

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)
Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)
В.Э. Батлер (Университет Пенсильвании, США)
Н.А. Богданова (МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)
В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)
А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)
Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)
Ю.В. Грачева (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)
Ч. Го (Китайский университет политических наук и права, Китай)
Д. Дюмортье (Лувенский Католический университет, Бельгия)
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)
С. Кхандерия (Глобальный университет имени О.П. Джиндала, Индия)
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. Рарог (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)
А.Х. Саидов (Академии наук, Узбекистан)
В.А. Сивилицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)
Е.А. Суханов (МГУ им. М.Ю. Ломоносова, РФ)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)
Г.Г. Шинкарецкая (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
<https://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117312, Москва,
ул. Вавилова, д. 7
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id@hse.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2025

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2025



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

Э.В. Талапина

Прозрачность алгоритмов искусственного интеллекта 4

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

П.П. Кабытов, Н.А. Назаров

Прозрачность государственного управления в условиях автоматизированного принятия решений 28

Д.А. Новиков

Регулирование рабочего времени работников цифровых платформ: от правовых пробелов к алгоритмическим решениям 56

Е.О. Крассов

Правовой характер заявки и технических условий по договору о технологическом присоединении в электроэнергетике 81

Н.В. Ростовцева

Фактическое принятие наследства несовершеннолетним наследником: реализация и правовые последствия 107

О.А. Малышева

Судебное обжалование в досудебном уголовном производстве: пределы и порядок 133

Право в современном мире

А.И. Щукин

Инструменты антисанкционного регулирования в глобальном трансграничном пространстве 154

Ю.С. Ромашев

Устные международные договоры в российской правовой системе 181

Г.Г. Шинкарецкая

Развитие международного морского права после Конвенции 1982 года 205

С.В. Одинцов, М.С. Грибановская

Цифровые активы в личном банкротстве: опыт Австралийского Союза 226

А.С. Федоров

Регулирование отношений контролирующего и подконтрольного обществ, основанных на договоре 252

А.В. Pokrovskaya

Liability for Indirect Trademark Infringements in E-Commerce Platforms 278

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)

N.A. Bogdanova (Lomonosov
Moscow State University, RF)

W.E. Butler (Pennsylvania State
University, USA)

J. Dumortier (KU Leuven,
Belgium)

I.A. Emelkina (the Russian
Academy of National Economy
under the President of the
Russian Federation, RF)

T. Endicott (University
of Oxford, UK)

N.Y. Erpyleva (HSE, RF)

A.V. Gabov (Institute of State
and Law of the Russian Academy
of Sciences, RF)

G.A. Gadjev (HSE, RF)

Yu.V. Gracheva (HSE, RF)

Z. Guo (China University
of Political Science and Law,
China)

V.B. Isakov (HSE, RF)

A.A. Ivanov (HSE, RF)

S. Khanderia (Jindal Global
University, Sonipat, India)

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)

A.Kh.Saidov (Academy
of Sciences of Uzbekistan,
Republic of Uzbekistan)

G.G. Shinkaretskaya
(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)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitskiy 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

3/2025



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

E.V. Talapina

Transparency of Artificial Intelligence Algorithms 4

Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments

P.P. Kabytov, N.A. Nazarov

Transparency of Public Administration in Context
of Automated Decision-Making 28

D.A. Novikov

Regulating Working Hours of Digital Platform Workers:
from Legal Gaps to Algorithmic Solutions 56

E.O. Krassov

Legal Nature of Application and Technical Specifications under
Contract on Technological Connection with Electric Power Industry. . . . 81

N.V. Rostovtseva

Actual Acceptance of Inheritance by a Minor Heir:
Realization and Legal Consequences 107

O.A. Malysheva

Judicial Appeal in Pre-Trial Criminal Proceedings:
Limits and Procedure 133

Law in the Modern World

A.I. Shchukin

Tools of Anti-Sanction Regulation in Global Cross-Border Space. 154

Y.S. Romashev

Oral International Treaties in the Russian Legal System. 181

G.G. Shinkaretskaya

Development of the Law of Sea after the UNCLOS 1982 205

S.V. Odintsov, M.S. Gribanovskaya

Digital Assets in Personal Bankruptcy: Experience
of the Commonwealth of Australia 226

A.S. Fedorov

Regulation of Relations between Controlling and Controlled
Companies under the Contract 252

A.V. Pokrovskaya

Liability for Indirect Trademark Infringements
in E-Commerce Platforms 278

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: 349

JEL: K3

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.4.27

Прозрачность алгоритмов искусственного интеллекта



Эльвира Владимировна Талапина

Институт государства и права РАН, Россия, Москва 119019, Знаменка, 10,
talapina@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3395-3126>



Аннотация

В эпоху активного освоения искусственного интеллекта (ИИ) перед юристами встает вопрос, как решить проблему «черного ящика», непонятности и непредсказуемости решений, принимаемых искусственным интеллектом. Разработка правил, обеспечивающих прозрачность и понятность алгоритмов ИИ, позволяет вписать его в классические правоотношения, устраняя угрозу институту юридической ответственности. В частном праве защита потребителей перед лицом крупных онлайн-платформ выдвигает прозрачность алгоритмов на первый план, меняя само обязательство по предоставлению информации потребителю, которое теперь описывается формулой «знать + понимать». Аналогично и в праве публичном — государства не в состоянии должным образом защитить граждан от вреда, причиняемого зависимостью от алгоритмов при оказании государственных услуг. Противопоставить этому можно только знание и понимание функционирования алгоритмов. Требуется принципиально новое регулирование, позволяющее ввести использование искусственного интеллекта в легальные рамки, в которых следует формулировать требования к прозрачности алгоритмов. Эксперты активно обсуждают создание нормативной базы для формирования системы наблюдения за внедрением и использованием технологий ИИ. Разрабатываются меры «политики алгоритмической подотчетности», фреймворк «Прозрачность через проектирование» с акцентом на постоянном взаимодействии с заинтересованными сторонами и организационной открытости, обосновывается внедрение объяснимых систем ИИ. В целом предлагаемые подходы к регулированию ИИ и обеспечению прозрачности схожи, равно как и прогнозы о смягчающей роли прозрачности алгоритмов ИИ в вопросах доверия к ИИ. Интересна концепция «алгоритмического суверенитета», относящаяся к способности государства управлять разработкой,

развертыванием и воздействием систем ИИ в соответствии с собственными правовыми, культурными и этическими нормами. Обеспечение прозрачности алгоритмов ИИ — направление общей политики управления в области ИИ, важнейшей частью которой является этика ИИ. Несмотря на кажущуюся универсальность, этика ИИ не всегда учитывает все разнообразие этических конструкций в разных уголках мира, что демонстрирует африканский пример и опасения алгоритмической колонизации.



Ключевые слова

алгоритм; искусственный интеллект; этика искусственного интеллекта; прозрачность; доверие; подотчетность; ответственность.

Для цитирования: Талапина Э.В. Прозрачность алгоритмов искусственного интеллекта // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 4–27. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.4.27

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Transparency of Artificial Intelligence Algorithms



Elvira V. Talapina

Institute of State and Law, 10 Znamenka St., Moscow 119019, Russian Federation,
talapina@mail.ru

<https://orcid.org/0000-0003-3395-3126>



Abstract

In the modern era of active development of artificial intelligence (AI), lawyers are faced with the question: how to solve the “black box” matter, the incomprehensibility and unpredictability of decisions made by artificial intelligence. The development of rules ensuring transparency and explainability of AI algorithms allows artificial intelligence to be integrated into classical legal relations, eliminating the threat to the institution of legal liability. In Private Law consumer protection in front of large online platforms brings the algorithms transparency to the forefront, changing the very obligation to provide information to the consumer, which is now described by the formula: know + understand. Similarly, in Public Law, states are unable to properly protect citizens from harm caused by dependence on algorithmic applications in the provision of public services. It can only be countered by knowledge and understanding of the functioning of algorithms. A fundamentally new regulation is required to introduce the artificial intelligence use into a legal framework in which requirements for the transparency of algorithms should be formulated. Researchers are actively discussing creation of a regulatory framework for the formation of a system of observation, monitoring and preliminary permission for the AI technologies use. The paper analyzes “algorithmic accountability policies” and a “Transparency by Design” framework (problem solving throughout the entire AI

development process) and the implementation of explainable AI systems. Overall, the proposed approaches to AI regulation and transparency are quite similar, as are the predictions about the mitigating role of AI algorithm transparency in matters of trust in AI. The concept of “algorithmic sovereignty” which refers to the ability of a democratic State to govern the development, deployment, and impact of AI systems in accordance with its own legal, cultural, and ethical norms, is also analyzed. This model is designed for the harmonious coexistence of different states, leading to an equally harmonious coexistence between humanity and AI. At the same time, ensuring the AI algorithms transparency is a direction of the general AI governance policy, the most important part of which is AI ethics. Despite its apparent universality, artificial intelligence ethics does not always take into account the diversity of ethical constructs in different parts of the world, as the African example demonstrates as well as fears of algorithmic colonization.



Keywords

algorithm; artificial intelligence; AI ethics; transparency; trust; accountability; liability.

For citation: Talapina E.V. (2025) Transparency of Artificial Intelligence Algorithms. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 4–27. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.4.27

Введение

Современная стадия технологического развития общества уникальна — мы уже сосуществуем в повседневной жизни с искусственным интеллектом (далее — ИИ), наблюдаем непосредственно его преимущества и минусы, пытаемся сформировать свою точку зрения и отношение на собственном индивидуальном уровне. В то же время на государственном уровне идет конкуренция за «обуздание» ИИ, предполагающее одновременно его развитие и использование по правилам. Правил, которых пока нет. Освоение ИИ до сих пор остается «серой зоной», в которой действие традиционного права ограничено (специально или фактически); формирование нормативного контура происходит медленно и осторожно, оно требует тесного взаимодействия с техническими специалистами. Одна из нерешенных пока проблем — проблемы «черного ящика», непонятности и непредсказуемости решений, принимаемых ИИ. Право движется по пути установления правил разработки и применения алгоритмов ИИ, обеспечивающих прозрачность и понятность, поскольку это позволяет обнаружить ошибки и отклонения, обжаловать и исправить их, привлечь к ответственности виновных, и тем самым вписать ИИ в классические правоотношения. Полезно рассмотреть, какие пути предлагает современная наука в деле обеспечения прозрачности алгоритмов ИИ.

1. В поисках баланса публичного и частного права

В вопросах прозрачности и открытости информации публичное и частное право давно конкурируют. С одной стороны, частное право заинтересовано в сохранении закрытости, установлении режима тайн, конфиденциальной информации и пр., с другой — защита прав потребителей диктует необходимость раскрывать определенные виды информации. Публичное право в свою очередь тоже поощряло склонность государства хранить информацию «при себе», в глубинах бюрократического аппарата. Однако административные реформы побудили бюрократию к переменам, внедряя политику открытости в деятельность государственных органов. Технологические изменения выступили катализатором всех этих процессов, в результате которых изменились и площадка, и форма сообщения информации, а также быстрота ее обращения, расширились возможности верификации. На данной стадии технологического развития, характеризуемой активным использованием алгоритмов ИИ, вопросы правомерности и этичности его применения выдвигаются на первый план.

Первоначально прозрачность алгоритмов заботила частное право, имея в виду защиту потребителей перед лицом крупных онлайн-платформ. Изначально, до эпохи алгоритмов ИИ, в основе отношений потребителей и бизнеса лежала классическая экономическая теория, рассматривающая потребителя как рационального экономического субъекта, способного совершить верный выбор. Для этого профессиональный продавец должен сообщить потребителю всю необходимую информацию, что долгое время и делалось в рамках информационной прозрачности в отношениях типа B2C [Sposini L., 2024: 2]. В нормативном плане это нашло отражение в законодательстве о защите прав потребителей, содержащем целый диапазон правовых решений потенциальных и реальных потребительских споров, центральным элементом которых выступает информация.

Однако вскоре было подмечено, что человек не настолько рационален, как это может показаться, и на его выбор влияют социальный контекст, окружающая среда, предубеждения и др., что в результате может сделать выбор неудачным. В 1978 году Герберт Саймон разработал теорию ограниченной рациональности, в которой подчеркивается, что эмоциональная составляющая при принятии решения действует раньше рациональной. В наши дни другой нобелевский лауреат по экономике — Ричард Талер получил премию за теорию новой поведенческой экономики, противопоставленную теории эффективного рынка, доказав иррациональность человеческого

поведения в казалось бы очевидных экономических ситуациях. Поведенческая экономика стала мейнстримом, хотя, по утверждению самого Талера, «процесс развития обогащенной версии экономической науки, в центре внимания которой просто Люди, еще далек от завершения» [Талер Р., 2018: 355]. Для юристов такой экономический тренд означает отказ от доминантной призмы рациональной эффективности при разработке и анализе правовых норм. Если добавить в эту смесь технологический компонент, получим еще одно подтверждение нового тренда в виде человекоцентричности использования технологий, повсеместно провозглашаемой в числе принципов применения ИИ. Таким образом, человек как существо иррациональное возвращается в центр внимания разных наук.

В плане отношений с потребителями указанные тенденции побуждали к разработке алгоритмов ИИ, способных предсказывать и предугадывать черты характера пользователей, чтобы затем использовать их для персонализации предложений с высокой степенью внушаемости. Если смотреть на это шире, то речь идет о глобальной тенденции к персонализации отношений, в которых используется ИИ, в том числе в сфере публичного права. О персонализации коммерческих услуг известно немало, но не следует оставлять без внимания и персонализацию услуг государственных.

Индивидуальное предложение продукта или услуги — многоступенчатый процесс. Сначала алгоритмы собирают данные, которые пользователь предоставляет (при согласии с условиями договора или при регистрации) в качестве «встречного обязательства» за использование услуг провайдера. На деле собираются не только данные, поставленные с согласия, поскольку алгоритмы также изучают следы, неосознанно оставленные пользователями во время интернет-серфинга (например, время, на которое курсор компьютерной мыши застыл на продукте прежде совершения покупки). Это выходит далеко за рамки классической массовой коммуникации, направленной на анонимную массу получателей, поскольку компании адаптируют продукты и услуги к потребностям и желаниям каждого потребителя.

Алгоритмы обрабатывают собранные персональные данные для анализа поведения и предпочтений потребителей и таким образом создают их цифровые профили. Этот путь не лишен отклонений, поскольку помимо угадывания поведения алгоритмы способны целенаправленно использовать уязвимости пользователей и манипулировать ими (как это произошло в известном кейсе с манипуляцией новостной лентой миллионов пользователей посредством

изменения эмоционального содержания постов¹). И хотя упомянутому кейсу уже десять лет, государства как регуляторы до сих пор не нашли действенных механизмов для предотвращения подобных злоупотреблений.

Очевидно, в частном праве обязательство сообщения информации потребителю меняется — речь должна идти не только о том, чтобы пользователь знал все элементы информации, необходимые для выбора, но и о действительном их понимании (формула «знать + + понимать»). Можно формально обеспечить прозрачность, забросав потребителя как можно большими объемами информации, однако цель состоит в качестве этой информации. Уже на данной стадии исследования можно обозначить элементы, составляющие контур алгоритмической прозрачности — достоверная информация, изложенная понятно и своевременно. Начинается прозрачность с того, что человек всегда знает о применении в отношении него алгоритмов.

Проблема, обнаруженная в практике частного права, находит все больше подтверждений и в практике публичного права. Государства часто не в состоянии должным образом защитить граждан от вреда, причиняемого зависимостью от алгоритмических приложений при оказании государственных услуг. Можно привести множество примеров неудачных технологических новаций в сфере государственных услуг. Так, в Нидерландах получатели пособий по уходу за детьми были ложно обвинены в мошенничестве на основе модели определения рисков [Rachovitsa A., Johann N., 2022: 2–3]. Аналогичным образом, программа Robodebt в Австралии ложно приписывала гражданам долги на основе автоматически рассчитанных выплат². Ложные обвинения и последующие суровые наказания могли привести и в некоторых случаях привели к серьезному ущербу невиновных граждан, вплоть до разрушения их жизни, одновременно являясь серьезным нарушением прав человека.

Если государственные органы используют алгоритмы ИИ для повышения эффективности работы или решения политических задач, их институциональные и административные практики также подвергаются изменениям. Например, практики изменяются за счет непрозрачности или изменения динамики власти. Разрабатываемые в сфере оказания государственных услуг алгоритмы ИИ могут затруднять индивидуумам построение собственных прогнозов и

¹ Available at: URL: <https://www.forbes.ru/tekhnologii/internet-i-svyaz/261401-eksperiment-tsukerberga-kak-facebook-protestirovala-emotsii-700> (дата обращения: 10.08.2025)

² Royal Commission into the Robodebt Scheme. Report (2023). Available at: URL: <https://robodebt.royalcommission.gov.au/publications/report> (дата обращения: 10.08.2025)

понимание, например, путем автоматизации определения размера социальных выплат. Серьезную угрозу может нести смещение дискреционных полномочий от государственного служащего к разработчику алгоритмов ИИ. В целом обозначается опасность устоявшегося баланса власти и отношениям между гражданами и ее органами, поскольку при автоматизированном принятии решений государственные органы могут перекладывать ответственность за подтверждение правомочности и получение льгот на самих граждан.

Традиционное право не позволяет решить указанные проблемы — ни частное, ни публичное. Очевидно, требуется принципиально новое регулирование, позволяющее ввести использование ИИ в легальные границы. Именно в рамках такого регулирования логично формулировать требования к прозрачности алгоритмов.

2. Риски использования искусственного интеллекта и пути его регулирования

Итак, развитие технологий, способных распознавать человеческие эмоции и использовать их для управления поведением потребителей, требует соответствующего законодательства для обеспечения надежной системы, уважающей устоявшиеся фундаментальные ценности.

Нужно сказать, что постепенно в мире выстраиваются подходы к регулированию ИИ, пока на национальном или региональном уровне. Одни исследователи выделяют следующие модели: регулирование, основанное на правах человека в Европейском союзе, централизованный контроль в Китае и невмешательство и минимальные ограничения в США. Каждый подход предлагает разные приоритеты: прозрачность, безопасность или инновации, но в совокупности наблюдается отсутствие единой глобальной системы управления в области ИИ [Badawy W., 2025: 4403].

