителей на оркестровых инструментах Е.А. Глебова, утвержденная Постановлением Министерства культуры Республики Беларусь от 1510. 2015 № 50, информация о проведении данного подлежит размещению исключительно в Интернете на официальных сайтах организаторов — Министерства культуры и «Белорусской государственной академии музыки».

¹⁶ Напр., по Закону Кыргызской Республики от 02.07.1992 № 938-ХІІ «О средствах массовой информации» к ним относятся газеты, журналы, приложения к ним, альманахи, книги, бюллетени, разовые издания, предназначенные для публичного распространения, имеющие постоянные названия, а также телерадиоканалы, кино- и видеостудии, аудиовизуальные записи и программы, выпускаемые государственными органами, информационными агентствами, политическими, общественными и другими организациями, частными лицами.

¹⁷ Напр., Международный творческий конкурс искусств «Victory Day» (28.05.2023, Алматы, Казахстан), организатор Международный детско-юношеский конкурсный проект «Бала Шабыты», устанавливает следующие взносы: с солистов — 15 000 тенге за номер; участники малой формы: дуэт — 8000, трио — 6000, квартет — 5500 с человека за номер; ансамбли от 5 до 10 человек — 5000 за каждого участника, свыше 11 участников — 4 500 с каждого участника и т.д.

устанавливать взнос за участие в нем относится к факультативным условиям объявления конкурса, и взимание взноса возможно только при указании на это в объявлении публичного конкурса.

3. Изменение условий и отмена публичного конкурса

В подавляющем большинстве национальных правовых актов изменение условий и отмена публичного конкурса имеют общее правовое регулирование как в части порядка их объявления, так и в части правовых последствий. Такой подход не совсем оправдан, ибо участник конкурса при изменении условий и отмене конкурса оказывается в разных ситуациях: в первом случае он вправе продолжить участие в конкурсе и достичь цели в виде награды, во втором случае он такой возможности лишается. В связи с указанным правильнее дифференцировать как порядок изменения условий и отмены конкурса, так и правовые последствия, с ними связанные.

Правовое регулирование изменения условий публичного конкурса в ГК стран СНГ имеет несколько вариантов: во-первых, отсутствие положений о возможности изменения условий конкурса (ГК Азербайджана, ГК Казахстана); во-вторых, недопустимость изменений условий, которые могут навредить участникам конкурса (ГК Молдовы, ГК Туркменистана); в-третьих, возможность изменения условий конкурса, но только в течение первой половины установленного для сдачи работ срока и тем же способом, что и объявление о конкурсе (ГК, ориентированные на МГК СНГ — Россия, Кыргызстан, Таджикистан).

При этом если изменение условий конкурса допускается, правовые последствия такого изменения регулируются по-разному. Так, в ГК Армении, Беларуси, России и Узбекистана установлено: 1) в случае изменения условий конкурса лицо, объявившее публичный конкурс, должно возместить расходы, понесенные любым лицом, которое выполнило предусмотренную в объявлении работу до того, как ему стало или должно было стать известно об изменении условий конкурса; 2) если при изменении условий конкурса были нарушены требования о сроках и способах извещения, лицо, объявившее конкурс, должно выплатить награду тем, кто выполнил работу, отвечающую указанным в объявлении условиям.

ГК Кыргызстана предусматривает возмещение убытков, понесенных участником, в случаях нарушения сроков и способа объявления об изменении условий конкурса. ГК Таджикистана предусматривает ответственность в виде возмещения расходов и убытков участникам

конкурса, выполнившим полностью или частично предусмотренную в извещении работу, только при нарушении лицом, объявившим публичный конкурс, сроков и порядка извещения. Общим во всех рассматриваемых ГК является правило, по которому лицо, объявившее конкурс, освобождается от возмещения расходов, если докажет, что работа была выполнена не в связи с конкурсом.

На наш взгляд, при решении вопроса о возможности изменения условий публичного конкурса следует исходить из того, что после его объявления могут объективно возникнуть обстоятельства, непосредственно влияющие на достижение целей конкурса. В таких условиях изменение условий может стать необходимым, в силу чего наделение лица, объявившего конкурс, правом на изменение условий конкурса является вполне обоснованным. Однако это право не может быть абсолютным, в интересах участников конкурса оно должно иметь ограничения. Одним из таких ограничений могло бы стать не только установление срока, в течение которого возможно изменение условий конкурса (в течение первой половины), но и момент поступления на конкурс первой работы или иного результата. Иначе участник, подавший работу без учета внесенных изменений, окажется в худшем положении по сравнению с теми, кто работу или иные результаты еще не подал, и должен будет нести дополнительные расходы на ее (их) изменения. При соблюдении данных условий лицом, объявившим конкурс, отпадает необходимость в установлении для него правовых последствий, поскольку права участников вряд ли можно считать нарушенными (сохраняется возможность участия и половина срока для подготовки работы или иного результата), и его возможный отказ продолжить соревнование в изменившихся условиях является исключительно его волеизъявлением.

Однако в качестве исключения полезно рассмотреть ситуацию, когда в связи с изменением условий конкурса участник утратил интерес или выполнение задания стал считать невозможным. В этих случаях при доказанности указанных обстоятельств участником он вправе рассчитывать на возмещение понесенных им расходов до момента, когда он узнал или должен был узнать об изменениях конкурсных условий.

Имущественная ответственность лица, объявившего публичный конкурс, вероятно, должна наступать, когда им нарушены сроки и способ изменения условий конкурса. При этом предлагается объем ответственности установить в размере расходов, понесенных любым лицом, которое выполнило предусмотренную в объявлении работу прежде чем ему стало или должно было стать известно об измене-

нии конкурсных условий, а также возврат взносов, если они были к тому моменту уплачены за участие в конкурсе. Ответственность, закрепленная в ГК ряда стран СНГ, в виде выплаты награды либо возмещения убытков в этом случае не совсем оправдана, поскольку, во-первых, награда, не обусловленная результатом соревнования, уже таковой не является, и выплаты в этом случае, по сути, представляют собой фиксированную денежную сумму. Во-вторых, выплата награды всем участникам может оказаться в ряде случаев не соизмеримой с самим нарушением (например, при участии в открытом конкурсе неограниченного количества лиц, изъявивших такое желание). В-третьих, убытки, составляющие не только ущерб, но и упущенную выгоду, вряд ли структурно возможны применительно к подготовке работы или иного результата к конкурсу.

Правовое регулирование отмены публичного конкурса также имеет варианты: отмена либо не предусмотрена совсем (ГК Молдовы), либо возможна в течение первой половины установленного для представления работ срока. В последнем случае правовые последствия отмены публичного конкурса те же, что и при изменении его условий.

Из принципа добросовестности и определенности проистекает, что отмена публичного конкурса должна иметь основания, и в качестве таковых возможно закрепить обстоятельства, наступившие независимо от лица, объявившего конкурс. Срок и способ отмены конкурса в данном случае являются обязательными требованиями отмены и могут быть сформулированы аналогично изменениям условий конкурса (за исключением момента подачи первой работы или иного результата в течение первой половины срока конкурса). Что касается правовых последствий, то они также должны быть дифференцированы по условию соблюдения либо несоблюдения порядка отмены конкурса. При соблюдении условий отмены конкурса лицо, объявившее его, обязано возместить фактические расходы участника и вернуть взнос за участие в конкурсе, во втором — в объем имущественной ответственности могут быть включены убытки участника, вызванные отменой конкурса, при доказанности таковых.

4. Подведение итогов конкурса. Выдача награды победителю

Заключительная стадия конкурса — подведение его итогов. Как правило, оно оформляется решением, с принятием которого связывается возникновение у победителя права на награду, а у остальных

участников — права на возврат работ. Решение об объявлении победителя публичного конкурса и выдача ему награды в литературе рассматриваются завершающими юридическими фактами в юридическом составе обязательства из конкурса [Амангельды А.А., 2017: 63]. Необходимо отметить выработанный еще советской цивилистической наукой подход о необходимости разграничения двух этих сделок (решение по результатам конкурса, выдача награды) [Дзегорайтис А.Б., 1969: 6], который, к сожалению, не нашел отражения в гражданском законодательстве стран СНГ.

Государства СНГ акцентировали основное внимание непосредственно на принятии решения по результатам конкурса, называя его «решением о выплате награды», «решением о выплате вознаграждения», «решением о соответствии проводимого в установленный срок конкурса условиям конкурса или об определении победившей в конкурсе работы». Правовое регулирование выдачи награды как односторонней сделки, с которой связывается прекращение обязательства из публичного конкурса исполнением обязанности, практически отсутствует в гражданских кодексах рассматриваемых стран.