Другие исследователи добавляют, что в Азиатско-Тихоокеанском регионе наблюдается разнообразие: если Китай придерживается государственного подхода, используя ИИ для социального управления и государственной безопасности, то такие страны, как Сингапур и Япония, сосредоточены на ответственной разработке ИИ, балансируя между этикой и технологическим прогрессом. В сингапурской модели ИИ-управления повышенное внимание уделяется подотчетности и прозрачности, в то время как в Японии принципы ИИ, ориентированные на человека, делают акцент на инклюзивности и этичном использовании. Австралия аналогично придерживается

проактивного подхода в своей системе этики ИИ, уделяя большое внимание прозрачности, справедливости и предотвращению дискриминации, соответствию этическим принципам и содействию инновациям. Эти региональные различия отражают глубинные геополитические предубеждения: Европа отдает приоритет этическим стандартам, США — инновациям и рыночной свободе, а страны Азиатско-Тихоокеанского региона — балансу между государственным контролем и экономическим развитием. Австралийская система, в которой особое внимание уделяется как этическим стандартам, так и инновациям, предлагает золотую середину [Batoool A. et al., 2025: 3271].

Проводя анализ национальных стратегий, утвержденных США, Китаем, Индией, Великобританией, Германией и Канадой, а также нормативных актов и кодексов поведения, в доктрине говорят о трех основных подходах в отношении ИИ: это «мягкое право», экспериментальные правовые режимы (ЭПР) и техническое регулирование. Делается вывод, что подавляющее большинство стран, включая Россию, выбрали «мягкое право» (кодексы поведения, декларации), которое обеспечивает гибкое регулирование без чрезмерных административных барьеров. При этом отмечается, что экспериментальные правовые режимы имеют решающее значение для валидации приложений ИИ, позволяя тестировать технологии в контролируемой среде [Buriaga V.O., Djuzhoma V.V., Artemenko E.A., 2025: 50–68] .

По какому бы пути ни развивалось регулирование ИИ, его неизбежность очевидна. Важно понять, как в это регулирование встроить требования к прозрачности алгоритмов. В качестве потенциального средства защиты потребителей—пользователей эксперты активно обсуждают создание нормативной базы для формирования системы наблюдения, мониторинга и предварительного разрешения на использование технологий ИИ. Для принятия обоснованных решений о безопасности и надежности продукции эти механизмы требуют анализа конфиденциальной информации поставщиков, например, программного обеспечения и наборов данных для обучения технологии ИИ.

По этой причине неизбежно обозначается противоречие между коммерческими интересами поставщиков в сохранении тайны их технологий, с одной стороны, и общественными интересами в справедливой, прозрачной и подотчетной нормативной среде, с другой. Очевидно, что демократический контроль над государственными решениями может осуществляться только через доступ общественности к документации, хранящейся в государственных органах [Spina Alì G., Yu R., 2021: 5–6]. В то же время в частноправовых отно-

шениях существует больше возможностей договорного обеспечения конфиденциальности информации, не препятствующего общему режиму прозрачности.

Другая проблема — контроль над содержанием алгоритмов ИИ, чтобы предотвратить риски и ошибки, которым подвержено его использование. Примеров ошибок, совершаемых ИИ в разных сферах, накопилось уже достаточно — доказано, что такие системы втрое чаще ошибаются при отказе в государственных пособиях гражданам, имеющим на это право, или при принудительном взыскании незаконных долгов с налогоплательщиков. Причина — плохое проектирование алгоритмов. ИИ не только далеко не безошибочен, он способен обучаться и изменяться без ведома программистов (т.е. отличается непредсказуемостью). Причем ошибки ИИ гораздо опаснее, чем человеческие, — это массовость, дискриминация, самовоспроизводство предубеждений и стереотипов, наконец, в большей степени неконтролируемость и невозможность обжалования решений ИИ.

Многочисленные доказательства того, что инструменты на основе ИИ далеки от совершенства в вопросах прозрачности, подотчетности, манипулирования, публичности и справедливости алгоритмических решений [Han S.J., 2025: 2], побуждают некоторых специалистов к описанию негативных последствий деятельности ИИ как «оружия математического разрушения» [O'Neil C., 2016]. Автор этого термина О'Нил описывает ИИ как абстрактные компьютерные модели, которые используются для вынесения суждений на основе несовершенных статистических моделей, часто с катастрофическими последствиями для тех, на кого эти суждения влияют. Логика, лежащая в основе оружия математического разрушения, непрозрачна для всех, кроме программиста, пишущего алгоритм, и специалиста по изучению данных, создающего модель. Это оружие — самоисполняющиеся пророчества, лишённые значимого способа учиться на ошибках, которые они допускают в моделировании мира. Вместо этого они создают петли обратной связи, которые парадоксальным образом делают их неверные прогнозы неизбежными. Алгоритмы используются: для отказа в кредите кредитоспособным лицам; в таргетировании коммерческими колледжами рекламы для охвата групп риска; они создают статистическую путаницу корреляции с причинно-следственными связями в алгоритмах, применяемых страховой индустрией. Кроме того, вызывает беспокойство роль алгоритмов в конструировании нашей гражданской жизни с помощью социальных сетей. В книге О'Нила показано, как алгоритмы наказывают, в частности, низкодходных граждан, а также пагубно влияют на общество в целом.

Приведенное описание — крайность, во всяком случае, хочется так думать. Человечество надеется «обуздать» алгоритмы именно путем регулирования их разработки и использования. Обычно сбои зависят либо от недостатков в разработке алгоритмов, либо от наборов обучающих данных. В отличие от традиционных вычислений алгоритмы ИИ обладают способностью к самомодификации на основе опыта, подобно биологическому мозгу, совершенствуясь со временем. Это происходит с помощью вычислительных техник, таких как обратное распространение, которое позволяет алгоритму вернуться от нежелательного результата к истокам ошибки и улучшить процесс с этого момента.

Кроме того, в процессе использования ИИ необходимо тщательно фиксировать и анализировать любые отклонения и ошибки. В частности, уже создаются инструменты для оценки рисков применения систем ИИ. Например, Лаборатория компьютерных наук и искусственного интеллекта Массачусетского технологического института опубликовала репозиторий рисков ИИ³, который состоит из трех частей: база данных, охватывающая более 700 выявленных рисков; аналитический инструмент, объясняющий, как, когда и почему возникают эти риски; подсистему, которая классифицирует эти риски. В данном репозитории выделено семь категорий рисков: 1) дискриминация и токсичность; 2) защита персональных данных и безопасность; 3) дезинформация; 4) злоупотребление технологией; 5) взаимодействие человека и компьютера; 6) социально-экономический и экологический ущерб; 7) безопасность системы ИИ, сбои и ограничения.

Схема регулирования использования ИИ довольно стандартна. Как любое регулирование, оно будет состоять из двух этапов. Первый — установление новых правовых стандартов, в которые закладывается соблюдение прав человека, требования к обучающим данным и др. Второй этап связан с соблюдением стандартов, что включает механизмы прозрачности и доступности для обеспечения соответствия поставщиков ИИ. Речь идет об ответственности автоматизированных процессов принятия решений, возможности предотвратить потенциально вредные действия и исправить любой источник неравноправного, незаконного или нежелательного поведения.

Уместно привести в качестве иллюстрации одну из попыток глобального исследования, посвященного анализу первой волны алго-

³ AI Risk Repository. Available at: URL: <https://airisk.mit.edu/> (дата обращения: 10.08.2025)

ритмической подотчетности в государственном секторе. Его провели совместно Институт Ады Лавлейс (Ada Lovelace Institute), Институт искусственного интеллекта (AI Now Institut) и партнерство Открытое правительство (Open Government Partnership)⁴. Исследователи структурируют данный отчет через шесть ключевых уроков:

Четкие институциональные стимулы и обязательная правовая база могут поддержать последовательное и полезное внедрение механизмов подотчетности, подкрепленное репутационным давлением, благодаря освещению в СМИ и активности гражданского общества.

Алгоритмические политики подотчетности должны четко определять объекты управления, а также установить общую терминологию для всех государственных ведомств.

Установление соответствующей сферы применения политики способствует ее принятию. Подходы к определению сферы применения, распределение по уровням риска, должны быть усовершенствованы, чтобы предотвратить недостаточность охвата или же его чрезмерность.

Механизмы политики прозрачности должны быть подробными и соответствовать аудитории, чтобы обеспечить подотчетность.

Участие общественности поддерживает политику, отвечающую потребностям затронутых сообществ. В политике участие общественности должно быть приоритетной целью, подкрепленной соответствующими ресурсами и официальными стратегиями.

Политика выигрывает от институциональной координации между секторами и уровнями управления для последовательности в применении и использовании разнообразного опыта.

В цитируемом исследовании термин «политика алгоритмической подотчетности» используется для обозначения совокупности мер, направленных на то, чтобы лица, создающие, покупающие и использующие алгоритмы, в конечном счете несли ответственность за их воздействие. Создатели типологии предложили восемь различных политических механизмов, используемых для алгоритмической подотчетности, которые различаются в соответствии с их целями, требованиями и предположениями: принципы и руководства; запреты и моратории; общественная прозрачность; оценка воздействия; аудиты и инспекции регулирующих органов; внешние/независимые надзорные органы; право на слушания и обжалование; условия закупок.

⁴ Ada Lovelace Institute, AI Now Institute and Open Government Partnership Algorithmic Accountability for the Public Sector. Available at: URL: <https://www.opengovpartnership.org/documents/algorithmic-accountability-public-sector/> (дата обращения: 10.08.2025)

Приведенная стратегия рассчитана на универсальное применение. Однако у ее истоков — решение частноправовых проблем. Так, обеспечение прозрачности и подотчетности имеет решающее значение в сфере генеративного ИИ в финтехе для укрепления доверия, снижения рисков и поддержания моральных стандартов. Имеет смысл кратко привести стратегию повышения прозрачности в этой сфере. Заинтересованным сторонам в финтех-сфере, основанной на ИИ, для повышения прозрачности необходимо предпринимать проактивные шаги, поощряющие ответственность, открытость и доверие. Это включает:

а) объяснимость: создание понятных и интерпретируемых алгоритмов ИИ, чтобы заинтересованные стороны могли понимать обоснование решений, принятых с использованием ИИ;

б) раскрытие информации: включение подробностей об источниках данных, входных данных модели и критериях принятия решений в четкое и полное раскрытие информации об использовании ИИ в финтех-товарах и услугах;

в) аудит и валидация: регулярное проведение независимых оценок и аудитов третьими сторонами для оценки результативности, беспристрастности и надежности алгоритмов ИИ;

г) взаимодействие с заинтересованными сторонами: получение отзывов, решение проблем и укрепление доверия к финансовым приложениям на базе ИИ со стороны клиентов, регулирующих органов и других заинтересованных сторон [Saleem M. et al., 2025: 67].

Как можно видеть, предлагаемые подходы к регулированию ИИ и обеспечению прозрачности довольно схожи в разных источниках.

3. Прозрачность как защита от предвзятости и ошибок

Прозрачность имеет решающее значение для защиты от системных предвзятостей, особенно в сферах, где справедливое распределение ресурсов играет первостепенную роль. По сути такая гипотеза автоматически повышает степень прозрачности в государственном управлении, а прозрачность принятия решений ИИ позволяет заинтересованным сторонам выявлять и устранять потенциальные предвзятости.

Можно выделить три основных аспекта, обеспечивающие эффективную прозрачность ИИ. Во-первых, пользователи должны понимать, как он принимает решения, включая уровни уверенности и ограничения. ИИ должен усиливать, а не заменять человеческое суждение. Во-вторых, хотя системы ИИ часто функционируют как

«черные ящики», применяющие его организации должны находить баланс между прозрачностью и безопасностью данных. Объяснимый ИИ (XAI) предлагает решения посредством понятных человеку объяснений. В-третьих, для внедрения требуются общеотраслевые руководящие принципы прозрачности, человеческий контроль, сотрудничество между разработчиками ИИ, специалистами по этике и отраслевыми экспертами, а также информирование о возможностях и ограничениях системы. Зависимость здесь простая — прозрачные системы ИИ укрепляют доверие пользователей.

Часто подчеркиваются два аспекта принципа прозрачности, а именно — объяснимость и интерпретируемость. Термин «объяснимость» относится к способности давать при условии технической осуществимости и в рамках общепризнанного уровня развития понятные объяснения того, почему система ИИ поставляет информацию, производит прогнозы, контент, рекомендации или решения. Это особенно важно в таких чувствительных сферах, как здравоохранение, финансы, иммиграция, пограничные службы и уголовное правосудие (здесь понимание обоснованности решений, принятых с помощью системы ИИ, имеет жизненное значение). В таких случаях прозрачность может, например, существовать в форме списка факторов, которые система ИИ принимает во внимание при информировании или принятии решения.

Другим важным аспектом прозрачности является интерпретируемость, которая относится к способности понимать, как система ИИ создает прогнозы или решения. Другими словами, результаты работы систем ИИ могут быть сделаны доступными и понятными как экспертам, так и неспециалистам. Это включает понятность и доступность внутренней работы, логики и процессов принятия решений систем ИИ для пользователей, включая разработчиков, заинтересованных лиц и конечных пользователей. При этом важно, что прозрачность в контексте систем ИИ имеет технологические ограничения — путь к результату системы ИИ не всегда доступен даже тем, кто ее проектирует или внедряет.

Для обеспечения прозрачности исследователями предлагается фреймворк «Прозрачность через проектирование» (решение проблем на протяжении всей разработки ИИ) с упором на постоянное взаимодействие с заинтересованными сторонами и организационную открытость [Visave J., 2025: 3967—3980]. На этой базе сформулированы ключевые принципы прозрачной разработки ИИ, фокусирующиеся на контекстуальной релевантности и интересах сторон на протяжении всего процесса разработки и эксплуатации системы ИИ.

Обеспечивать прозрачность предлагается с нуля, начиная с этапа разработки алгоритма. Прозрачность должна быть основным принципом проектирования, а не модификацией. На таком начальном этапе приоритет отдается проактивному внедрению мер прозрачности, демонстрируя, как каждый компонент системы влияет на принятие решений. Далее, на этапе обработки и анализа данных нужно «освещать» операции ИИ. На данном этапе основное внимание уделяется формированию у заинтересованных сторон ясного понимания операций ИИ, руководствуясь четырьмя принципами:

подотчетность (четко определить и объяснить процессы принятия решений всем заинтересованным сторонам);

адаптированная коммуникация (адаптировать объяснения как для технической, так и для нетехнической аудитории);

стандарты принятия решений (разъяснить критерии принятия решений и их обоснование);

управление рисками (открыто раскрывать потенциальные системные риски, предубеждения и стратегии смягчения).

Затем на этапе организационного управления предстоит поддерживать прозрачность и взаимодействие. Здесь повышенное внимание уделяется постоянной прозрачности и взаимодействию с заинтересованными сторонами посредством надежных возможностей системного аудита и инспекций, своевременных ответов на запросы заинтересованных сторон, регулярной отчетности об эксплуатационных показателях и воздействии [Visave J., 2025: 3970].

Таким образом, для прочного доверия и подотчетности организации должны использовать комплексную систему прозрачности, выходящую за рамки простого раскрытия данных. Эта система требует четких алгоритмических объяснений, осмысленного человеческого контроля и протоколов систематической оценки. Основные элементы включают подробные методы документирования, внедрение объяснимых систем ИИ (XAI), надежные механизмы контроля и структурированные каналы коммуникации. Подобный механизм применим на микроуровне (в организации) при проектировании алгоритмов определенной отрасли и под определенные задачи. Что же касается нормативных решений более общего порядка, то это задача государства.

В целом специалисты прогнозируют смягчающую роль прозрачности алгоритмов ИИ [Park K., Yoon Ho Y., 2025: 1160] в вопросах доверия к нему. На уровне бизнеса прозрачность часто ассоциируется с раскрытием организационной информации общественности. Прозрачность в системах ИИ действует на двух отдельных, но вза-

имосвязанных уровнях: это техническая прозрачность, касающаяся алгоритмического функционирования, и организационная прозрачность, касающаяся корпоративной подотчетности. Эта двухуровневая структура разъясняет, как различные типы прозрачности влияют на восприятие пользователей через отдельные, но взаимодополняющие пути.

Основанная на информатике прозрачность алгоритмов ИИ — это техническая прозрачность, относящаяся к ясности и понятности механизмов и процессов, управляющих работой чат-бота и его взаимодействием с пользователями. Техническая прозрачность подчеркивает объяснимость механизмов работы систем ИИ, включающую: раскрытие источников данных для обучения и методологий, объяснение процессов принятия решений и разъяснение ограничений системы. Такая техническая прозрачность непосредственно решает проблему «черного ящика», позволяя пользователям развивать доверие к ИИ посредством понимания работы системы. Когда пользователи понимают, как алгоритмы обрабатывают входные данные и генерируют выходные данные, они могут формировать более точные ментальные модели возможностей системы, уменьшая неприятие, вызванное неопределенностью.

Организационная прозрачность — уровень, отражающий корпоративную практику раскрытия информации о разработке и внедрении ИИ. Сюда входят: этические принципы, регулирующие использование ИИ, меры ответственности за системные ошибки и реагирование на опасения заинтересованных сторон. В отличие от прямого влияния технической прозрачности на процесс, организационная прозрачность действует главным образом через механизм призыва, формируя восприятие корпоративной репутации, которое косвенно влияет на доверие к продукту. Например, отчеты Google о прозрачности демонстрируют организационную подотчетность, не требуя от пользователей понимания технических деталей.

Взаимодействие между этими измерениями прозрачности имеет существенное значение при изучении формирования доверия. Техническая прозрачность обеспечивает центральный маршрут, поставляя оценочную информацию о системных операциях, в то время как организационная прозрачность облегчает периферийный маршрут через сигналы корпоративной репутации. Это объясняет, почему для всестороннего построения доверия требуется и то, и другое: одна лишь техническая прозрачность не может компенсировать слабой корпоративной подотчетности (что видно, когда технически сложные системы сталкиваются с общественным недовольством из-за этиче-

ских проблем), а организационная прозрачность не может преодолеть фундаментального непонимания возможностей системы.

Разнообразие подходов и решений проблемы прозрачности алгоритмов свидетельствует как о многомерности данной категории, так и о возможном сочетании разных механизмов прозрачности в зависимости от условий [Kabytov P.P., Nazarov N.A., 2025: 171, 180]. Например, можно различать прозрачность в зависимости от цели, группируя элементы, подпадающие под требование прозрачности и объяснимости, по двум основным аспектам: прозрачность и объяснимость процесса принятия решений (алгоритма) подразумевает раскрытие информации о самой системе, ее архитектуре, логике функционирования и используемых данных (например, какие факторы и как система учитывает при принятии решений); прозрачность и объяснимость результата (решения) фокусируется на сообщении информации, обосновывающей решение, принятое системой в отношении субъекта или ситуации (например, почему в данном случае было принято данное решение и какие данные о субъекте на него повлияли).

Кроме того, можно сконцентрироваться на времени объяснения, различая механизмы прозрачности в зависимости от этапа жизненного цикла систем автоматизированного принятия решений и ИИ, на котором они внедряются. В этом смысле предлагается различать механизмы *ex ante* (реализуются до принятия автоматизированных решений и независимо от конкретного решения; их цель — предотвратить риски, обеспечить предсказуемость работы системы и информировать общественность и заинтересованных лиц о принципах ее работы и возможных последствиях) и механизмы *ex post* (применяются после принятия автоматизированного решения, особенно если оно затрагивает права и законные интересы субъектов; их цель — обеспечить подотчетность, возможность обжалования, исправление ошибок и анализ эффективности системы для дальнейшего совершенствования) [Kabytov P.P., Nazarov N.A., 2025: 171–174].

Прозрачности алгоритмов придается весомое значение с самых разных сторон — технической, организационной, правовой. Полноценное регулирование предполагает их обобщение на нормативном уровне.

4. К понятию алгоритмического суверенитета?

Масштабные и разноцелевые использования ИИ на государственном уровне требуют формирования ясной политики в этой сфере. Хотя страны по-разному подходят к регулированию ИИ, сохраняются общие проблемы: дезинформация, пробелы в подотчетности

и неконтролируемая централизация полномочий в сфере ИИ. Приведем данные исследования, которое выявило противоречия между прозрачностью, контролем, инновациями и доверием в управлении генеративным ИИ [Badawy W., 2025: 4405–4407]. На основе объединения анализа политических документов, интервью с экспертами и сравнительных глобальных исследований был выявлен ряд пробелов в управлении, в частности, связанных с подрывом доверия, сложностью аудита и геополитической фрагментацией. Был сделан вывод: хотя генеративный ИИ, возможно, и не является первопричиной таких проблем, как дезинформация или институциональное недоверие, он, безусловно, усиливает и ускоряет их. Проведенный опрос показал, что общественное доверие к демократическим институтам неуклонно снижалось за последние шесть лет, что частично совпало с ростом дезинформации, генерируемой ИИ, и непрозрачных практик модерации контента. Опрошенные связывали это снижение со следующими факторами: распространение фейкового контента во время выборов; целенаправленная дезинформация с использованием рекомендательных систем, оптимизированных для ИИ; непонимание в обществе, какой контент создан человеком, а какой — машиной.

Хотя ИИ не является единственной причиной констатируемого снижения доверия, он действует как усилитель в уже существующей хрупкой медиасреде. В качестве решения автором исследования предложена многоуровневая структура управления для достижения алгоритмического суверенитета. Новое понятие «алгоритмический суверенитет» относится по сути к способности демократического государства управлять разработкой, развертыванием и воздействием систем ИИ в соответствии с собственными правовыми, культурными и этическими нормами.

Понятие алгоритмического суверенитета определяется не только как технологическая самодостаточность, но и как способность демократического общества формировать траекторию развития и использования ИИ этичными, ответственными и прозрачными способами. Это выходит за рамки традиционного цифрового суверенитета, который фокусируется главным образом на локализации данных или технологической независимости. Вместо этого он требует следующих компонентов: права на аудит сложных моделей ИИ; права вмешиваться в автоматизированные решения; институциональной компетенции регулировать, не подрывая инновации.

Важно, что алгоритмический суверенитет заключается не в контроле кода как такового, а в формировании того, как алгоритмические системы работают в общественной жизни, включая то, кого

они наделяют полномочиями, а кого исключают, и насколько прозрачной остается их логика. В совокупности результаты цитируемого исследования показывают, что достижение алгоритмического суверенитета требует согласования трех противоречий: инновации против регулирования, непрозрачность против подотчетности, государственный контроль против гражданской автономии.

Многоуровневая структура управления, на основе которой должна разрабатываться надежная стратегия управления ИИ, включает три уровня. Первый уровень — нормативная инфраструктура. К числу основных задач, решаемых на первом уровне, относятся: необходимость обязательных классификации рисков и требований к аудиту (в стиле Евросоюза); определить области применения ИИ, требующие участия человека (например, здравоохранение, правоохранительные органы); создать независимые органы надзора за ИИ с полномочиями по обеспечению соблюдения.

Второй уровень управления создает этические и гражданские стандарты. К числу решаемых задач относятся: содействие повышению уровня грамотности в области ИИ в школах, журналистике и государственных структурах; введение обязательной прозрачной маркировки контента, создаваемого ИИ; стимулирование разработки инклюзивных моделей, чтобы избежать углубления социального неравенства.

Третий уровень управления связан с выстраиванием международного сотрудничества. На этом уровне ставятся такие трудные задачи, как заключение и выполнение многосторонних соглашений об управлении ИИ, ориентированных на прозрачность и подотчетность; гармонизация стандартов ИИ между странами, чтобы избежать регуляторного арбитража; финансирование некоммерческих исследований в области ИИ с открытым исходным кодом во всем мире, чтобы сбалансировать корпоративную власть.

Описанная многоуровневая структура управления раскрывает, как нормативная инфраструктура, этические нормы и международное сотрудничество могут работать в тандеме для достижения алгоритмического суверенитета. Это видение требует большего, чем законодательства — оно требует участия в контроле, цифровой грамотности и переосмысления глобального управления в эпоху ИИ. В конечном счете алгоритмический суверенитет — это защита демократических перспектив в мире, который все больше формируется машинами. Необходимо, чтобы невидимые архитектуры цифровой власти оставались видимыми, оспариваемыми и подотчетными лицам, на которых они влияют [Badawy W., 2025: 4406]. В этом смысле многоуровневая модель не заменяет национальной автономии,

а укрепляет ее, встраивая гибкость, демократическое участие и трансграничное согласование в управление ИИ. В таком понимании алгоритмический суверенитет — не возврат к контролю сверху вниз, а демократическое обновление — способ гарантировать, что системы ИИ поддерживают ценности, права и потребности обществ, в которых они функционируют.

Несмотря на очевидные плюсы, рассмотренная модель, похоже, оптимистически рассчитана на гармоничное сосуществование государств, приводящее к не менее гармоничному сосуществованию человечества и ИИ. Однако мир более разнообразен и несговорчив, доказательством чему является отсутствие значимых международных договоренностей в области регулирования и использования ИИ. Кроме того, значение фактора глобализации все ощутимее уменьшается, а диапазон универсальных регуляторов сужается.

5. Универсальность этики искусственного интеллекта

Практически все проблемы и их исследования, рассмотренные выше, базировались на мысли, что ИИ — технически универсальное средство, требующее одинаковых мер регулирования. В этом смысле универсальность технологий, казалось бы, обуславливает универсальность регулирования. Но это не совсем так, поскольку в мире уже оформились разные подходы к регулированию ИИ — от либерального до жесткого. Обеспечение прозрачности алгоритмов ИИ — это направление общей политики управления в области ИИ, важнейшей частью которой является этика ИИ. Можно ли утверждать, что этика ИИ универсальна?

В этой области тоже намечаются трудности. Обратимся к любопытному африканскому примеру. В литературе, исследующей применение ИИ на Африканском континенте, активно обосновываются утверждения о надвигающейся «цифровой» или «алгоритмической» колонизации Африки из-за отсутствия африканских ценностей в этике ИИ [Adams R., 2021: 190]; [Birhane A., 2023: 251]. В качестве одного из способов урегулирования проблемы все больше исследователей подчеркивает необходимость утверждения «африканских ценностей» в этике ИИ для устранения «эпистемической несправедливости» [Mohamed S., 2020: 672].

В качестве жизнеспособной дополнительной африканской этической основы этики ИИ часто предлагается концепция «Убунту» (слово «убунту» толкуется как человечность по отношению к другим, а также вера во вселенские узы общности, связывающие все

человечество). Концепция является общеафриканской этической системой, и ее нормативные структуры ясны, чтобы послужить основой этики ИИ и, следовательно, решать проблему «эпистемической несправедливости» в этике ИИ.

Реляционная природа «Убунту» выступает в двух формах. Одна из них в том, что, согласно «Убунту», чтобы человек полностью стал личностью, его позитивные отношения с другими должны стать основополагающими. В основе концепции лежит распространенная поговорка «человек является человеком через других», а не индивидуально как автономное существо. Личность постигается через межличностные и общинные отношения, а не через индивидуалистические, рациональные и атомистические усилия. «Убунту» уделяет значительное внимание роли общества в формировании индивидуальной идентичности и определении личности. Это делает концепцию общинной этикой. Такое понимание контрастирует с западной философией, где индивидуальная автономия, рациональность и благоразумие считаются решающими для хорошей жизни или личности.

Кроме того, реляционность «Убунту» заключается в понятии о том, что человек должен активно стремиться к гармонии с сообществом, чтобы считаться личностью. Как форма относительной автономии, индивидуум в концепции рассматривается как социально обусловленная и встроенная в социальную среду единица. Западная же философия подчеркивает центральное значение взаимного уважения прав среди других добродетелей для мирного сосуществования членов сообщества. В отличие от «Убунту», это пассивный подход, при котором личность человека зависит не от активного поиска социальной гармонии, а от способности руководить своими действиями или жизнью в соответствии с принятыми стандартами. В этом смысле западные этические системы основаны на правах, тогда как «Убунту» больше фокусируется на обязанностях.

В современном мире технологии ИИ разрабатываются и управляются на основе ценностей, приоритетных в западных обществах — таких, как индивидуальная автономия. В контексте ИИ игнорирование незападных систем ценностей и знаний при разработке систем ИИ, а также структур нормативного управления можно рассматривать как форму эпистемической несправедливости [Nihei M., 2022: 42]. Исследователи все чаще предупреждают, что эпистемическая несправедливость может привести к «цифровой колонизации» континента. Такая форма колонизации, также называемая «этическим колониализмом», следует исключительной ориентации на евро-атлантическую моральную систему, которая ставит в центр рациональ-

ных личностей. Конечный результат такой формы эпистемической несправедливости в том, что она приведет к состоянию, когда технологии ИИ развиваются таким образом, что увековечивают маргинализацию пользователей из стран глобального Юга.

Однако, несмотря на популярность утверждений, что понятия о современной этике ИИ не учитывают этических принципов, присущих незападным культурам, включая Африку, остается неясным, как общая концепция «Убунту» будет трансформирована в руководящий принцип этики ИИ. Например, неясно, как разработчик ИИ должен перевести концепцию в дизайн, чтобы сделать технологию более социально конституированной (что, впрочем, не исключает полностью перспектив внедрения ценностей, заимствованных из Африки, включая «Убунту», в технологический дизайн) [Yilma K., 2025: 3, 5]. Кроме того, смысл «Убунту» различался в африканском пространстве, и в разных обществах юга Африки ему придавались неодинаковые значения. Это свидетельствует об изменчивой природе концепции. Такие проблемы ограничивают ее роль в предложении африканской этической перспективы ИИ.

В последние годы в Африке появляется множество инициатив в области этики ИИ, в основном в форме национальных и континентальных стратегий ИИ, в которые в той или иной степени встраиваются «африканские ценности». Например, в обзоре Африканской группы высокого уровня новых технологий (2023) подчеркнута необходимость базировать этику ИИ на «африканских ценностях». Стратегия развития ИИ в Бенине также упоминает об «Убунту». Это пока не создает последовательной и практичной основы «африканской этики ИИ» [Yilma K., 2025; 11], но само направление демонстрирует, насколько глубоко назревающие противоречия даже в вопросах этики ИИ, имеющей, казалось бы, универсальную основу.

Заключение

Использование ИИ в современном обществе — источник проблем, размышлений, прогнозов, дискуссий. Классическое право стремится рассматривать ИИ в качестве объекта регулирования, предъявляя к нему ряд требований, исходящих из определенной «подчиненности» человеку. В действительности неизученных рисков и проблем еще больше, нежели обнаруженных. Одним из все-речь анализируемых в науке прогнозов является возможность войны между человечеством и ИИ. Автор прогноза приходит к выводу о вероятности информационных сбоев и проблем с обязательствами

в конфликте между ИИ и человеком. Информационные сбои будут обусловлены затрудненностью измерения возможностей ИИ, неинтерпретируемостью систем ИИ и различиями в том, как ИИ и человек анализируют информацию. Проблемы с обязательствами затруднят для ИИ и людей заключение надежных сделок. Вероятность войны предлагается уменьшить, улучшив измерение возможностей ИИ, ограничив развитие его возможностей, разработав системы ИИ, аналогичные человеческим⁵.

Понимание функционирования алгоритмов ИИ выглядит неплохим способом для думающего и ответственного человека принять решение об использовании ИИ. Главное, чтобы у человека сохранялось право выбора — использовать ИИ или нет. Поэтому обеспечение прозрачности алгоритмов ИИ, являющееся частью общей политики управления в области ИИ, является важной задачей ближайшего периода.



Список источников

1. Талер Р. Новая поведенческая экономика. Почему люди нарушают правила традиционной экономики и как на этом заработать. М.: Эксмо, 2018. 367 с.
2. Adams R. Can artificial intelligence be decolonized? *Interdisciplinary Science Reviews*, 2021, no 46, pp. 176–197.
3. Badawy W. Algorithmic sovereignty and democratic resilience: rethinking AI governance in the age of generative AI. *AI and Ethics*. Springer. 2025, vol. 5, pp. 4402–4410.
4. Batool A. et al. AI governance: a systematic literature review. *AI and Ethics*, 2025, vol. 5, pp. 3265–3279.
5. Birhane A. Algorithmic colonization of Africa. In: S. Cave S. & K. Dihal (eds.). *Imagining AI: How the world sees intelligent machines*. Oxford: University Press, 2023, pp. 247–260.
6. Buriaga V.O., Djuzhoma V.V., Artemenko E.A. Shaping an Artificial Intelligence Regulatory Model: International and Domestic Experience. *Legal Issues in the Digital Age*, 2025, vol. 6, no. 2, pp. 50–68.
7. Goldstein S. Will AI and humanity go to war? *AI & SOCIETY*. 2025. Available at: URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-025-02460-1> (дата обращения: 10.08.2025)
8. Han S.J. The Question of AI and Democracy: Four Categories of AI Governance. *Philosophy & Technology*, 2025, no. 38, pp. 1–26.
9. Kabytov P.P., Nazarov N.A. Transparency in Public Administration in the Digital Age: Legal, Institutional and Mechanisms. *Legal Issues in the Digital Age*, 2025, vol. 6, no. 2, pp. 161–182.

⁵ AI & SOCIETY. Available at: URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-025-02460-1> (дата обращения: 10.08.2025)

10. Mohamed S., Png M.T., Isaac W. Decolonial AI: Decolonial theory as sociotechnical foresight in artificial intelligence. *Philosophy & Technology*, 2020, no. 33, pp. 659–684.
11. Nihei M. Epistemic injustice as a philosophical conception for considering fairness and diversity in human-centered AI principles. *Interdisciplinary Information Sciences*, 2022, no 28, pp. 25–43.
12. O’Neil C. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. New York: Crown Publishers, 2016, 272 p.
13. Park K., Yoon Ho Y. AI algorithm transparency, pipelines for trust not prisms: mitigating general negative attitudes and enhancing trust toward AI. *Humanities and Social Sciences Communications*, 2025, no. 12. Article number 1160.
14. Rachovitsa A., Johann N. The Human Rights Implications of the Use of AI in the Digital Welfare State: Lessons Learned from the Dutch SyRI Case. *Human Rights Law Review*, 2022, no. 22, pp. 1–15.
15. Saleem M. et al. Responsible AI in Fintech: Addressing Challenges and Strategic Solutions. In: Dutta S. et al. (eds.) *Generative AI in FinTech: Revolutionizing Finance Through Intelligent Algorithms*. Cham: Springer, 2025, pp. 61–72.
16. Spina Ali G., Yu R. Artificial Intelligence between Transparency and Secrecy: From the EC Whitepaper to the AIA and Beyond. *European Journal of Law and Technology*, 2021, vol. 12, no. 3, pp. 1–25.
17. Sposini L. The governance of algorithms: profiling and personalization of online content in the context of European Consumer Law. *Nordic journal of European Law*, 2024, vol. 7, no 1, pp. 1–22.
18. Visave J. Transparency in AI for emergency management: building trust and accountability. *AI and Ethics*, 2025, no 5, pp. 3967–3980.
19. Yilma K. Ethics of AI in Africa: Interrogating the role of Ubuntu and AI governance initiatives. *Ethics and Information Technology*, 2025, vol. 27, article no 24. P. 1–14.