Решение об определении победителя конкурса (решение по итогам конкурса) является односторонней сделкой и принимается, как правило, лицом, объявившим конкурс. Поскольку лицо, объявившее конкурс, обязалось выдать награду победителю, то принятие решения по результатам конкурса — это не его право, а его обязанность.

Все законодательства стран СНГ регулируют принятие указанного решения неодинаково. Гражданское законодательство ряда стран, которое выстроено по образцу МГК СНГ — Армении, Беларуси, Кыргызстана, России, Таджикистана, Узбекистана — содержит статью «Решение о выплате награды», устанавливающую, что решение о выплате награды должно быть вынесено и сообщено участникам публичного конкурса в порядке и в сроки, которые установлены в объявлении о конкурсе. Схожее положение есть в ст. 911 ГК Казахстана, посвященной в целом публичному обещанию вознаграждения (публичному конкурсу). Таким образом, гражданское законодательство указанных стран обязывает лицо, объявившее конкурс, к принятию решения в том порядке и в те сроки, которые были заранее установлены в объявлении конкурса и сообщены участникам, что делает процедуры принятия решения прозрачной.

В остальных странах Содружества (Азербайджане, Молдове, Туркменистане) правовое регулирование принятия решения по итогам конкурса сводится к указанию лица, обязанного принять такое

решение. Им является лицо, указанное в объявлении конкурса, а если такое лицо не указано — лицо, объявившее конкурс (ст. 1961 ГК Молдовы, ст. 1082 ГК Азербайджана, ст. 799 ГК Туркменистана). Порядок и сроки принятия решения, порядок и сроки доведения его до участников ГК указанных стран не устанавливают, как и не закрепляют обязанности указывать в объявлении конкурса критериев и порядка оценки конкурсных работ, сроков объявления результатов.

Отсутствие в законах порядка и сроков принятия и объявления решения по итогам конкурса — правовой пробел, поскольку не гарантируются объективность, прозрачность и открытость порядка принятия решения и создается почва для злоупотреблений организатора конкурса, возможность произвольного определения им победителя, не ограниченная ни временем, ни заранее определенными критериями.

Публичность конкурса предполагает не только его публичное объявление, но и публичное информирование участников о результатах конкурса, поэтому на лице, объявившем конкурс, лежит обязанность довести информация о решении до участников конкурса. Некоторые страны СНГ предусматривают обязанность организатора сообщить о решении; порядок и срок сообщения должны быть изначально определены в объявлении публичного конкурса (Армения, Беларусь, Кыргызстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан, Казахстан)¹⁸. Три страны не закрепляют положения об такой обязанности организатора (Азербайджан, Молдова, Туркменистан). Такой подход не отвечает интересам участников конкурса и не обеспечивает достижения целей конкурса. Поэтому в целях публичности конкурса следует нормативно закрепить, что информирование участников о результатах конкурса должно осуществляться тем же способом, что и его объявление, в заранее установленные сроки.

В целом на этом правовое регулирование принятия решения по результатам конкурса исчерпывается. Анализ законодательства государств СНГ свидетельствует о фрагментарности регулирования принятия и доведения до участников решения по итогам конкурса. На

¹⁸ Напр., в Республике Беларусь в Инструкции о порядке проведения конкурса «Лучшая дипломная и научно-исследовательская работа студентов в области менеджмента и контроля качества», утвержденной 17.06.2022. Постановлением Государственного комитета по стандартизации Республики Беларусь № 62 закреплено, что в целях популяризации конкурса, ознакомления заинтересованных с его результатами информация о победителях конкурса размещается в Интернете на сайте Госстандарта и портале «КАЧЕСТВО.БЕЛ». Available at: URL: <https://pravo.by/document/?guid=12551&p0=W22238385> (дата обращения: 12.07.2023)

наш взгляд, регулирование принятия такого решения должно включать положения: о лице, уполномоченном его принимать (им следует считать лицо, объявившее конкурс, если иное лицо не указано в объявлении публичного конкурса); о порядке и сроках принятия решения, которые должны быть заранее определены в объявлении конкурса; форме и способах доведения его до сведения участников; последствиях несоблюдения порядка и сроков принятия решения.

Ни одна из стран СНГ не раскрывает возможных вариантов подведения итогов конкурса, кроме определения победителя, отдавая решение этих вопросов всецело на усмотрение организатора. Соглашаясь с избранным подходом, вместе с тем отметим, что признание конкурса несостоявшимся требует внимания законодателя, поскольку такое решение как и решение об определении победителя имеет ряд правовых последствий и потому нуждается в регламентации.

Несостоявшимся следует считать такой конкурс, который не содержит основного и сущностного признака — состязательности, что не позволяет достичь основной цели конкурса — определения лучшего результата и победителя. Среди оснований признания конкурса несостоявшимся могут быть названы, в частности: по истечению срока не представлено ни одного результата или налицо только один; представлено несколько результатов работ, но одного и того же участника; ни один из результатов не соответствует условиям конкурса и др. Признание конкурса несостоявшимся влечет возникновение у участника права на возврат поданной на конкурс работы.

Решение, принятое по итогам публичного конкурса, которым определен лучший результат, является основанием возникновения у победителя (лица, предоставившего лучший результат) права на награду.

Награда (вознаграждение, премия) как приз, поощрение за лучший результат в конкурсном состязании является центральным элементом конкурсного обязательства. Именно через право на награду и обязанность лица, объявившего конкурс, выдать ее победителю определяется содержание обязательства из конкурса (в некоторых странах — и само понятие конкурса).

Форма награды — один из ключевых вопросов, не имеющих единого решения в национальных законодательствах стран СНГ. В Молдове, Азербайджане, Туркменистане национальное законодательство не оговаривает ни формы, ни характера награды (премии). Страны, чьи ГК опираются на МГК СНГ (Армения, Беларусь, Кыргызстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан, а также Казахстан), предусматривают как выплату вознаграждения, так и выдачу награ-

ды в иной форме. Однако диспозитивный подход законодателя к форме награды не свидетельствует о том, что она может иметь иную, неимущественную форму. Законодательство этих стран, во-первых, использует категорию «выплатить» при определении обязанности организатора конкурса, во-вторых, предусматривает возможность распределения награды между участниками, совместно выполнившими работу. Все это свидетельствует об имущественной характере награды и положение об «иной форме» награды связано с выдачей либо денежного приза, либо иного имущества.

Вывод об имущественном характере награды основан и на научных изысканиях ученых, подход которых доминировал в период разработки и принятия ГК государств СНГ [Иоффе О.С., 1975: 781], а также подтверждается правоприменительной практикой¹⁹.

Вместе с тем подход к характеристике награды как объекту имущественных прав был выработан в иных социально-экономических условиях. Изменение формации общества, экономического строя государств СНГ и, как следствие, развитие отношений в сфере публичного конкурса, когда не только (а порой—не столько) материальное поощрение имеет решающее значение для участника конкурса, позволяет рассматривать нематериальный приз как самостоятельный вид награды в публичном конкурсе. Победа, зафиксированная в грамоте (кубке, медали и т.п.) формирует профессиональную и деловую репутацию участника, особенно в конкурсах в сфере литературы, науки и искусства. Признание лица лучшим в определенной сфере, например, лучшим исполнителем музыкального произведения, имеет порой большее значение, чем материальное вознаграждение. Формирование воли лица на участие в конкурсе в таких случаях, как правило, связано именно с признанием его профессиональных качеств жюри конкурса, также состоящего из специалистов в области конкурсного задания. Поэтому нематериальная форма награды не должна исключать квалификацию отношений как обязательств из публичного конкурса, а правовые предписания не должны ограничивать его организатора в выборе формы приза.

Как указывалось ранее, ни одно из государств СНГ не регламентирует порядка выдачи награды. Законодательства некоторых стран регулирует порядок распределения награды между несколькими участниками, чья совместная работа (иной результата) признана лучшей. В частности, гражданское законодательство стран, которое

¹⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12.12.2013 № Ф04-7165/13 по делу № А46-935/2013 // СПС КонсультантПлюс.

выстроено по образцу МГК СНГ, содержит правило, по которому если указанные в объявлении результаты достигнуты в работе, выполненной совместно двумя или более лицами, награда распределяется в соответствии с достигнутым между ними соглашением. Если соглашение не достигнуто, порядок распределения награды определяется судом. При этом отсутствуют критерии, которыми следует руководствоваться суду.