References

1. Adams R. (2021) Can artificial intelligence be decolonized? *Interdisciplinary Science Reviews*, vol. 46, pp. 176–197.
2. Badawy W. (2025) Algorithmic sovereignty and democratic resilience: rethinking AI governance in the age of generative AI. *AI and Ethics*, vol. 5, pp. 4402–4410.
3. Batool A. et al. (2025) AI governance: a systematic literature review. *AI and Ethics*, vol. 5, pp. 3265–3279.
4. Birhane A. (2023) Algorithmic colonization of Africa. In: S. Cave S., K. Dihal (eds.). *Imagining AI: How the world sees intelligent machines*. Oxford: University Press, pp. 247–260.
5. Buriaga V.O., Djuzhoma V.V., Artemenko E.A. (2025) Shaping an artificial intelligence regulatory model: international and domestic Experience. *Legal Issues in the Digital Age*, vol. 6, no. 2, pp. 50–68
6. Goldstein S. (2025) Will AI and humanity go to war? *AI & Society*. Accepted: 22 June. Available at: <https://doi.org/10.1007/s00146-025-02460-1>
7. Han S. (2025) The question of AI and democracy: four categories of AI governance. *Philosophy & Technology*, vol. 38, pp. 1–26.
8. Kabytov P.P., Nazarov N.A. (2025) Transparency in public administration in the digital age: legal, institutional and mechanisms. *Legal Issues in the Digital Age*, vol. 6, no. 2, pp. 161–182

9. Mohamed S. et al. (2020) Decolonial AI: Decolonial theory as sociotechnical foresight in artificial intelligence. *Philosophy & Technology*, vol. 33, pp. 659–684.
10. Nihei M. (2022) Epistemic injustice as a philosophical conception for considering fairness and diversity in human-centered AI principles. *Interdisciplinary Information Sciences*, vol. 28, pp. 25–43.
11. O’Neil C. (2016) *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishers, 272 p.
12. Park K., Yoon Ho Y. (2025) AI algorithm transparency, pipelines for trust not prisms: mitigating general negative attitudes and enhancing trust toward AI. *Humanities and Social Sciences Communities*, no. 12.
13. Rachovitsa A., Johann N. (2022) The human rights implications of the use of AI in the digital welfare state: lessons learned from the dutch SyRI case. *Human Rights Law Review*, no. 22, pp. 1–15.
14. Saleem M. et al. (2025) Responsible AI in fintech: addressing challenges and strategic solutions. In: S. Dutta et al. *Generative AI in FinTech: Revolutionizing Finance through Intelligent Algorithms*. Cham: Springer, pp. 61–72.
15. Spina Ali G., Yu R. (2021) Artificial Intelligence between transparency and secrecy: from the EC Whitepaper to the AIA and beyond. *European Journal of Law and Technology*, vol. 12, no. 3, pp. 1–25.
16. Sposini L. (2024) The governance of algorithms: profiling and personalization of online content in the context of European Consumer Law. *Nordic Journal of European Law*, vol. 7, no. 1, pp. 1–22.
17. Thaler R. (2018) *New behavioral economics. Why people break the rules of traditional economics and how to make money on it*. Moscow: Eksmo, 367 p. (in Russ.)
18. Visave J. (2025) Transparency in AI for emergency management: building trust and accountability. *AI and Ethics*, no. 5, pp. 3967–3980.
19. Yilma K. (2025) Ethics of AI in Africa: interrogating the role of Ubuntu and AI governance initiatives. *Ethics and Information Technology*, vol. 27, pp. 1–14.

Информация об авторе:

Э.В. Талапина – доктор юридических наук, главный научный сотрудник.

Information about the author:

E.V. Talapina — Doctor of Sciences (Law), Chief Researcher.

Статья поступила в редакцию 31.07.2025; одобрена после рецензирования 11.08.2025; принята к публикации 18.08.2025.

The article was submitted to editorial office 31.07.2025; approved after reviewing 11.08.2025; accepted for publication 18.08.2025.

Научная статья

УДК: 342.5, 342.7

JEL: K23, K38

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.28.55

Прозрачность государственного управления в условиях автоматизированного принятия решений



**Павел Петрович Кабытов¹,
Никита Алексеевич Назаров²**

^{1, 2} Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Россия 117218, Москва, Большая Черемушkinsкая ул., д. 34,

¹ kapavel.v@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8656-5317>

² naznikitaal@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3997-0886>



Аннотация

В условиях активного внедрения автоматизированных систем принятия решений и систем искусственного интеллекта в деятельность органов публичной власти актуализируется проблема поддержания надлежащего уровня прозрачности государственного управления, имеющая критическое значение для соблюдения принципов верховенства права и защиты фундаментальных прав граждан. Настоящая работа ставит целью провести комплексную систематизацию и критический анализ сложившихся в российском и зарубежном праве, а также в правовой теории подходов к решению указанной проблемы. Методологическую основу исследования составили общенаучные (анализ, синтез, системный подход) и частные (сравнительно-правовой, формально-юридический) методы изучения. В статье рассматриваются концептуальные основания и практические вызовы реализации требований прозрачности и объяснимости автоматизированного принятия решений и систем искусственного интеллекта, включая их роль в повышении доверия, обеспечении подотчетности, предотвращении дискриминации и укреплении легитимности публичного управления. Основное внимание уделено критическому

анализу широкого спектра механизмов прозрачности (классифицируемых, в частности, по направленности на систему в целом или на отдельное решение, а также по моменту сообщения информации — *ex ante* или *ex post*): раскрытие порядка или логики принятия решений, «право на объяснение», контрфактологические объяснения, раскрытие данных и программного кода/модели, аудит и общественный контроль, информирование о применении, а также использование объяснимых/интерпретируемых моделей и иных технических решений. По каждому механизму выявлены преимущества, недостатки и трудности реализации — конфликт с защитой интеллектуальной собственности, техническая затрудненность имплементации и интерпретации, «эффект Расёмона» и фундаментальная проблема «черного ящика» систем искусственного интеллекта. Обосновывается вывод о недостаточности применения отдельных инструментов и необходимости разработки гибкого, риск-ориентированного и контекстуально-зависимого комплексного подхода. Подчеркивается актуальность имплементации адаптированных и системно увязанных механизмов в российское законодательство для поддержания надлежащего уровня прозрачности в условиях автоматизации государственного управления в России.



Ключевые слова

автоматизированное решение; система искусственного интеллекта; прозрачность государственного управления; право на объяснение; контрфактологические объяснения; алгоритмическая подотчетность.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-78-01254, <https://rscf.ru/project/23-78-01254/>.

Для цитирования: Кабытов П.П., Назаров Н.А. Прозрачность государственного управления в условиях автоматизированного принятия решений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 28–55. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.28.55

Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments

Research article

Transparency of Public Administration in Context of Automated Decision-Making



Pavel P. Kabytov¹, Nikita A. Nazarov²

^{1, 2} Institute of Legislation and Comparative Legal Studies under Government of the Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia,

¹ kapavel.v@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8656-5317>

² naznikitaal@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3997-0886>



Abstract

In context of active implementation of automated systems decision-making and artificial intelligence systems into activities of public authorities, a problem of maintaining an adequate level of transparency in public administration is becoming increasingly relevant. The issue is critical for upholding principles of rule of law and protecting fundamental rights of citizens. The work aims to conduct a comprehensive systematization and critical analysis of current approaches to solving the problem in Russian and foreign law, as well as in legal theory. The methodological basis of the research includes general research methods (analysis, synthesis, systematic approach) and specific scholar methods (comparative legal, formal legal). The article consistently examines the conceptual foundations and practical challenges of implementing transparency and explainability requirements for automated systems decision-making and artificial intelligence systems, including their role in increasing trust, maintaining accountability, preventing discrimination, and strengthening legitimacy of public administration. The main attention is paid to a detailed and critical analysis of a wide range of transparency mechanisms (classified, in particular, according to their focus on the system as a whole or on a specific decision, as well as by the timing of information provision — *ex ante* or *ex post*): disclosure of the procedure or logic of decision-making, the «right to explanation», counterfactual explanations, disclosure of data and program code/models, audit and public control, information about application, as well as use of explainable/interpretable models and other technical solutions. For each mechanism, advantages, disadvantages, and difficulties of practical implementation are identified like conflicts with intellectual property protection, technical complexity of implementation and interpretation, and the fundamental «black box» problem of artificial intelligence systems. The conclusion substantiates the insufficiency of applying individual tools and the necessity of developing a flexible, risk-oriented, and context-dependent comprehensive approach.



Keywords

automated decision; artificial intelligence system; transparency of public administration; right to explanation; counterfactual explanations; algorithmic accountability.

Acknowledgments: The study was carried out with a grant from the Russian Scientific Foundation 23-78-01254, <https://rscf.ru/project/23-78-01254/>.

For citation: Kabytov P.P., Nazarov N.A. (2025) Transparency of Public Administration in Context of Automated Decision-Making. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 28–55 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.28.55

Введение

Последнее десятилетие во всем мире характеризуется одной из ключевых тенденций в развитии государственного управления — количественным и качественным расширением применения «алгоритмов», систем «искусственного интеллекта» при принятии органами публичной власти юридически значимых или оказывающих

иное существенное влияние решений. Точкой приложения перечисленных технологий в деятельности органов власти выступают правотворческая и правоприменительная деятельность, а также отправление правосудия.

Для описания новых явлений правовой действительности в юридический словарь вошло понятие «автоматизированное принятие решений». Использование таких систем — принципиально новая тенденция в деятельности органов публичной власти. Хотя автоматизация государственного управления, использование различных аналитических систем и систем поддержки принятия решений начались еще в середине XX века, их первоначальное влияние на конечный результат управленческих решений, способы и характер взаимодействия органов публичной власти и адресатов их решений оставалось незначительным. Они были нацелены на информационное обслуживание органов власти, фактически формировали первичную информационную базу последующего принятия решения госслужащими. Сохранялись классическая схема взаимодействия органов публичной власти и адресатов их решений, высокий уровень подконтрольности и проверки информационных процессов. Уже тогда в доктрине ставились принципиальные вопросы о разграничении ответственности при использовании автоматизированных систем в государственном управлении, о правовых последствиях ошибок таких систем [Венгеров А.Б., 1979: 88, 245], которые в последние два десятилетия вновь привлекли внимание ученых-юристов.

Повышенный интерес вызван как очередным этапом развития технологий, именуемых искусственным интеллектом (далее — ИИ), так и принципиальным увеличением их влияния на ландшафт социального взаимодействия, закономерностей возникновения, изменения и прекращения правоотношений, их сущность и содержание. Применительно к сфере государственного управления такие изменения наблюдаются, во-первых, в части повсеместной имплементации в деятельность органов публичной власти автоматизированных систем принятия решений, предназначенных для поддержки принятия решений, формирования рекомендаций или автоматического принятия решений на основе имеющихся в распоряжении органов публичной власти данных. Полномочия принятия правотворческих, правоприменительных и судебных решений, ранее осуществляемые исключительно уполномоченными должностными лицами от лица органа публичной власти и судьями, все чаще частично или полностью «делегируется» информационным системам.

В судебных системах США и КНР тестируются и применяются рекомендательные и прогностические системы, призванные не только выработать предварительное решение по делу, но и оценить фактические обстоятельства дела, вероятность рецидива¹. Органы исполнительной власти Канады², Австралии³, стран Европейского союза⁴, России⁵ активно используют и продолжают имплементировать автоматизированные системы принятия решений.

Во-вторых, в части расширения использования в автоматизированных системах принятия решений технологий, именуемых ИИ, характеризующихся чрезвычайной технической сложностью и непредсказуемостью функционирования. Обработка информации, аналитика данных такими системами и принятые по их итогам автоматизированных решений характеризуются невозпроизводимостью, необъяснимостью, ограниченной подконтрольностью и проверяемостью для рядовых служащих и должностных лиц.

В результате с одной стороны сокращаются затраты временных, трудовых и иных ресурсов для реализации функций органов публичной власти, ускоряется и упрощается получение государственных услуг, снижаются административная нагрузка на субъектов предпринимательства и коррупционные риски при автоматизации административных процедур. С другой стороны, принципиально изменяется схема взаимодействия органов публичной власти и адресатов их решений (между органом публичной власти и адресатом решения появляется «посредник» в виде информационной системы), процедуры принятия решений, размываются базовые принципы их взаимодействия. На фоне ускоренного внедрения информационных технологий государственного управления право и его доктрина в силу

¹ Available at: URL: <https://web.archive.org/web/20241215031419/https://www.chinacourt.org/article/detail/2024/11/id/8215844.shtml> (дата обращения: 07.05.2025); Humanizing Justice: The transformational impact of AI in courts, from filing to sentencing. 2024. Available at: URL: <https://www.thomsonreuters.com/en-us/posts/ai-in-courts/humanizing-justice/> (дата обращения: 24.05.2025)

² Directive on Automated Decision-Making. Available at: URL: <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592> (дата обращения: 11.12.2023)

³ Automated decision-making better practice guide. Available at: URL: <https://apo.org.au/node/306481> (дата обращения: 06.04.2024)

⁴ Gesetz über die Möglichkeit des Einsatzes von datengetriebenen Informationstechnologien bei öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit vom 16. März 2022. Available at: URL: <https://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/bssh/document/jlr-ITEGSHpP1> (дата обращения: 10.12.2023)

⁵ Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ (ред. от 23.11.2024) «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

своего традиционного отставания от развития общественных отношений не сформулировали адекватного ответа на все многообразие рисков, порождаемых внедрением автоматизированных систем принятия решений в государственное управление.

Исходной точкой преодоления всего многообразия последствий внедрения автоматизированных систем в деятельность органов власти, включая их использование при принятии юридически значимых решений, выступает разрешение проблемы прозрачности и объяснимости. Речь идет об объяснимости как функционирования и результатов работы самих автоматизированных систем, так и принятых с их помощью юридически значимых решений, что имеет значение как для адресатов этих решений, так и для государственных служащих и должностных лиц. При этом самой природе многих систем ИИ присущи непрозрачность и необъясненность (проблема «черного ящика»⁶), что вступает в диалектическое противоречие с принципом открытости деятельности органов публичной власти — одним из ее базовых принципов деятельности, прямо вытекающим из конституционных установлений.

Именно это противоречие предопределило повышенную активность в доктринальном освоении проблематики прозрачности государственного управления в условиях автоматизированного принятия решений и использования систем ИИ, а также усилия теории и практики по идентификации оптимальных методов и средств поддержания надлежащего уровня прозрачности в деятельности органов публичной власти. Некоторые из таких предложенных наукой методов и средств уже получили закрепление в законодательстве отдельных зарубежных правовых порядков (Канада, Австралия, Германия).

Между тем российская правовая доктрина только приступает к освоению проблематики объяснимости и прозрачности государственного управления: ставится вопрос о нормативном закреплении принципа прозрачности ИИ [Талапина Э.В., 2024: 36–39]. Однако полноценная систематизация знаний о методах и средствах поддержания надлежащего уровня прозрачности в деятельности органов публичной власти в условиях широкого внедрения автоматизированных процедур принятия решений и использования систем ИИ пока не осуществлена. При этом фактическое использование органами публичной власти автоматизированных систем принятия ре-

⁶ См.: AI's mysterious 'black box' problem, explained | University of Michigan-Dearborn. Available at: URL: <https://umdearborn.edu/news/ais-mysterious-black-box-problem-explained> (дата обращения: 04.04.2025)

шений, обеспечивающих принятие юридически значимых решений в полностью автоматизированном режиме, предопределяет обязательную имплементацию в позитивное право механизмов поддержания надлежащего уровня прозрачности. Такое положение дел обуславливает целесообразность и актуальность систематизации уже сформулированных в научной доктрине воззрений, концепций и подходов к проблематике обеспечения прозрачности в деятельности органов публичной власти при использовании указанных технологий.

1. Объяснимость и прозрачность как основополагающие требования к процедуре автоматизированного принятия решений

В иностранных правопорядках сложилась однозначная позиция: требования объяснимости и прозрачности процедуры автоматизированного принятия решений в государственном управлении закреплены в качестве основополагающих. Сначала эти требования нашли отражение в более чем 73-х этических руководствах для ИИ; в дальнейшем одни иностранные правопорядки включили автоматизированные решения в закон об административных процедурах и распространили на них все обязательные требования, в том числе требования прозрачности и объяснимости, а другие правопорядки приняли специальные нормативные акты, в которых также закрепили эти требования.

При этом, как отмечают исследователи, в юридический лексикон входит понятие демократической транспарентности, претендующее на статус фундаментальной характеристики современной демократии. Помимо семантических нюансов данного понятия, транспарентность может быть определена как информационная политика государства, построенная на принципах открытости и доступности гражданам информации о деятельности органов публичной власти и лиц, их представляющих [Пилипенко А. Н., 2019: 204].

Именно виду отсутствия прозрачности и объяснимости голландский суд запретил использование технологии «SyRI» для борьбы с мошенничеством в области социального обеспечения и незаконных схем, связанных с доходами, налогами и отчислениями на социальное страхование, а также в сфере трудового законодательства⁷. Суд в обоснование решения указал, что в отсутствие достаточной

⁷ ECLI:NL: RBDHA: 2020:865. Available at: URL: <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:865> (дата обращения: 07.04.2025)

и прозрачной защиты права на уважение частной жизни возникает «сдерживающий эффект», когда без уверенности в надежной защите конфиденциальности граждане с меньшей вероятностью будут предоставлять данные или это будет иметь меньшую поддержку. При этом важность прозрачности с точки зрения того насколько она поддается проверке, также велика, поскольку использование модели риска и анализа, проводимого в этом контексте, несет риск непреднамеренных дискриминационных последствий.

Между тем во многих исследованиях и правовых актах нет четкого различия между прозрачностью и объяснимостью в автоматизированных системах принятия решений. Кроме того, не сложился единый подход к пониманию их содержания как самостоятельных категорий. Так, в некоторых исследованиях под объяснением понимают разъяснение набора правил, в других — «дерево решений» (decision tree), а в третьих — прототип (особенно в контексте изображений); схожая неоднозначность в трактовках существует и в отношении содержания понятия «прозрачность» [Guidotti R., Monreale A. et al., 2019: 36]. Хотя вопрос о точном соотношении понятий «прозрачность» и «объяснимость» остается дискуссионным, в настоящем исследовании ввиду их схожей функциональной направленности как требований к процедуре автоматизированного принятия решений они используются преимущественно как взаимозаменяемые.

2. Правовые механизмы обеспечения объяснимости и прозрачности

Требования объяснимости и прозрачности автоматизированных решений получили закрепление в позитивном праве в целом ряде юрисдикций. Однако в нормативных актах правовые механизмы их обеспечения зачастую не закреплены, либо закреплены, но в прецедентной правоприменительной практике определено, что они не обеспечивают надлежащего уровня охраны прав и законных интересов человека и гражданина. Во многом это свидетельствует о противоречиях между прозрачностью и объяснимостью как нормативным идеалом и его воплощении.

Между тем механизмы и подходы к объяснению и прозрачности различаются в зависимости от целевой направленности и способа реализации [Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L., 2017: 78]. Так, требование прозрачности и объяснимости может быть направлено на:

функциональную часть системы, т.е. на логику, значимость, предполагаемые последствия и общую функциональность автоматизи-

рованной системы принятия решений, например, спецификация требований к системе, «деревья решений», заранее определенные модели, критерии и структуры классификации;

отдельные решения, т.е. обоснование, причины и индивидуальные обстоятельства каждого автоматизированного решения, например, взвешивание функций, определяемые машиной правила принятия решений для конкретного случая, информация о ссылочных или профильных группах.