Вместе с тем не решение об определении победителя влечет прекращение конкурсного обязательства, а именно награждение победившего будет являться надлежащим исполнением и прекращением обязательства. Поэтому недостаточное внимание законодательств стран СНГ к указанному вопросу снижает правовую защищенность участников конкурса в части получения награды, создает организатору конкурса неограниченные возможности задерживать выдачу награды или ставить ее получение под условие²⁰.

Отнесение ГК нескольких стран СНГ (Армения, Беларусь, Кыргызстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан) к существенным условиям объявления публичного конкурса размера и формы награды не решает проблемы, поскольку вопросы порядка и сроков выдачи награды остались вне правового поля и порождают множество споров²¹. Например, в объявлении публичного конкурса творческих работ «Гимн матери-природы» указано, что «призы будут вручены победителям и призерам конкурса накануне 5 июня — Всемирного дня окружающей среды», однако ни место вручения, ни точная дата не указаны²².

Урегулирование порядка и сроков выдачи награды возможно в двух плоскостях: во-первых, путем отнесения этих вопросов к обязательным условиям объявления публичного конкурса, которые должны быть указаны в объявлении, или, во-вторых, путем их определения в решении по итогам конкурса, если выдача награды не осуществляется одновременно с принятием решения. В последнем случае от законодателя потребуется установление ограничений для организатора при свободном определении порядка и сроков выдачи награды своим решением, чтобы интерес победителя к ней не был утрачен.

²⁰ Решение Останкинского районного суда города Москвы от 04.04.2017 по делу № 2-1248/2017 // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Апелляционное определение Томского областного суда от 25.05.2012 по делу № 33-1070/2012 // СПС Консультант Плюс.

²² Конкурс творческих работ «Гимн матери-природы», организуемый Министерством природных ресурсов Республики Узбекистан, Союзом писателей Узбекистана и Союзом композиторов и бастакоров Узбекистана. Available at: URL: <https://eco.gov.uz/ru/site/news?id=3149> (дата обращения: 12.07.2023)

Праву на награду корреспондирует обязанность организатора выдать ее победившему лицу. Поскольку реализация права целиком и полностью зависит от активных действий организатора, неисполнение обязанности последним влечет возможность использования судебного принуждения по исполнению обязательства — победитель имеет право обратиться в суд с требованием о выдаче награды. Неисполнение данной обязанности следует рассматривать как правонарушение, влекущее применение мер ответственности к виновному лицу в виде возмещения убытков и взыскания процентов на за неправомерное пользование чужими денежными средствами, если награда объявлена в денежной форме.

Решением по итогам конкурса с одной стороны является основанием возникновения у победителя права на награду и обязанности организатора ее выдать, а с другой — основанием возникновения преимущественного права организатора на заключение с автором результата интеллектуальной деятельности, победившим в конкурсе, договора на использование его результата. Преимущественное право на заключение договора возникает тогда, когда предмет публичного конкурса составляют произведения науки, литературы или искусства. Законодательства стран, основанные на МГК СНГ, оговаривают возмездный характер будущего договора — «договора об использовании произведения с выплатой ему (победителю) за это соответствующего вознаграждения». В доктрине подчеркивается, что вознаграждение за использование произведения науки, литературы или искусства не включает награду и платится независимо от нее.

В результате сопоставления положений ГК стран СНГ выявляются существенные различия в регулировании преимущественных прав организатора публичного конкурса.

Во-первых, законодательство Молдовы и Туркменистана не связывают возникновение преимущественного права с видом конкурса. При буквальном толковании соответствующих положений можно сделать вывод, что преимущественное право возникает в отношении любого объекта, являющегося предметом конкурса, а не только произведений науки, литературы и искусства. В Азербайджане при системном толковании норм о конкурсе можно сделать вывод, что законодатель ограничивает преимущественное право организатора сферой интеллектуальной деятельности, поскольку используется термин «произведение» (ст. 1082.5 ГК).

Во-вторых, в ГК Азербайджана, Молдовы и Туркменистана преимущественное право возникает в отношении любого участника, не только победителя, как это указано в ГК Армении, Беларуси, Кыргызстана, Казахстана, России, Таджикистана и Узбекистана.

В-третьих, в этих странах преимущественное право организатора возникает только если это прямо предусмотрено условиями конкурса. Наоборот, в странах, гражданское законодательство которых выстроено по образцу МГК СНГ, а также в Казахстане преимущественное право автоматически возникает у организатора с момента принятия решения, если иное не установлено в объявлении публичного конкурса.