По способу объяснимости и прозрачности существуют как: *ex ante* — объяснение, которое происходит ранее автоматического принятия решения; *ex post* — объяснение, сообщаемое после принятия автоматизированного решения. Тем самым объяснение *ex ante* направлено на объяснение функциональной части системы, а объяснение *ex post* позволяет понять как причины принятия решения, так и соответствующие аспекты функционирования системы.

Анализ зарубежной литературы и позитивного права позволил выявить следующие основные механизмы объяснения и прозрачности: а) раскрытие порядка или логики принятия решений; б) право на объяснение; в) контрфактологические объяснения; г) раскрытие данных, на основе которых принимаются автоматизированные решения; д) раскрытие программного кода и (или) модели ИИ; е) аудит и общественный контроль; ж) информирование (раскрытие) о применении автоматизированной системы принятия решений; з) различные технические методы, в том числе объяснимые или интерпретируемые модели.

Ниже указанные подходы рассмотрены подробнее. Для удобства анализа они сгруппированы на преимущественно правовые (включая организационно-правовые) и технические, хотя многие из них носят комплексный, междисциплинарный характер, а их реализация зачастую требует сочетания нормативных предписаний, организационных мер и технологических решений.

2.1. Раскрытие информации о логике или порядке принятия решений в рамках законодательства о персональных данных

Большинство автоматизированных систем принятия решений функционируют на основе обработки персональных данных. Эта обработка по общему правилу должна соответствовать законодательству о персональных данных. Одна из первых попыток законодательного регулирования автоматизированных решений была предпринята в Законе Франции 1978 года о защите данных. Так, в своей первоначальной форме ст. 2 Закона запрещала судебные, административные

или личные решения, связанные с оценкой человеческого поведения, поскольку они основывались исключительно на автоматической обработке данных, которая определяла профиль или личность соответствующего лица.

Впоследствии в Директиве 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета от 24.10.1995 «О защите физических лиц в связи с обработкой личных данных и о свободном перемещении таких данных»⁸ и в Регламенте № 2016/679 Европейского парламента и Совета ЕС «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС (Общий Регламент о защите персональных данных)» (далее — GDPR) была закреплена аналогичная правовая норма. Однако в течение всего срока их действия они редко применялись [Kuner C., Bygrave L., Docksey C., 2019: 528, 529]. В дальнейшем вследствие «брюссельского эффекта» схожее регулирование распространилось на значительную часть стран мира. В связи с этим большинство научных исследований проводится на основе GDPR.

Как в российском, так и в европейском регулировании содержится запрет на принятие решений на основании исключительно автоматизированной обработки персональных данных, кроме специальных случаев, указанных в законе. При этом общий подход к регулированию персональных данных заключается в том, что все способы их обработки действуют запретительно для всех лиц (только в случае согласия), но только в случае автоматизированных решений законодатель прописал явный запрет.

Можно предположить, что закрепление строгого регулирования обусловлено в том числе: 1) европейским скептицизмом по отношению к предвзятости и потенциально ложным решениям, которые могут быть приняты автоматическими средствами, если они не проверяются человеком; 2) необходимостью наделения субъекта данных дополнительными гарантиями защиты его прав и законных интересов.

Сфера применения

Закрепленная в законодательстве о персональных данных сфера применения автоматизированных решений имеет особенности, и не каждая автоматизированная система принятия решений подпадает под нее, так как в нее попадает только исключительно авто-

⁸ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Available at: URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj/eng> (дата обращения: 07.04.2025)

материализованная обработка персональных данных. Так, если автоматизированная обработка использовалась только для подготовки доказательств, в то время как фактическое решение было принято человеком, то (согласно европейскому подходу) исключительно автоматизированная обработка персональных данных не осуществлялась [Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L., 2017: 88]. Кроме того, в мире существует тенденция, согласно которой в некоторых сферах правоприменения запрещены исключительно автоматизированные решения, что не позволяет применять данную норму⁹.

Механизм прозрачности

Если автоматизированная система принятия решений входит в сферу применения закона о персональных данных, оператор должен соблюсти несколько требований, в том числе обязанность обеспечения прозрачности принятия решения. В российском законодательстве эта обязанность находит отражение в ст. 16 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» — обязанность разъяснить порядок принятия решения¹⁰. В отличие от этого подхода в европейском законодательстве существует обязанность разъяснить содержательную информацию о «примененной логике» принятия решения (ст. 13(2)(f), 14(2)(g) и 15(1)(h) GDPR). В доктрине считается, что этот подход предполагает больше конкретики по сравнению с российским, так как потенциально не дает оператору ограничиваться абстрактной информацией о системе¹¹. При этом европейский регулятор подчеркнул, что оператор должен сообщить содержательную информацию о задействованной логике, а не обязательно сложное объяснение используемых алгоритмов или раскрытие полного алгоритма, однако информация должна быть настолько полной, чтобы субъект данных мог понять причины принятия решения¹².

⁹ См.: Directive on Automated Decision-Making. Available at: URL: <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592> (дата обращения: 07.04.2025); Gesetz über die Möglichkeit des Einsatzes von datengetriebenen Informationstechnologien bei öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit (IT-Einsatz-Gesetz — ITEG) vom 16. März 2022. Available at: URL: <https://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/bssh/document/jlr-ITEGSHpP1> (дата обращения: 07.04.2025)

¹⁰ Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 08.08.2024) «О персональных данных» // СЗ РФ. 2006. № 31. Ст. 3451.

¹¹ Савельев А.И. Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных». М., 2021 // СПС Консультант Плюс.

¹² Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. Available at: URL: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053> (дата обращения: 07.04.2025)

Кроме того, в науке есть суждение: значимая информация должна интерпретироваться применительно к субъекту данных. То есть информация о логике должна быть значимой для него, особенно для человека и, предположительно, без технических знаний, а также проверка значимости информации должна быть функциональной, привязанной к некоторым действиям, которые объяснение дает субъекту данных, например, к праву оспорить решение [Selbst A.D., Powles J., 2017: 236].

Таким образом, в рамках закона о персональных данных реализовано объяснение функциональности системы путем *ex ante*. При этом указанный механизм является ограниченным по нескольким основаниям:

1. Интеллектуальная собственность и коммерческая тайна. Теория и практика исходят из того, что субъектам персональных данных не сообщают полной и точной информации о логике принятия решений, поскольку лежащие в их основе модели и компьютерный код защищены как коммерческой тайной, так и интеллектуальной собственностью¹³. При этом оператор в каждом случае должен стремиться к соблюдению разумного баланса между своими законными интересами (например, защитой коммерческой тайны и интеллектуальной собственности на используемые модели и алгоритмы) и правами и законными интересами субъектов персональных данных, в частности, их правом на получение информации о логике автоматизированного принятия решений. Однако на практике достижение указанного баланса сопряжено со значительными трудностями, и зачастую оператор отдает приоритет собственной защите коммерческих интересов в ущерб полной реализации прав субъектов данных.

2. Формальная открытость при сохранении общественно значимой информации в секрете. Нынешний подход к объяснению порядка или логики автоматизированного принятия решений также позволяет технологическим компаниям использовать нарративы, создающие впечатление открытости перед пользователями, при фактическом сохранении высокой степени конфиденциальности ключевых элементов таких систем. Например, обзор политики конфиденциальности Google демонстрирует сочетание обилия весьма подробной информации о типах собираемых данных, частично собранной в удобной пользователю форме, с крайне расплывчатыми, общими (и

¹³ См.: ECLI: EU: C: 2023: 957. Available at: URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=59BF6046EEA31E86D50793AFC0115814?text=&docid=280426&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&c&id=601767> (дата обращения: 07.04.2025)

практически не имеющими содержательного наполнения) положениями о целях обработки данных, декларируемых как улучшение пользовательского опыта [Felzmann H., Villaronga E.F. et al., 2019: 8].

3. Отказ в разъяснении порядка или логики принятия решения, так как автоматизированная система принятия решений не входит в сферу применения нормы. Операторы не признают или делают все возможное чтобы доказать, что их автоматизированные системы не принимают юридических или значимых решений, или же это не исключительно автоматизированные решения, включая в процесс принятия решения «номинального» исполнителя¹⁴.

4. *Незнание и неактивность субъектов персональных данных.* Большинству лиц, не имеющих компетенций в области программирования и разработки информационных технологий, раскрытие логики работы алгоритма не даст полезной информации, при этом если пользователь алгоритма, например, ИИ, разберется в его логике и найдет техническую ошибку, то внесение изменений в алгоритм будет невозможно, ибо для этого потребуются пересмотреть весь заложенный в алгоритм математический инструментарий. Одновременно социологические исследования показывают, что если автоматизированная система принятия решений нарушила права субъектов, то 13% респондентов не знали, что имеют право запрашивать информацию о способе обработки их персональных данных, а 77% никогда не чувствовали необходимости делать такой запрос [Wulf A.J., Seizov O., 2024: 239].

5. Затрудненность объяснения, как от определенных данных будет меняться итоговое решение. Будущее использование данных трудно предсказать, поэтому право на предварительное объяснение того, как данные могут быть использованы в будущем, вряд ли неосуществимо. Во многих алгоритмах машинного обучения отсутствует линейность. Так, в сквозных моделях нейронных сетей (например, глубоком обучении) связи между входными данными и решением сложным образом зависят от всех входных данных. Поэтому все больше исследователей пытается разработать объяснимые или интерпретируемые системы ИИ¹⁵.

¹⁴ EU Law Analysis: The Ola & Uber judgments: for the first time a court recognizes a GDPR right to an explanation for algorithmic decision-making. EU Law Analysis. Available at: URL: <https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/the-ola-uber-judgments-for-first-time.html> (дата обращения: 07.04.2025)

¹⁵ См.: Explainable Artificial Intelligence. Available at: URL: <https://nsarchive.gwu.edu/sites/default/files/documents/5794867/National-Security-Archive-David-Gunning-DARPA.pdf> (дата обращения: 06.04.2025)

Таким образом, предлагаемые законодательством о защите персональных данных механизмы не обеспечивают надлежащего уровня прозрачности и объяснимости, что негативно влияет на уровень защищенности прав и законных интересов человека и гражданина, так как, с одной стороны, доступ ко многим типам данных на практике обеспечивается редко, а с другой стороны, существует множество противоречий в самой норме для решений на основании исключительно автоматизированной обработки персональных данных. При этом механизм объяснимости и прозрачности в рамках законодательства о персональных данных направлен на прозрачность именно работы системы, а не итогового решения.

2.2. Концепция «права на объяснение» индивидуального решения

Ввиду ограниченности действующих в GDPR механизмов прозрачности и объяснимости многие исследователи указывают на необходимость закрепления нового права субъекта данных под условным названием «права на объяснение». Содержание предлагаемого права связывалось с возможностью изображения работы алгоритма в понятной человеку форме, позволяющей как минимум проследить связь между входными данными и результатом (прогнозом) [Goodman B., Flaxman S., 2017: 50–57]. Теоретические основания для такого права усматривались в п. 71 преамбулы GDPR, согласно которому лицу, подвергнутому автоматизированному принятию решений «должны принадлежать соответствующие гарантии, которые должны включать информацию для субъекта данных и право на вмешательство человека, на выражение своей точки зрения, *на получение объяснения решения, принятого после такой оценки*, и на оспаривание решения» [курсив наш. — П.К., Н.Н.].

Однако в дальнейшем в доктрине было отмечено, что нахождение упоминания о праве на объяснение в преамбуле делает его юридически не обязательным для исполнения. Утверждалось, что в рамках GDPR специальное «право на объяснение» отсутствует, а есть лишь ограниченное «право субъекта данных на получение информации» о логике принятия решений, а именно, субъекту данных по его запросу должна быть сообщена информация, как автоматизированная система работает в целом, для каких целей и с каким прогнозируемым воздействием, прежде чем автоматизированные решения будут приняты (согласно ст. 13(2)(f), 14(2)(g) и 15(1)(h) GDPR) [Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L., 2017: 77]. Вместе с этим в этом же исследова-

нии подчеркивалось, что право на оспаривание решения может быть затруднено или лишено смысла, если субъект данных не может понять, как было принято оспариваемое решение. Поэтому во многих исследованиях отмечалась необходимость закрепления полноценного права на объяснение.

Отчасти реагируя на дискуссию и признавая специфику функционирования систем ИИ, законодатель принял Регламент Европейского парламента и Совета ЕС 2024/1689 от 13.06.2024 «Установление согласованных правил в области ИИ (Закон об искусственном интеллекте) и внесение изменений в некоторые законодательные акты Союза» (далее — Закон ЕС об ИИ)¹⁶. В акте закреплена ст. 86 («Право на объяснение индивидуального решения»), устанавливающая, по существу, что лицо, чьи права и интересы существенно затронуты решением, принятым с использованием определенных систем ИИ, регулируемых данным Законом, имеет право получить от организации, применившей систему, понятные разъяснения о роли этой системы в принятии данного решения.

Общие требования к прозрачности (ст. 13) и человеческому надзору (ст. 14) для систем ИИ высокого риска, заложенные еще в первоначальном проекте Закона ЕС об ИИ (COM/2021/206 final) и сохраненные в итоговой редакции, подчеркивали важность понимания работы таких систем¹⁷. Однако явное право именно затронутого лица на получение понятных и содержательных объяснений (согласно формулировке ст. 86 и п. 171 преамбулы) стало результатом развития законодательной мысли в ходе обсуждения Регламента, возможно, как раз под влиянием продолжавшейся научной и общественной дискуссии о необходимости упрочения гарантий прав граждан.

2.3. Контрфактологические объяснения

Многие ученые, разочаровавшись в теперешнем механизме прозрачности и объяснимости автоматизированных решений в сфере персональных данных, стали предлагать иные механизмы. Так,

¹⁶ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act).

¹⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) 2021. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52021PC0206> (дата обращения: 04.04.2025)

С. Вахтер, Б. Миттельштадт и К. Рассел предложили контрфакты как средство объяснения индивидуальных решений [Wachter S., Mittelstadt B., Russell C., 2017: 841–887]. Этот подход гарантирует субъектам данных содержательное объяснение для понимания итогового решения, основания его оспаривания и советы: как субъект данных может изменить свое поведение или ситуацию, чтобы, возможно, получить нужное ему решение (например, одобрение кредита).

Однако единого определения данного механизма не сформировано. Вероятно, оптимально следующее: «Контрфактологические объяснения представляют собой класс постфактумных объяснений (*post hoc*) интерпретируемости, которые сообщают человеку, подвергшемуся решению моделью машинного обучения, понятную информацию о результатах моделирования и стратегию достижения альтернативного (будущего) решения» [Ferrario A., Loi M., 2022: 82736]. Примерами контрфактного объяснения являются следующие: «Вам было отказано в кредите, поскольку ваш годовой доход составлял 30 000 фунтов стерлингов»¹⁸. Схожий пример был предложен в другой статье: «Если бы доход был бы на 1000 \$ выше текущего, и если бы клиент полностью погасил текущие долги перед другими банками, то кредит был бы принят». Исходя из данных примеров, допустимо утверждать, что контрфактологическое объяснение позволяет клиенту понять, что нужно ему изменить для получения кредита. При этом в некоторых случаях путем этого объяснения можно увидеть предвзятость или дискриминацию, содержащиеся в автоматизированной системе принятия решений.

Кроме того, контрфактологическое объяснение является объяснением «что, если» (*what if*) для автоматизированных решений. Это во многом аналогично тому, как дети учатся на контрфактических примерах, и позволяют автоматически исследовать желаемые сценарии «что, если». Тем самым контрфактические утверждения находятся на самом высоком уровне шкалы интерпретируемости Перла, поскольку они отвечают, почему было принято решение, подчеркивая, какие изменения во входных данных могли бы привести к

¹⁸ При этом основное содержание контрфактологического объяснения должно иметь следующую форму: Если бы q было ложным, S не поверил бы p . Мы утверждаем, что в этом случае q служит объяснением веры S в p , поскольку S придерживается убеждения p только тогда, когда q истинно, и что изменение q также приведет к изменению веры S . Ключевым моментом является то, что такие утверждения описывают только убеждения S , которые не обязательно отражают реальность. Таким образом, эти утверждения могут быть сделаны без знания какой-либо причинной связи между q и p .

другому результату. Эти объяснения означают объяснение причинно-следственной связи. Согласно литературе по когнитивной психологии, контрфакты помогают рассуждать на основе объяснений, которые выявляют причинно-следственные связи. «Причина» — это значения признаков входного экземпляра, «вызвавшие» прогноз, а «следствие» — это прогнозируемый результат. В предыдущем примере претендент на кредит может обнаружить, что кредит был бы принят, если бы его доход был на 1000 долл. выше текущего и если бы он полностью возвратил долги [Guidotti R., 2022: 55].

Поэтому в отличие от общепринятого подхода к регулированию персональных данных контрфактологические объяснения являются продолжением развития концепции «право на объяснение», согласно которому обеспечение объяснимости и прозрачности происходит путем *ex post* итогового решения. Эти объяснения также помогают находить предвзятость и дискриминацию в автоматизированных решениях. При этом контрфактологические объяснения близки к языку рассуждений, т.е. к формальной логике, и таким образом пользователь может понять элементарные логические правила. На основе логических правил легче построить повествование, понятное пользователям с разным опытом.

Помимо этого некоторые специалисты предлагают закрепить контрфактологическое объяснение как общий критерий, тем самым выйдя за рамки ограничений GDPR, и использовать контрфакты в качестве безусловных объяснений. Эти объяснения должны даваться всякий раз, когда это требуется, независимо от результата (положительное или отрицательное решение), было ли решение основано исключительно на автоматизированных процессах и их (юридических или аналогичных значимых) последствиях [Wachter S., Mittelstadt B., Russell C., 2017: 841–887].

Однако исследователи отмечают противоречия в контрфактологических объяснениях. Путем анализа сделан вывод, что эти объяснения не способны обрабатывать и объяснять недостающие атрибуты; например, если входные данные имеют отсутствующее значение для теперешнего набора атрибутов, то метод объяснения (или система генерирования объяснений) не может быть применен. Тем самым система принятия решений может основывать решения на наборе скрытых от пользователя функций, так как соответствующие контрфактологические данные могут быть либо неполными (поскольку они не учитывают «основные функции»), либо недействительными, поскольку «основные функции» неизвестны [Guidotti R., 2022: 53].

Например, в вышеизложенном случае в заявке на кредит на передний план выводится запрошенная клиентом сумма. Вместе с тем в автоматизированной системе в качестве фоновых признаков могут также рассматриваться другие атрибуты, например, долги родственников или друзей заявителя.

2.4. Раскрытие данных, на основе которых принимаются автоматизированные решения

Данные являются важной составляющей автоматизированной системы принятия решений, на основе которой она обучается, функционирует и принимает автоматизированные решения. Поэтому неудивительно, что многие исследователи предлагают обеспечить прозрачность и объяснимость на основе данных. Этот подход заключается в раскрытии данных неограниченному кругу лиц, включая их источник; метод сбора, оценки их качества и пробелов; методы, используемые для очистки и стандартизации данных.

Распространение этих данных позволяет раскрывать потенциальное влияние системы на интересы личности и может служить отправной точкой исследования влияния этой автоматизированной системы на соответствующие социальные группы, а также позволяет заявителям выяснить, использовать ли эту автоматизированную систему принятия решений [Mittelstadt B., 2016: 4991–5002]. При этом путем раскрытия данных ученые, работающие с машинным обучением, могут проводить различные исследования, в том числе оценивая эпистемологическую обоснованность, надежность и ограничения модели ИИ¹⁹.

Кроме того, органы, планирующие использовать автоматизированные системы принятия решений, должны тщательно продумывать вопросы происхождения данных и доступа к ним. Это особенно необходимо, когда органы исполнительной власти заключают соглашения с внешними третьими сторонами, поскольку это может повлиять на будущую способность обеспечивать предусмотренную законом прозрачность принятия административных решений. При отсутствии должного внимания к вопросам происхождения данных и доступа к ним обозначается (или усугубляется) асимметрия информации между разработчиками систем ИИ и субъектами, их внедряющими. Стоит добавить, что создается двойственная асимметрия — как для органа, осуществляющего государственные функ-

¹⁹ См: Internet Research: Ethical Guidelines 3.0 Association of Internet Researchers. Available at: URL: <https://aoir.org/reports/ethics3.pdf> (дата обращения: 06.04.2025)

ции, так и для граждан, которые не знают, на каких данных обучалась автоматизированная система принятия решений и принимает ли она автоматизированные решения.

Некоторые исследователи также предлагают реконструировать регулирование персональных данных так, чтобы гарантировать, что субъект данных имеет возможность передавать все данные, касающиеся его или ее, включая «предполагаемые»; может оценить точность, полноту, актуальность этих данных (насколько это позволяют Регламент и цели обработки); если эти данные составляют основу (автоматизированного) решения, которое затрагивает (или может затронуть) его или ее законные интересы, субъект данных должен иметь доступ, по крайней мере, ко всей информации, необходимой для оценки и, возможно, поддержания оспаривания этого решения (путем обращения к собеседнику-человеку или залу суда) [Troisi E., 2022: 197]. Однако этот подход вызывает опасение, что оператор персональных данных будет собирать большой массив достоверных данных о субъекте. Это во многом не сочетается с принципами законодательства о персональных данных, в частности, с принципом минимизации данных.

2.5. Раскрытие программного кода и (или) модели искусственного интеллекта

Раскрытие программного кода и модели ИИ означает размещение этих объектов в открытом доступе. Механизм делает осуществимым общественный контроль позволяющий выявлять неисправности в автоматизированной системе принятия решений. Однако имеются законодательные и политические ограничения, которые не позволяют в полной мере применять этот механизм. По общему правилу программный код и модель ИИ охраняются в рамках интеллектуальной собственности или коммерческой тайны, и их раскрытие может нанести вред правообладателям.

Иностранные правовые порядки неодинаково подходят к такому раскрытию программного кода и модели ИИ. Так, в Великобритании не было зарегистрировано ни одного случая, когда суд выносил постановление о раскрытии исходного кода системы поддержки принятия решений сторонам в судебном процессе, даже в связи с удивительно большим количеством споров, касающихся систем государственного сектора, где вопросы авторского права могли бы считаться менее значимыми [Edwards L., Veale M., 2018: 12].

В Швеции в муниципалитете Треллеборга с 2017 года применяются полностью автоматизированные решения по заявлениям на

социальные пособия. Вскоре это вызвало множество споров, общественная критика варьировалась от незаконного делегирования решений алгоритмическим системам, которые не поддерживаются правовыми нормами для муниципалитетов, до вопросов прозрачности, а также будущего работы и статуса государственных служащих в целом. В итоге гражданин подал иск в суд, утверждая, что исходный код используемого программного обеспечения подпадает под действие шведского принципа публичного доступа к официальным записям (*Offentlighetsprincipen*)²⁰. Суд постановил, что исходный код должен быть доступен общественности и полностью подпадает под принцип публичного доступа.

2.6. Аудит и общественный контроль

Аудит и общественный контроль позволяют провести внешнюю или внутреннюю проверку автоматизированных систем принятия решений. Так, государственные или контролируемые государством механизмы наблюдения за алгоритмами можно рассматривать как меры внешнего контроля. При этом неинструментальный подход (который манифестируется исследователем как более современный), не ставя под сомнение законности и «правозащитности» решения, ориентирует процедуру на принятие согласованного, рационального решения, открытого и прозрачного, в том числе для всех форм контроля.

Нередко выдвигается идея «алгоритма TÜV»²¹. Такая система могла бы быть системой независимой проверки алгоритмов на предмет правовых нарушений или дискриминации на основе баз данных с последующей сертификацией соответствия. Чтобы наилучшим образом понять препятствия, связанные с потенциальными конкурирующими правовыми интересами в защите коммерческой тайны и интеллектуальной собственности, в доктрине предлагается разработать процедуру административного контроля, которая использовала бы камеральный механизм, гарантирующий, что исходный код и

²⁰ Känsliga uppgifter spreds via kod till biståndsrobot. Available at: URL: <https://www.dagenssamhalle.se/samhalle-och-valfard/socialtjanst/kansliga-uppgifter-spreddes-via-kod-till-bistandsrobot/> (дата обращения: 06.04.2025)

²¹ TÜV — аббревиатура, которая в переводе примерно означает «общество технического надзора». TÜV — частные предприятия в Германии, которые оказывают услуги сертификации безопасности и инспектирования. См: Available at: URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Technischer_%C3%9Cberwachungsverein (дата обращения: 06.04.2025)

особенности рассматриваемого алгоритма доступны только уполномоченным инспекторам и что соблюдение этими лицами обязанности конфиденциальности обеспечивалось посредством уголовных наказаний [Santosuosso A., Pinotti G., 2020: 56].

Кроме того, в рамках действующего регулирования аудит и общественный контроль уже закреплены. Так, ст. 42 GDPR предусматривает, что государства-члены ЕС, надзорные органы, Европейский совет защиты данных и Комиссия обязаны поощрять создание механизмов сертификации в области защиты персональных данных, а также знаков и маркировок (или печатей и знаков), позволяющих операторам и обработчикам демонстрировать соответствие их обработки требованиям Регламента. В Великобритании ICO уже объявила тендер на получение сертификационного органа для использования печати конфиденциальности Великобритании, хотя процесс был прерван выходом страны из Европейского союза [Edwards L., Veale M., 2018: 46–54].

В качестве еще одного инструмента саморегулирования предполагается разработка Кодекса поведения программистов самообучающихся систем [Santosuosso A., Pinotti G., 2020: 56]. Это обязало бы программистов соблюдать этические и юридические стандарты. Такая система добровольного обязательства соблюдать свод правил может сочетаться с мерами сертификации (которые уже установлены в GDPR). В качестве вознаграждения предложено совместить членство в схеме со снижением гражданской ответственности за нарушения защиты данных.

Некоторые ученые предлагают создать специальный регулирующий орган надзора над поставщиками услуг [Tutt A., 2017: 83–123]. Этот орган будет вправе «классифицировать алгоритмы по типам на основе их предсказуемости, объяснимости и общего интеллекта», чтобы определить необходимость создания регулирования. Некоторые виды машинного обучения могут, например, быть запрещены или строго ограничены для систем персонализации контента, чтобы предотвратить предвзятость или дискриминацию уязвимых социальных групп, включая группы, выделяемые по признаку политических убеждений, с помощью использования опосредованных признаков (прокси-функций), которые косвенно указывают на принадлежность к таким группам [Mittelstadt B., 2016: 4991–5002]. Регулирующий орган или другая доверенная третья сторона будет вправе также потребовать раскрытия компаниями качественной информации, которая «обеспечивает значимое уведомление о том, как функционирует алгоритм, насколько он полезен и какие ошибки он,

скорее всего, совершает», не раскрывая при этом деталей конструкции, являющихся собственностью компании [Tutt A., 2017: 83–123].

2.7. Информирование о применении автоматизированной системы принятия решений

Как один из возможных механизмов обеспечения прозрачности функционирования автоматизированной системы принятия решений в государственном управлении рассматривается обязанность уполномоченных органов информировать субъектов (граждан, организации) о том, что решение, затрагивающее их права и интересы, было принято (полностью или частично) с использованием таких систем, включая системы ИИ. Суть этого механизма не только в уведомлении о факте применения технологии, но и в создании предпосылок реализации других прав и гарантий.

Допустимо выделить следующие цели введения этого механизма: реализация права знать, права видеть: данная обязанность напрямую связана с фундаментальным правом на информацию и принципами открытости государственного управления, так как граждане должны понимать, как принимаются затрагивающие их решения, в том числе с участием технологий или без [Талапина Э.В., 2024: 36–39];

обеспечение процессуальной справедливости: знание о применении автоматизированной системы принятия решений является необходимым условием для того, чтобы субъект мог адекватно оценить ситуацию и воспользоваться другими правами: запросить дополнительную информацию, потребовать человеческого вмешательства или пересмотра решения, эффективно его обжаловать;

формирование доверия: открытое информирование о применении систем ИИ и автоматизированных систем принятия решений (даже если сама система сложна) может способствовать повышению доверия граждан к этим технологиям в государственном управлении, демонстрируя готовность органов власти к подотчетности.

Между тем несмотря на важность этого механизма, простое уведомление о факте применения систем ИИ и автоматизированных систем принятия решений порождает непонимание и часто рассматривается в науке как необходимое, но недостаточное условие полноценной (или «осмысленной») прозрачности. В частности, остаются открытыми вопросы о: 1) содержании уведомления: достаточно ли указать только факт использования ИИ, или нужно уточнять тип системы, ее роль в процессе принятия решения? Насколько детальным должно быть это информирование? [Edwards L., Veale M., 2017:

65]; 2) своевременности: когда должно происходить уведомление — до начала процедуры, в процессе или только при сообщении итогового решения? 3) полезности: обеспечивает ли знание о применении этих технологий возможность понять логику решения или его оспорить, особенно при отсутствии доступа к значимым объяснениям (explanations)? [Selbst A.D., Powles J., 2017: 233–242].

3. Технические механизмы обеспечения объяснимости и прозрачности

3.1. Объяснимые или интерпретируемые модели

Самой популярной сферой исследований в технической науке является создание объяснимых моделей, позволяющих обеспечить прозрачность и объяснимость автоматизированного решения «по-умолчанию» (by default). При этом в российской науке вместе с объяснимыми моделями выделяют также интерпретируемые модели. Основное их отличие в том, что интерпретируемые модели способны описывать внутреннюю структуру системы понятным способом с использованием ясных правил и метрик объяснения. Можно сказать, что эти технологии объясняют «понятно как, но непонятно почему» принимается автоматизированное решение. В отличие от этого объяснимая модель — возможность кратко описать, почему модель работает (не вдаваясь в подробности). Объяснимый искусственный интеллект (далее—ОИИ) характеризуют так: «непонятно как, но понятно почему», т.е. причина принятия того или иного решения понятна и может быть даже вполне обоснована, но алгоритм, описывающий переход от причины к явлению, остается неявным.

Концепция ОИИ является техническим решением способа объяснения итоговых автоматизированных решений. В доктрине подчеркивается, что ОИИ и связанные с ним технологии кажутся разумными: пользователь алгоритма (или кто-то, чьи правовые или экономические интересы могут быть затронуты решением, принятым алгоритмом) должен иметь доступ к понятному (даже упрощенному) описанию функционирования алгоритма. Кроме того, специалисты считают, что не следует отвергать различных подходов к объяснениям, не испытывая их в различных правовых контекстах, поскольку потребности и риски различаются в разных секторах. То же самое относится и к разработке правовых норм, связанных с объяснимостью и прозрачностью, — законодатели должны формировать закон на основе проблем, а не подгонять проблемы к закону.

3.2. Другие технические подходы

В технических дисциплинах есть и другие попытки создания механизмов прозрачности. Авторы одной из научных работ подчеркнули, что способность объяснять модели машинного обучения становится все более важной²². Для объяснения моделей с черным ящиком предложена модель экстракции. Этот подход заменяет сложную модель более объяснимой. Л. Дайвер и Б. Шафер предложили использовать технику визуализации процесса, известную как сеть Петри (Petri net) для достижения целей конфиденциальности по дизайну [Diver L., Schafer B., 2017: 68–90]. Этот подход содержит интуитивно-понятные визуальные понятия о состоянии системы и потоке информации внутри правовых и технических моделей. Между ними могут воплощать цели законодательства с самого начала разработки программного обеспечения, в то время как юристы могут получить понятие о внутренней работе программного обеспечения без необходимости понимать его код. В другом исследовании предложен подход скользящей шкалы (sliding scale system); в этом подходе происходит адаптация причинно-следственной связи [Bathae Y., 2017: 1–50].

В другой работе ученые на основе исследований в области аудита алгоритмов получили понятия о технических характеристиках систем, работающих на ИИ, и на этой основе выдвинули точку зрения, что одним из важных направлений, нацеленных на повышение прозрачности алгоритмов машинного обучения, является What-If Tool — веб-приложение TensorBoard с открытым исходным кодом, которое позволяет пользователям анализировать модели машинного обучения [Felzmann H. et al., 2019: 1–14].

GDPR ввел ряд новых положений, которые довольно радикально не столько наделяют индивидуальными правами субъекта персональных данных, сколько пытаются создать среду, в которой в будущем будут создаваться менее «токсичные» автоматизированные системы. Эти идеи — результат долгой эволюции технологии «конфиденциальность по замыслу» как способа создания систем, обеспечивающих конфиденциальность или дружественных к конфиденциальности, как правило, на добровольной, а не обязательной основе [Edwards L., Veale M., 2018: 46–54].

Кроме того, автоматизированный процесс принятия решений показал много преимуществ для бизнеса и общества, но у этого также

²² Bastani O., Kim C., Bastani H. Interpretability via Model Extraction. Available at: URL: <http://arxiv.org/abs/1706.09773> (дата обращения: 06.04.2025)

есть цена. Давно известно, что высокий уровень автоматизации принятия решений часто приводит к различным недостаткам, таким как предвзятость в решениях и деградация работников. На основе анализа этих двух недостатков ученые разработали новую систему поддержки принятия решений, а именно — интеллектуальную помощь в принятии решений (Intelligent Decision Assistance). Эта система дополняет процесс принятия решений человеком с помощью объяснимого ИИ. В самом решении не содержится явных рекомендаций.

Заключение

Несмотря на признание требований прозрачности и объяснимости основополагающими для доверия, подотчетности и законности деятельности органов публичной власти, ни один из нынешних правовых или технических механизмов не является самодостаточным для обеспечения прозрачности этой деятельности. Каждый из них имеет существенные ограничения, связанные с защитой интеллектуальной собственности, технической сложностью, возможностью манипуляций и фундаментальной проблемой «черного ящика» для сложных систем ИИ. Только сочетание разных механизмов позволяет повысить уровень прозрачности автоматизированного принятия решений.

В условиях отсутствия в России комплексного регулирования автоматизированного принятия решений в государственном управлении систематизация подходов и механизмов, а также анализ их недостатков формируют основу дальнейшей дискуссии и разработки нормативных решений. Прозрачность автоматизированного принятия решений требует комплексного подхода, сочетающего применение различных инструментов (правовых, технических, организационных). Так, целесообразно выработать необходимый универсальный набор механизмов к обеспечению прозрачности в условиях внедрения автоматизированных систем принятия решений и систем ИИ в государственном управлении, который будет применяться во всех сферах государственного управления, а в каждой отдельной сфере путем риск-ориентированного подхода будет происходить добавление иных механизмов. Только такой гибкий, риск-ориентированный и контекстуально-зависимый комплексный подход позволит соблюсти необходимый баланс между потребностями государственного управления, защитой прав участников правоотношений и стимулированием безопасного технологического развития в условиях развития автоматизации государственного управления.



Список источников

1. Венгеров А.Б. Правовые основы автоматизации управления народным хозяйством СССР. М.: Высшая школа, 1979. 245 с.
2. Пилипенко А.Н. Франция: к цифровой демократии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. Том 13. №4. С. 185–207. doi: <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.4.185.207>.
3. Талапина Э.В. Принцип прозрачности использования искусственного интеллекта // Государственная власть и местное самоуправление. 2024. № 7. С. 36–39.
4. Bathaee Y. The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation. *Harvard Journal of Law & Technology*, 2017, no 2, pp. 889–938.
5. Diver L., Schafer B. Opening the black box: Petri nets and Privacy by Design. *International Review of Law, Computers & Technology*, 2017, no 1, pp. 1–39.
6. Edwards L., Veale M. Enslaving the Algorithm: From a «Right to an Explanation» to a «Right to Better Decisions»? *IEEE Security & Privacy*, 2018, no 3, pp. 46–54. doi: <https://doi.org/10.1109/MSP.2018.2701152>.
7. Felzmann H., Villarronga E.F. et al. Transparency you can trust: Transparency requirements for artificial intelligence between legal norms and contextual concerns. *Big Data & Society*, 2019, no. 1, pp. 1–14. doi: <https://doi.org/10.1177/2053951719860542>.
8. Ferrario A., Loi M. The Robustness of Counterfactual Explanations over Time. *IEEE Access*, 2022, no. 10, pp. 82736–82750. doi: <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2022.3196917>.
9. Goodman B., Flaxman S. European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a «Right to Explanation». *AI Magazine*, 2017, no. 3, pp. 50–57. doi: <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>.
10. Guidotti R. Counterfactual explanations and how to find them: literature review and benchmarking. *Data Mining and Knowledge Discovery*, 2022, vol. 38, pp. 2770–2824. doi: <https://doi.org/10.1007/s10618-022-00831-6>.
11. Guidotti R., Monreale A. et al. A Survey of Methods for Explaining Black Box Models. *ACM Computing Surveys*. 2019. №5. pp. 1–42. doi: <https://doi.org/10.1145/3236009>.
12. Kuner C., Bygrave L.A., Docksey C. The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary. Oxford: University Press, 2019, 1393 p.
13. Mittelstadt B. Auditing for Transparency in Content Personalization Systems. *International Journal of Communication*, 2016, vol. 10, pp. 4991–5002.
14. Santosuosso A., Pinotti G. Bottleneck or Crossroad? Problems of Legal Sources Annotation and Some Theoretical Thoughts. *Stats*, 2020, vol. 3, no. 3, pp. 376–395. doi: <https://doi.org/10.3390/stats3030024>.
15. Selbst A.D., Powles J. Meaningful information and the right to explanation. *International Data Privacy Law*. 2017, vol. 7, no. 4, pp. 233–242. doi: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix022>.
16. Troisi E. Automated Decision Making and right to explanation. The right of access as ex post information. *European Journal of Privacy Law & Technologies*. 2022, no. 1, pp. 182–202.
17. Tutt A. An Fda for Algorithms. *Administrative Law Review*, 2017, no. 1, pp. 83–123.
18. Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation.