Еще одно различие, которое имеет принципиальное значение, связано с характером преимущественного права. В гражданских кодексах Азербайджана, Молдовы и Туркменистана закреплено преимущественное право на приобретение результата выполненной работы в собственность лица, объявившего конкурс, тогда как в остальных странах СНГ у организатора возникает преимущественное право на заключение договора об использовании произведения науки, литературы и искусства.

Ни одно из анализируемых законодательств не ограничивает действия преимущественного права лица, объявившего конкурс, каким-либо временным отрезком. Победитель конкурса (а в некоторых странах — любой его участник) связан преимущественным правом неопределенный период времени, вынужден всегда при заключении договора об использовании результата своей деятельности извещать организатора о намерении заключить такой договор. Отсутствие сроков действия преимущественного права следует рассматривать как недостаток правового регулирования, нуждающийся в устранении. Кроме того, мы считаем необоснованным ограничение сферы действия преимущественных прав организатора только конкурсами в области науки, литературы и искусства. Все большее распространение получают публичные конкурсы в инновационных сферах, направленные на решения технологических задач, когда результат относится к интеллектуальной деятельности, но не является произведением науки, литературы и искусства.

Таким образом, видится оптимальным такое правовое регулирование преимущественного права лица, объявившего публичный конкурс, когда его содержанием является право на заключение договора с автором о использовании его результата интеллектуальной деятельности, удостоенного награды, ограниченное сроком в один год со дня принятия решения по итогам конкурса. Последствиями несоблюдения преимущественного права могут быть как перевод прав и обязанность по заключенному договору на лицо, объявившее конкурс, так и (или) возмещение убытков.

Представление результата задания на конкурс не прекращает права участника на этот объект и не является основанием возникновения прав на него у организатора конкурса, поэтому решение по

итогах конкурса является основанием возникновения обязанности организатора конкурса вернуть участникам их работы.

Законодательство государств СНГ связывает такую обязанность только с работами, не удостоенными награды. Судьба работы победителя в законе умалчивается, что может привести к спорам. Также практически все страны СНГ при регулировании возврата работ допускают возможность предусмотреть в объявлении публичного конкурса иное — когда у организатора не возникает обязанности вернуть работы участникам. Нет такой обязанности и когда характер работы не предполагает его возврата, например, предмет конкурсного состязания неотделим от личности участника. Регулирование возврата работ, не удостоенных награды, осталось без внимания в законодательстве Азербайджана и Туркменистана.

В кодексах всех стран СНГ остаются не урегулированными последствия оставления конкурсных работ у лица, объявившего публичный конкурс, в частности, не ясно — приобретает ли это лицо права на работы, не удостоенные награды, и если да, то какие.

Не менее значимой, требующей правового регулирования в целях защиты прав участников конкурса, является возможность оспаривания решения по итогам конкурса. Кодексы государств Содружества не предусматривают права участника конкурса обратиться в суд с требованием о признании такого решения недействительными; более того, некоторые страны не допускают оспаривания принятого решения, установив прямой запрет (ст.1082 ГК Азербайджана, ст. 1082.3 ГК Молдовы). Вкупе с отсутствием в ГК названных государств обязательных требований к указанию в объявлении о публичном конкурсе порядка и критериев оценки работ невозможность или прямой запрет на оспаривание решения делают правовое регулирование отношений из публичного конкурса не отвечающим гражданско-правовым принципам равенства субъектов гражданских отношений, обеспечения восстановления нарушенных прав.

Как показывает практика, несмотря на отсутствие правовых норм, закрепляющих право участников оспаривать решение по итогам конкурса, такие споры все чаще становятся предметом судебного разбирательства²³. Лица, обращающиеся в суд, выстраивают правовую позицию, основываясь на общих правилах признания сделок недействительными. Вместе с тем основания оспаривания решения по итогам публичного конкурса имеют специфику.

²³ Апелляционное определение Московского городского суда от 14.03.2019 № 33-11038/2019 // СПС Консультант Плюс; Апелляционное определение Московского городского суда от 26.02.2018 по делу № 33-8321/2018 // СПС Консультант Плюс.

Решения по итогам такого конкурса следует признавать недействительными, когда судом установлены нарушения порядка организации и проведения конкурса, например, отсутствие обязательных условий в объявлении конкурса; сообщение недостоверной информации об участнике²⁴, повлекшее его допуск к конкурсу и победу; конфликт интересов членов жюри и участников конкурса и др. При этом недействительность решения имеет место, когда нарушения влияют на достоверность итогов конкурса.

Правовыми последствиями признания решения по итогам конкурса недействительным поэтому следует считать аннулирование итогов конкурса и возврат награды, выданной победителю. Решение суда о признании публичного конкурса недействительным должно быть опубликовано в тех же источниках, что и решение по итогам конкурса. Данное предложение имеет особую значимость, когда награда носит неимущественный характер.

Таким образом, необходимо закрепить в качестве самостоятельного способа защиты прав участника публичного конкурса признание судом решения по итогам конкурса недействительным, если нарушение организации и (или) порядка проведения конкурса повлияло на итоги конкурса. При этом решение не должно признаваться недействительным, если выявленные нарушения при их отсутствии не повлияли на решение.

Оценка правового регулирования и правоприменения на соответствие современным потребностям стран СНГ подтверждает необходимость целостного правового регулирования обязательств из публичного конкурса, что, с одной стороны, будет способствовать достижению единообразия и правовой определенности не только в правотворчестве, но и в правоприменении, и с другой — способствовать гармонизации и унификации правовых норм национальных законодательств стран СНГ в целях соблюдения состязательности и прозрачности публичного конкурса, объективности оценки работ участников, защиты их прав и равенства сторон гражданских отношений.

Заключение

Оценка правового регулирования публичного конкурса современным потребностям и выявленные в ее результате проблемы и

²⁴ Апелляционное определение Московского городского суда от 14.03.2019 № 33-11038/2019 // СПС Консультант Плюс.

противоречия позволила авторам предложить модель правового регулирования публичного конкурса, включающая наряду с имеющимися средствами положения, регулирующие вопросы, оставшиеся вне правового поля. К их числу относятся положения:

определяющие правовой статус инициатора конкурса при его опосредованном через представителя участии;

уточняющие порядок объявления конкурса и перечень обязательных условий объявления;

ограничивающие право лица, объявившего конкурс, на изменение его условий, а также сроки, способы и последствия изменения и отмены конкурса;

определяющие порядок подведения итогов конкурса и информирования участников о его результатах, включая основания и последствия признания конкурса несостоявшимся;

устанавливающие преимущественное право лицо, объявившего конкурс, на заключение с автором договора об использовании его результата интеллектуальной деятельности, удостоенного награды, срок действия этого права и последствия его нарушения;

регулирующие основания и последствия признания конкурса недействительными.

Предложенная модель правового регулирования публичного конкурса может служить ориентиром для государств СНГ при реформировании законодательства в обозначенной сфере и стать базой разработки новых правовых норм как законодательного, так и подзаконного уровней. В странах, где обязательства из публичного конкурса имеют идентичное регулирование — Армения, Беларусь, Кыргызстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан — предложенная модель позволит существенно дополнить правовое регулирование и вывести его на качественно новый уровень; в тех странах, где правовое регулирование этих отношений крайне лаконично — Азербайджан, Казахстан, Молдова, Туркменистан — позволит сформировать правовую основу и детально урегулировать этот институт, отграничив его от смежных видов обязательств.



Список источников

1. Амангельды А.А. Внедоговорные обязательства в праве интеллектуальной собственности // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 8. С. 59–70.
2. Брагинский М.И. Конкурс. М.: Статут, 2005. 77 с.
3. Демкина А.В. (сост.) Теория преддоговорной ответственности в свете реформирования Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Издание Государственной думы, 2013. 128 с.