International Data Privacy Law, 2017, vol. 7, no. 2, pp. 76–99. doi: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix005>.

19. Wulf A.J., Seizov O. «Please understand we cannot provide further information»: evaluating content and transparency of GDPR-mandated AI disclosures. *AI & SOCIETY*, 2024, vol. 39, no. 1, pp. 235–256. doi: <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01424-z>.



References

1. Bathaee Y. (2017) The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation. *Harvard Journal of Law & Technology*, no. 2, pp. 889–938.
2. Diver L., Schafer B. (2017) Opening the Black Box: Petri Nets and Privacy by Design. *International Review of Law, Computers & Technology*, no. 1, pp. 1–39.
3. Edwards L., Veale M. (2018) Enslaving the Algorithm: From a Right to an Explanation to a Right to Better Decisions? *IEEE Security & Privacy*, no. 3, pp. 46–54. doi: <https://doi.org/10.1109/MSP.2018.2701152>.
4. Felzmann H., Villaronga E.F. et al. (2019) Transparency You Can Trust: Transparency Requirements for Artificial Intelligence between Legal Norms and Contextual Concerns. *Big Data & Society*, no. 1, pp. 1–14. doi: <https://doi.org/10.1177/2053951719860542>.
5. Ferrario A., Loi M. (2022) The Robustness of Counterfactual Explanations over Time. *IEEE Access*, no. 10, pp. 82736–82750. doi: <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2022.3196917>.
6. Goodman B., Flaxman S. (2017) European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a Right to Explanation. *AI Magazine*, no. 3, pp. 50–57. doi: <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>.
7. Guidotti R., Monreale A. et al. (2019) A Survey of Methods for Explaining Black Box Models. *ACM Computing Surveys*, no. 5, pp. 1–42. doi: <https://doi.org/10.1145/3236009>.
8. Guidotti R. (2022) Counterfactual Explanations and How to Find them: Literature Review and Benchmarking. *Data Mining and Knowledge Discovery*, vol. 38, pp. 2770–2824. doi: <https://doi.org/10.1007/s10618-022-00831-6>.
9. Kuner C., Bygrave L.A., Docksey C. (2019) The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary. Oxford: University Press, 1393 p.
10. Mittelstadt B. (2016) Auditing for Transparency in Content Personalization Systems. *International Journal of Communication*. no. 10, pp. 4991–5002.
11. Pilipenko A.N. (2019) France: towards Digital Democracy. *Pravo. Journal Vyshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 12, no. 4, pp. 185–207. doi: <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2019.4.185.207>. (in Russ.)
12. Santosuosso A., Pinotti G. (2020) Bottleneck or Crossroad? Problems of Legal Sources Annotation and some Theoretical Thoughts *Stats*, vol. 3, no. 3, pp. 376–395. doi: <https://doi.org/10.3390/stats3030024>.
13. Selbst A.D., Powles J. (2017) Meaningful Information and the Right to Explanation. *International Data Privacy Law*, vol. 7, no. 4, pp. 233–242. doi: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix022>.
14. Talapina E.V. (2024) Principle of Transparency in the use of Artificial Intelligence. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*=State Power and Local Self-Government, no. 7, pp. 36–39 (in Russ.)

15. Troisi E. (2022) Automated Decision Making and Right to Explanation. The Right of Access as *ex post* Information. *European Journal of Privacy Law & Technologies*, no. 1, pp. 182–202.
 16. Tutt A. (2017) An Fda for Algorithms. *Administrative Law Review*, no. 1, pp. 83–123.
 17. Vengerov A.B. (1979) *Legal Bases of Management Automation in the National Economy of the USSR*. Moscow: Vysshaya shkola, 245 p. (in Russ.)
 18. Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L. (2017) Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making does not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, vol. 7, no. 2, pp. 76–99. doi: <https://doi.org/10.1093/idpl/ix005>.
 19. Wulf A.J., Seizov O. (2024) Please Understand We Cannot Provide Further Information: Evaluating Content and Transparency of GDPR-Mandated AI Disclosures. *AI & SOCIETY*, vol. 39, no. 1, pp. 235–256. doi: <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01424-z>.
-

Информация об авторах:

П.П. Кабытов — кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник.

Н.А. Назаров — младший научный сотрудник.

Information about the authors:

P.P. Kabytov — Candidate of Sciences (Law), Leading Researcher.

N.A. Nazarov — Junior Researcher.

Вклад авторов:

П.П. Кабытов — введение, ч. 3, заключение;

Н.А. Назаров — введение, чч. 1, 2, 3, заключение.

Contribution of the authors:

P. P. Kabytov — introduction, part 3, conclusion;

N.A. Nazarov — introduction, parts 1, 2, 3, conclusion.

Статья поступила в редакцию 14.04.2025; одобрена после рецензирования 26.05.2025; принята к публикации 23.06.2025.

The article was submitted to editorial office 14.04.2025; approved after reviewing 26.05.2025; accepted for publication 23.06.2025.

Научная статья

УДК: 340.12, 349.2

JEL: K 31

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.56.80

Регулирование рабочего времени работников цифровых платформ: от правовых пробелов к алгоритмическим решениям



Денис Александрович Новиков

Санкт-Петербургский государственный университет, Россия 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9,

d.novikov@spbu.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2727-5357>



Аннотация

Цифровые платформы, формируя рынок труда платформенной экономики, создают правовые вызовы в регулировании рабочего времени, усугубляемые неэффективностью традиционного трудового законодательства. Формальная автономия трудящихся платформ маскирует алгоритмический контроль, при котором отсутствие фиксированных смен сочетается с зависимостью от предписаний и алгоритмов платформ. Юридическая неопределенность рабочего времени на цифровых платформах, смешивающего активную деятельность с периодами онлайн-доступности, оставляет трудящихся незащищенными перед цифровым контролем и эксплуатацией. В качестве способа преодоления проблем платформенных форм распределения рабочего времени и практической неэффективности классического подхода к нормативному регулированию рабочего времени предлагается теоретическая концепция времени подключения. В рамках концепции времени подключения признается, что факт подключения к платформе формирует обязательную меру труда, ограничивающую автономию работника. Время подключения интегрирует активные и пассивные режимы онлайн-доступности в единую правовую конструкцию. Активное время подключения, связанное с выполнением трудовых задач, понимается через пределы продолжительности и гарантии оплаты, тогда как пассивное время подключения (ожидание заказов, поддержание рейтинга, готовность к заданиям) признается трудовой деятельностью, требующей

компенсации за готовность к труду и ограничивающей личную автономию. Предлагается включить категорию время подключения в правовое поле, установив: максимальную продолжительность периодов онлайн-доступности в сутки/неделю; минимальную оплату за время подключения, даже при отсутствии активных задач; гарантии отдыха, исключаящие непрерывную включенность в работу. Отмечается, что предложенные в исследовании правовые инновации недостаточны без технологического подхода к ним: государству необходимо внедрить системы алгоритмического регулирования и мониторинга для автоматизации контроля за временем подключения. Институционализация времени подключения позволит трансформировать абстрактные нормы в исполняемые правила, устраняя асимметрию рисков между платформами и работниками, а также устанавливая регулятивную субъектность государства в условиях платформенной экономики.



Ключевые слова

платформенная экономика; цифровые платформы; платформенная занятость; рабочее время; «нулевое» рабочее время; мера труда; время подключения.

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

Для цитирования: Новиков Д.А. Регулирование рабочего времени работников цифровых платформ: от правовых пробелов к алгоритмическим решениям // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 56–80. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.56.80

Research article

Regulating Working Hours of Digital Platform Workers: from Legal Gaps to Algorithmic Solutions



Denis A. Novikov

Saint Petersburg State University, 7–9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia,

d.novikov@spbu.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2727-5357>



Abstract

Digital platforms by shaping the labor market of the platform economy create legal challenges to the regulation of working time, exacerbated by the inefficiency of traditional labor laws. The formal autonomy of platform workers masks algorithmic control, whereby the absence of fixed shifts is combined with dependence on the prescriptions and algorithms of platforms. The legal ambiguity of working hours on digital platforms, mixing active activity with periods of online availability, leaves workers unprotected against digital control and exploitation. The theoretical concept of connection time is proposed as a way to overcome the problems of platform-based forms of working

time allocation and the practical inefficiency of the classical approach to the normative regulation of working time. The concept of connection time recognizes that the mere fact of being connected to a platform forms a compulsory measure of work that limits worker autonomy. Connection time integrates active and passive modes of online accessibility into a unified legal construct. Active connection time related to the performance of labor tasks is understood through limits of duration and payment guarantees, while passive connection time (waiting for orders, maintaining ratings, readiness for tasks) is recognized as a labor activity requiring compensation for labor readiness, limiting personal autonomy. It is proposed to include the time of connection into the legal field by setting: the maximum duration of periods of online availability per day/week; minimum payment for the time of connection, even in the absence of active tasks; guarantees of rest, excluding continuous involvement in work. It is noted that the legal innovations proposed in the study are insufficient without implementation of technological approach: the state needs to introduce algorithmic regulation and monitoring systems to automate control over connectivity time. The institutionalization of connectivity time will transform abstract norms into enforceable rules, eliminating the asymmetry of risks between platforms and workers, as well as establishing the regulatory subjectivity of the state in a platform economy.



Keywords

platform economy; digital platforms; platform employment; working time; zero-hour contract; measure of labor; connection time.

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: Novikov D.A. (2025) Regulating Working Hours of Digital Platform Workers: from Legal Gaps to Algorithmic Solutions. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 56–80 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.56.80

Введение

На протяжении последних двадцати лет XXI века глобальная экономика претерпела структурные изменения, обусловленные активным внедрением цифровых технологий в различные отрасли. Это способствовало формированию новых направлений на рынке труда, среди которых выделяется платформенная экономика. Ее основу составляют цифровые платформы, которые играют ключевую роль в привлечении работников, распределении задач и организации трудовых процессов. Значительный толчок к развитию этой сферы произошел в конце 2000-х годов с появлением сервисов вроде Uber и Lyft, предложивших инновационные решения в области онлайн-заказа такси.

Сегодня платформенная экономика стремительно расширяется по всему миру, включая Россию. По экспертным оценкам к нача-

лу 2024 года она достигла 7 млн. чел. с прогнозируемым ростом до 10 млн. к 2026 году¹. Цифровые платформы вовлекают в трудовую деятельность через сервисы доставки еды (Яндекс.Еда, Delivery Club), логистики (СДЭК, Vohberry), пассажирских перевозок (Яндекс.Такси, Ситимобил), грузоперевозок (Roolz, Cargomart), выполнения микроработ (Авито, Профи.ру), оказания профессиональных услуг психологами и репетиторами (Грани, Ясно, Alter.ru, Ваш репетитор, 5-Легко). В конечном итоге платформизация может затронуть все сферы трудовой деятельности [Faraoun A., 2024: 7]².

Обозначенная тенденция демонстрирует, как цифровые технологии трансформируют традиционные подходы к занятости, создавая гибкие формы организации труда, что, как пишет в частности Ж.В. Федорова, повлечет за собой необходимость адаптации трудового законодательства и систем социальной защиты для усвоения особенностей этой новой формы занятости [Федорова Ж.В., 2024: 188]. Немецкий профессор трудового права М. Вайс отмечает, что в новых формах занятости работники более уязвимы, нежели в традиционной занятости, и поэтому нуждаются в большей, а не меньшей защите [Weiss M., 2022: 85]. Однако следует согласиться с К.Л. Томашевским, что занятость на цифровых платформах не предполагает новой правовой формы трудовой занятости, а объединение в группу платформенно занятых указывает на общий способ привлечения к труду и его осуществления [Томашевский К.Л., 2021: 10]. Несмотря на это, такой инновационный способ привлечения к труду используется для выведения платформенно занятых из сферы регулирования трудового законодательства под управление правил цифровых платформ и алгоритмов.

Рабочее время, являясь одним из ключевых институтов трудового права, влияющим как на оплату труда, так и охрану жизни и здоровья работников, приобретает повышенную уязвимость в контексте правового вакуума в регулировании труда на цифровых платформах. В этом контексте назрела необходимость разработки теории рабочего времени работников цифровых платформ, механизма его регулирования в русле исторического опыта регулирования рабочего вре-

¹ Число занятых на цифровых платформах может увеличиться до 10 млн. за два года. Available at: URL: <https://rg.ru/2024/02/21/chislo-zaniatyh-na-cifrovyyh-platformah-mozhet-uvelichitsia-do-10-mln-za-dva-goda.html> (дата обращения: 12.05.2025)

² См. также: Ecker Y., Münßinger M. Towards a geographical political economy understanding of platformization. Progress in Economic Geography, 2024, vol. 2. Available at: URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S294969422400018X> (дата обращения: 12.05.2025)

мени, а также возможностей современных технологий и алгоритмов искусственного интеллекта.

1. Исторические вызовы регулирования рабочего времени: от фабрик к платформам

Первые элементы системного регулирования рабочего времени начали формироваться в рамках цеховой организации труда в XVIII веке, когда конкурентное противостояние между ремесленными мастерскими и зарождающимися производственными предприятиями привело к усилению эксплуатации подмастерьев и фабричных рабочих, привлекаемых к труду на фабриках. В этот период продолжительность рабочего времени в промышленности достигала 90 часов в неделю³.

Первые попытки на государственном уровне нормировать рабочее время были предприняты в Великобритании; Акт парламента 1819 года ограничил рабочее время детей 9–13 лет 8 часами в день и 48 часами в неделю, детей 14–18 лет — 12 часами в день. Акт 1847 года закрепил, что работа лиц моложе 18 лет не должна превышать 10 часов в сутки и 58 часов в течение недели, а Акт 1878 года установил для детей 12–14 лет 6-часовой рабочий день на текстильных фабриках и 6,5-часовой на остальных. Аналогичные нормативы продолжительности рабочего времени в течение XIX века были введены в других промышленно развитых странах мира. Так, к началу XX века в США почти во всех штатах для лиц до 18 лет был установлен 8–10-часовой рабочий день. В Российской империи Устав о промышленности (1893) ограничивал продолжительность рабочего времени детей 8 часами в день.

В дальнейшем нормативные ограничения продолжительности рабочего времени внедрялись во многих промышленно развитых странах в отношении совершеннолетних лиц мужского пола (Англии, Австралии, США, Франции). В Российской империи по Закону «О продолжительности и распределении рабочего времени в заведениях фабрично-заводской промышленности» (1897) рабочее время не должно было превышать 11,5 часов в день. На Первом Конгрессе Интернационала в 1866 году было выдвинуто требование о 8-часовом рабочем дне. Было предложено закрепить данный стандарт на международном уровне, чтобы пресечь попытки отдельных

³ OECD. How Was Life? Vol. II: New Perspectives on Well-Being and Global Inequality since 1820. Paris, 2021. Available at: URL: https://www.oecd.org/en/publications/how-was-life-volume-ii_3d96efc5-en.html (дата обращения: 12.05.2025)

государств и промышленных гигантов выиграть экономическую конкуренцию у тех, кто согласится ограничить продолжительность рабочего времени. Но только после принятия в 1917 году в Советской России Декрета о 8-часовом рабочем дне данный вопрос начал решаться международным сообществом.

В 1919 году на первой сессии Генеральной конференции Международной организации труда (МОТ) в Конвенции №1 о рабочем времени в промышленности оформляется решение о введении 8-часового рабочего дня и 48-часовой рабочей недели. Согласно ст. 2 Конвенции МОТ №30 о регламентации рабочего времени в торговле и в учреждениях рабочее время рассматривается как период, в течение которого работники находятся в распоряжении нанимателя (из этого периода исключается отдых, во время которого работники не находятся в распоряжении нанимателя). Как видим, в основе определения рабочего времени лежит признак нахождения в распоряжении работодателя, и оно воспринимается как противоположность периодам отдыха. В 1935 году МОТ приняла Конвенцию № 47 о сокращении рабочего времени до 40 часов в неделю. На протяжении XX века данный международный стандарт продолжительности рабочего времени постепенно был внедрен в трудовое законодательство большинства государств.

В последние десятилетия XX века, когда вместе с процессами глобализации в развитых странах началась планомерная и интенсивная деиндустриализация, сформировался перекося занятости с промышленного производства на сферу услуг и возникла концепция гибкости в организации труда, которая, в сущности, стала эвфемизмом для дерегулирования трудовых отношений. Как отметил американский экономист Дж. Стиглиц, закливание об усилении гибкости труда — это лишь плохо скрываемая попытка лишить трудящихся (под прикрытием «экономической эффективности») завоеваний, добытых ими в ходе многолетнего торга и политической активности [Стиглиц Д., 2003: 15].