4. Дзегорайтис А.Б. Конкурс в советском гражданском праве. Автореф. дис... к. ю. н. Л., 1969. 20 с.
5. Добрынина Л.Ю. Некоторые юридические и структурные особенности обязательств, возникающих из публичного конкурса // Российский юридический журнал. 2002. № 2. С. 59–67.
6. Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. 880 с.
7. Каган Е., Суходольский Г. Правовая природа конкурса // Хозяйство и право. 2001. № 3. С. 49–52.
8. Капитанова А.А. Проблемы реализации преимущественного права лица, объявившего публичный конкурс, на заключение с автором произведения договора об использовании произведения // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. 2019. № 1. С. 163–166.
9. Кузнецов Д.В. Правовое регулирование и проведение публичного конкурса // Право и экономика. 2003. № 10. С. 3–8.
10. Смирнов В.Н. Конкурс в советском гражданском праве. Л.: Изд-во ЛГУ, 1964. 75 с.
11. Сулейменов М.К., Басин Ю.Г. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан. 2005. Available at: URL: <https://online.zakon.kz/> (дата обращения: 12.07.2023)
12. Ходыкин Р. Публичный конкурс–односторонняя сделка // Хозяйство и право. 2001. № 7. С. 36–37.
13. Эрделевский А.М. Публичный конкурс // Законность. 2000. № 8. С. 13–16.
14. Ashimova Z.S. Particulars of the competitive obligations in the civil legislation of the Republic of Kazakhstan. *Life Sci Journal*, 2014, no. 11, pp. 312–316.
15. Mukaldyeva G.B., Urisbaeva A.A., Alkebaeva Z.A. Legal features of competitive obligations under the civil law of Kazakhstan. *Journal of Actual Problems of Jurisprudence*, 2021, no.1, pp. 24–37.



References

1. Amangeldy A.A. (2017) Non-contractual obligations in intellectual property law. *Intellectualnaya sobstvennost*=Intellectual Property, no. 8, pp. 59–70 (in Russ.)
2. Ashimova Z.S. (2014) Particulars of competitive obligations in the civil legislation of the Republic of Kazakhstan. *Life Sci Journal*, no.11, pp. 312–316.
3. Braginsky M.I. (2005) Competition. Moscow: Statute, 77 p. (in Russ.)
4. Dzegoraitis A.B. (1969) Competition in Soviet civil law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Leningrad, 20 p. (in Russ.)
5. Dobrynina L. (2002) Legal and structural features of obligations arising from a public competition. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 2, pp. 59–67 (in Russ.)
6. Erdelevsky A.M. (2000) Public competition. *Zakonnost*=Legality, no. 8, pp. 13–16.
7. Ioffe O.S. (1975) Law of obligations. Moscow: Juridicheskaya literatura, 880 p. (in Russ.)
8. Kagan E., Sukhodolsky G. (2001) The legal nature of the competition. *Khoziaistvo i pravo*=Economy and Law, no. 3, pp. 49–52 (in Russ.)

9. Kapitanova A.A. (2019) Realizing pre-emptive right of person announced public competition for a contract on the use of the author work. *Vestnik akademii MVD Belarusi*=Bulletin of the Academy of Internal Ministry of Belarus, no. 1, pp. 163–166 (in Russ.)
10. Khodykin R. (2001) Public competition is a unilateral transaction. *Khoziaistvo i pravo*=Economy and Law, no. 7, pp. 36–37 (in Russ.)
11. Kuznetsov D.V. (2003) Legal regulation and holding of a public competition. *Pravo i ekonomika*=Law and Economics, no. 10, pp. 3–8 (in Russ.)
12. Mukaldyeva G.B., Urisbaeva A.A., Alkebaeva Z.A. (2021) Competitive obligations under the civil law of the Republic of Kazakhstan. *Journal of Actual Problems of Jurisprudence*, no. 1, pp. 24–37.
13. Smirnov V.N. (1964) Competition in Soviet civil law. Leningrad: University, 75 p. (in Russ.)
14. Suleimenov M.K., Basin Yu.G. (2005) Commentary to the Civil Code of Kazakhstan. Available at: URL: <https://online.zakon.kz/> (accessed: 12.07.2023)
15. The theory of pre-contractual liability and reform of the Civil Code of the Russian Federation (2013) A.B. Demkina (ed.). Moscow: State Duma, 128 p. (in Russ.)

Информация об авторах:

Т.С. Гусева — доктор юридических наук, профессор.

М.В. Казакова — кандидат юридических наук, доцент.

Е.А. Низамова — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the authors:

T.S. Guseva –Doctor of Sciences (Law), Professor.

M.V. Kazakova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

E.A. Nizamova — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 15.08.2023; одобрена после рецензирования 16.01.2024; принята к публикации 25.03.2024.

The article was submitted to editorial office 15.08.2023; approved after reviewing 16.01.2024; accepted for publication 25.03.2024.

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

Журнал включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science**. Журнал внесен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale.

АВТОРАМ

ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ ТЕКСТА СТАТЕЙ

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное содержание

(предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Д.Л. Комягин*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 03.09.2024. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,87. Тираж 200 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42