Внедрение гибкости в организацию труда коснулось и ограничений продолжительности рабочего времени. М. Вайс констатирует, что политика гибкости привела к возможности превышения пределов ежедневной и еженедельной продолжительности рабочего времени [Weiss M., 2022: 73]. Эксперты МОТ отмечают, что работодатели используют время в качестве ключевого источника гибкости, все больше фрагментируя рабочее время за счет усиления контроля над временем, сокращения периодов бездействия на рабочих местах, интенсификации и «уплотнения» рабочего времени [Boulin J.-Y., Lallement M., Messenger J. et al., 2006: 64].

Одним из наиболее показательных примеров применения концепции гибкости можно назвать «нулевое» рабочее время. Непосредственно практику применения «нулевого» рабочего времени можно было наблюдать с начала 1990-х годов, когда британская компания Burger King начала оплачивать работникам только время, потраченное на фактическое обслуживание клиентов⁴. При этом, как отмечается в исследованиях, круг профессий, для выполнения работы по которым применяется «нулевое» рабочее время, уже не ограничивается сферами продаж, уборки, гостиничных услуг, а включает водителей, учителей, воспитателей, бизнес-консультантов и даже преподавателей университетов, архитекторов и инженеров [Jaehrling K., Kalina T., 2020: 12].

Как отмечает А. Фабреллас, «нулевое» рабочее время подразумевает, что работодатели нанимают рабочих без фиксации рабочего времени. Работники привлекаются работодателем к работе при потребности в рабочей силе и оплачиваются в соответствии с количеством фактически отработанных часов [Fabrellas A.G., 2019: 7]. С. Дикин и Д. Моррис указывают, что «нулевое» рабочее время охватывает все случаи, когда работодатель однозначно отказывается взять на себя обязательство заранее предоставить любое заданное количество работы [Deakin S., Morris G., 2012: 167]. В обзоре МОТ говорится об отсутствии как у работодателей обязательств по предоставлению любого количества рабочих часов при использовании «нулевого» рабочего времени, так и у работников обязательств по работе⁵. Из приведенных определений выделяется следующий ключевой признак «нулевого» рабочего времени: отсутствие гарантированных фиксированных часов работы при наличии неоплачиваемого периода ожидания трудовых заданий.

В большинстве стран мира «нулевое» рабочее время находится вне сферы правового регулирования, однако его применение не запрещено и иногда признается допустимым в судебном порядке (Греция, Италия). В Великобритании, Нидерландах и Турции «нулевое» рабочее время легализовано на уровне нормативных актов.

В Великобритании по Закону о минимальной национальной заработной плате (1998)⁶, работникам, работающим по договору с

⁴ Burger King pays pounds 106,000 to staff forced to 'clock off'. Available at: URL: <https://www.independent.co.uk/news/burger-king-pays-pounds-106000-to-staff-forced-to-clock-off-1526458.html> (дата обращения: 12.05.2025)

⁵ Non-Standard Employment Around the World. Geneva: ILO. 2016. Available at: URL: <https://www.ilo.org/publications/major-publications/non-standard-employment-around-world-understanding-challenges-shaping> (дата обращения: 12.05.2025)

⁶ National Minimum Wage Act. Date of enactment: 31.07.1998. Available at: URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/39/introduction> (дата обращения: 12.05.2025)

«нулевым» рабочем временем, в период ожидания трудового задания должна выплачиваться минимальная заработная плата. Закон о малом бизнесе, предпринимательстве и занятости Великобритании (2015)⁷ запретил практику ограничения выполнения другой работы работниками с «нулевым» рабочим временем. В Нидерландах работодатель обязан уведомлять работника с «нулевым» рабочим временем о вызове на работу минимум за 4 календарных дня до начала смены⁸. Согласно ст. 14 Трудового кодекса Турции⁹ работники «по вызову» (аналог понятия «нулевого» рабочего времени) трудятся на условиях трудового договора с неполным рабочим днем (не менее 20 часов в неделю) при минимальной продолжительности смены в 4 часа и минимальной оплате труда даже при отсутствии вызова.

Рассмотренные попытки урегулировать «нулевое» рабочее время лишь подчеркивают его несбалансированную и рискованную для трудящегося природу. Данный тезис подтверждает и Директива Европарламента о прозрачных и предсказуемых условиях труда в Европейском союзе (2019), в которой указывается, что государства, допускающие заключение договоров с «нулевым» рабочем временем, должны обеспечить предотвращения злоупотребления такими договорами¹⁰. Такими мерами в приведенных примерах регулирования «нулевого» рабочего времени являются минимальная продолжительность рабочей недели, заблаговременные предупреждения работника о начале работы и гарантии оплаты времени ожидания трудового задания¹¹.

На цифровых платформах модель «нулевого» рабочего времени является доминирующей. При этом положение трудящихся на цифровых платформах остается еще менее защищенным, чем классических работников с «нулевым» рабочим временем. Прежде всего это

⁷ Small Business, Enterprise and Employment Act. Date of enactment: 26.03.2015. Available at: URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26> (дата обращения: 12.05.2025)

⁸ Flexibility and Security Act. No. 300. Date of enactment: 14.05.1998. Available at: URL: https://natlex.ilo.org/dyn/natlex2/r/natlex/fe/details?p3_isn=69254 (дата обращения: 12.05.2025)

⁹ Labor Act of Turkey. Law No. 4857. Date of enactment: 22.05.2003. Available at: URL: <https://natlex.ilo.org/dyn/natlex2/natlex2/files/download/64083/TUR64083.PDF> (дата обращения: 12.05.2025)

¹⁰ Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj/eng> (дата обращения: 12.05.2025)

¹¹ Конвенции МОТ о рабочем времени не дают точного ответа на вопрос, включается ли время ожидания в рабочее время.

связано с законодательным вакуумом в определении правовой природы труда на цифровых платформах в большинстве стран мира. Например, в США суды используют различные тесты для определения статуса работника (Economic Reality Test и тест ABC). В 2024 году для определения правового статуса трудящихся на платформах администрацией было введено «правило Байдена» (Biden Rule), которое закрепляло предоставление платформенно занятым правовой защиты при таких условиях, как контроль платформы над деятельностью трудящегося и экономическая зависимость трудящегося от платформы. Следует отметить, что нынешней администрацией США данное правило отменено, а иски о признании отношений с платформами трудовыми подлежат отклонению¹².

В Китае применяются как рекомендации судам на основе типичных споров между трудящимися и платформами (шесть типичных дел по трудовым спорам в новых формах занятости¹³), так и инструменты «мягкого права» (Руководства о работе в новых формах занятости 2021¹⁴ и 2024¹⁵ годов). В ЕС с 2024 г. действует Директива об улучшении условий труда при работе на платформах, закрепляющая презумпцию трудовых отношений (платформы должны доказывать, что трудящийся не является работником).

В России труд на цифровых платформах остается вне поля правового регулирования. Попытка урегулировать платформенную занятость предпринята в законопроекте № 275599-8 «О занятости населения» от 11.01.2023. Однако из принятой редакции законопроекта нормы о платформенной занятости были исключены. С марта 2024 года рабочая группа экспертов, бизнеса и Министерства труда и социальной защи-

¹² Department of Labor Plans to Rescind Biden's Gig Worker Rule Making It Easier for Companies to Use Independent Contractors, 2025. Available at: URL: <https://www.nelsonmullins.com/insights/blogs/the-hr-minute/employee-compensation/department-of-labor-plans-to-rescind-biden-s-gig-worker-rule-making-it-easier-for-companies-to-use-independent-contractors> (дата обращения: 12.05.2025)

¹³ The Supreme People's Court of China. Typical Cases of Labor Disputes on New Employment Patterns. Available at: URL: <https://mp.weixin.qq.com/s/hYu01HiLmJ00f-aF7KglBg> (дата обращения: 12.05.2025)

¹⁴ Ministry of Human Resources and Social Security (MOHRSS). Guiding Opinions on Safeguarding Labor Security Rights and Interests under New Forms of Employment. Available at: URL: https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-07/23/content_5626761.htm (дата обращения: 12.05.2025)

¹⁵ The MOHRSS Explains the Guidelines for the Protection of Employees' Rights and Interests in the New Employment Pattern. Guidelines on Protecting the Rights and Interests of Employees in New Forms of Employment. Available at: URL: http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgknr/zcjd/zcjd wz/202402/t20240223_513877.html (дата обращения: 12.05.2025)

ты готовит специальный законопроект о регулировании платформенной занятости. В условиях правового вакуума платформенно занятые оформляются преимущественно в качестве самозанятых¹⁶.

Отечественная судебная практика в данной сфере также не выработала критериев определения правового статуса платформенно занятых, преимущественно квалифицируя отношения платформ с ними как гражданско-правовые или посреднические из-за статуса самозанятости и отсутствия формальных признаков трудовых договоров¹⁷. В результате трудящиеся на цифровых платформах в России исключены из сферы действия трудового законодательства и, соответственно, нормативных стандартов рабочего времени.

В результате сохранения неопределенности правового статуса трудящихся на цифровых платформах они несут риски, связанные в том числе со смешением периодов подключения, выполнения и ожидания заказов. Как показало исследование НИУ ВШЭ в 2024 году, в среднюю продолжительность ежедневной работы на платформах входит время как на поиск заказов и клиентов на платформах, так и непосредственно на выполнение работ¹⁸. Соответственно рабочее время трудящихся на цифровых платформах имеет тенденцию к фрагментации и неограниченному удлинению. Например, в Китае доставщики еды работают по восемь часов в день, но остаются на связи по 12 часов, постоянно чередуя время доставок и поиска заказов¹⁹.

Кроме того, алгоритмы, используемые цифровыми платформами для управления трудом, создают дополнительное давление на работников, заставляя их работать быстрее и дольше²⁰. Нельзя не согла-

¹⁶ Платформенная занятость: вызовы и возможные решения. 2024. Available at: URL: <https://www.csr.ru/upload/iblock/6ca/krk89ha0yxx3ystja243obvc7ly8bntv.pdf> (дата обращения: 12.05.2025).

¹⁷ См.: Апелляционное определение Омского областного суда от 15.01.2020 по делу № 2–2783/2019; Апелляционное определение Мосгорсуда от 22.11.2019 по делу № 33–53437/2019; Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 10.12.2020 по делу № 33–8028/2020.

¹⁸ Платформенная занятость в России: динамика распространенности и ключевые характеристики занятых: доклад. М., 2024. С. 40. Available at: URL: <https://publications.hse.ru/books/936765274> (дата обращения: 12.05.2025)

¹⁹ Zhou I. Digital labor platforms and labor protection in China. International Labor Organization, 2020, Working Paper 11. Available at: URL: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@asia/@ro-bangkok/@ilo-beijing/documents/publication/wcms_757923.pdf (дата обращения: 12.05.2025)

²⁰ El Bourkadi S. Uber structure's managerial algorithmic communication and drivers' health issues: sensemaking of work strategic resistance. *Frontiers in Communication*, 2023, vol. 8. Available at: URL: <https://www.frontiersin.org/journals/communication/articles/10.3389/fcomm.2023.1213679/full> (дата обращения: 12.05.2025)

ситься с Е.В. Мотиной, что «нулевое» рабочее время на платформах означает современный способ контроля над работником, который осуществляется не только в рамках рабочего времени, но выходит за его пределы, а также может выступать в качестве латентной меры квазидисциплинарного воздействия²¹. В данном контексте цифровые платформы, обладая технологической монополией, фактически присваивают себе автономию в установлении меры труда, включая алгоритмическое регулирование рабочего времени, несмотря на формальный статус поставщиков информационных услуг через приложения.

Как отмечает А. Фабреллас, приложение или программное обеспечение, используемое для оказания услуг — инфраструктура трудовой деятельности, — разрабатывается, поддерживается и принадлежит платформе [Fabrellas A.G., 2019: 5]. Данную справедливую мысль можно дополнить позицией К. Ванга и Я. Чена, что алгоритмическое управление может сделать платформы свободными от обязанностей и ответственности работодателя [Wang Q., Chen Y. et al., 2024: 154]. Платформы монополизировали управление данными и алгоритмами, тогда как трудящегося, лишённые влияния на эти системы, оказываются в положении зависимости.

В рассмотренной парадигме прослеживается проблематика использования рабочего времени, а точнее, его неэффективного использования в условиях нынешней организации платформенной занятости. Н. Срничек связывает это со склонностью платформы к монополии, что противоречит традиционной логике оптимизации трудовых ресурсов и связано с организационной моделью платформ, где ключевая ценность — масштабируемость и мгновенное насыщение спроса [Srnicek N., 2017: 18].

Привлекая максимальное количество трудящихся, платформы создают следующие преимущества: избыток трудящихся позволяет мгновенно реагировать на колебания спроса, поддерживая имидж надежного сервиса; конкуренция среди трудящихся позволяет платформам манипулировать условиями труда ввиду вакуума правового регулирования. В конечном итоге данная модель способствует усилению сетевых эффектов по следующей схеме: больше работников → больше данных → улучшение алгоритмов → привлечение новых пользователей → рост монопольной власти. В условиях монопольно-

²¹ Мотина Е.В. Смысловые критерии договора «ноль часов» и контуры их закрепления в трудовом праве / Публичные и частные начала правового регулирования в современном социальном государстве: сборник статей. Минск, 2024. С. 242. Available at: URL: http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/102382/1/Motina_241_244.pdf (дата обращения: 12.05.2025)

го доминирующего управления трудом платформ это выражается в неоплачиваемом рабочем времени — часах ожидания заказов в приложении, которые формально не считаются рабочими, но фактически обязательны для доступа к заработку. Такое положение вещей не соответствует элементарным правилам научной организации труда и рационального использования рабочего времени, о чем еще столетие назад писали как отечественный новатор А.К. Гастев, так и американский промышленник Генри Форд²².

Именно поэтому классик отечественной трудовправовой мысли А.И. Процевский отмечал, что рабочий день как составная часть меры труда есть величина строго определенная государством. Она, как правило, не является предметом соглашения (исключение — неполное рабочее время), а поэтому не может являться и элементом трудового правоотношения. Посредством рабочего времени государство определяет обязательное количество (меру) труда, которое трудящийся должен доставить обществу на определенном этапе его развития. Мера труда определяет его продолжительность и производительность. При этом рабочее время в ряде случаев может выступать основой меры труда, в то время как нормы выработки без установленной продолжительности рабочего времени мерой труда служить не могут. Следовательно, интенсивная сторона меры труда носит вторичный, производный характер. Продолжительность рабочего времени (экстенсивная мера труда), как правило, — величина постоянная, ограниченная законом. Нормы выработки, времени, обслуживания, наоборот, составляют подвижную величину меры труда. Это должно предопределять и методы правового регулирования нормирования труда.

В связи с этим ученый предложил разграничить установление продолжительности рабочего времени и его распределение. Установление продолжительности рабочего времени является областью исключительно государственного нормирования, а распределение рабочего времени связано с договорным регулированием рабочего времени, когда стороны трудового или коллективного договора вправе лишь уменьшить продолжительность рабочего времени и определить его режим [Процевский А.И., 1975: 31, 39, 43].

Согласно А.И. Процевскому, рабочее время — экстенсивная мера труда, которая определяет обязательное количество труда, предоставляемого обществом. В контексте регламентации рабочего вре-

²² Старикова Е.В., Преображенский Г.М. Поэзия «прозы труда»: научная организация труда А. К. Гастева и ее место в контексте современной теории управления // Векторы благополучия: экономика и социум. 2018. №3. Available at: URL: <https://jwt.su/journal/article/view/864/871> (дата обращения: 12.05.2025)

мени работников цифровых платформ данная позиция строится на приоритете экстенсивной меры труда (продолжительности рабочего времени) над интенсивной (нормами выработки). Рабочее время как количественная основа труда должно быть строго определено законом, тогда как нормы выработки, обслуживания или алгоритмические требования цифровых платформ — это вторичные, гибкие параметры, которые не могут заменять собой фиксированную продолжительность труда. Интенсивность труда (например, количество выполненных заказов, быстрота реагирования на задания) не может служить заменой регулирования его продолжительности. Алгоритмы цифровых платформ, манипулирующие нормами выработки, должны действовать в рамках установленных законом пределов рабочего времени. Без четко закреплённой продолжительности рабочего времени нормы выработки теряют правовую опору и становятся инструментом давления.

Платформы, управляющие нагрузкой трудящихся через динамическое распределение задач, обязаны соблюдать законодательно закреплённые пределы рабочего времени, включая периоды ожидания заказов. Поэтому государству необходимо установить максимальную продолжительность рабочего времени, включая периоды вынужденного ожидания задач в приложениях цифровых платформах. Отсюда следует, что даже в условиях гибкой организации труда на цифровых платформах рабочее время должно регулироваться законодательно, а не оставаться на усмотрении алгоритмов или соглашений. Даже если работник формально не выполняет активных заданий, его подключение к платформе для поддержания доступности следует считать частью рабочего времени, так как это ограничивает личную свободу и требует компенсации.

Время онлайн-доступности подпадает под действие трудовых норм, так как формирует «обязательную меру труда», которую нельзя перекладывать на договорное регулирование. В контексте цифровых платформ это означает, что рабочее время (периоды, когда трудящийся находится в режиме онлайн-доступности для выполнения задач) должно регулироваться как часть меры труда, поскольку оно формирует количественную основу рабочего процесса, даже если активная деятельность не осуществляется непрерывно.

Незыблем и ключевой тезис А.И. Процевского — недопустимость передачи количественной меры труда на усмотрение работодателя. Поэтому решение данной проблемы в практике цифровых платформ требует переосмысления классических правовых категорий и инструментов регулирования рабочего времени.

2. Время подключения (концепция рабочего времени для трудового права в платформенной экономике)

Рабочее время как важнейший институт трудового права в условиях платформенной экономики трансформируется во время подключения. Под временем подключения к цифровой платформе понимается время, в течение которого работник имеет онлайн-доступ к личному кабинету на цифровой платформе (цифровых платформах) для получения и выполнения трудовых заданий.

Теоретическая концепция времени подключения как альтернатива традиционному рабочему времени в условиях платформенной экономики предполагает переосмысление трудовых отношений через призму онлайн-доступности. Концепция базируется на признании периода онлайн-доступности работника (включая авторизацию, выполнение заданий и ожидание заказов) ключевым элементом регулирования. Это обусловлено спецификой платформенной занятости, где физическое присутствие на работе заменяется цифровым участием.

Правовое оформление концепции времени подключения требует установления пределов продолжительности, аналогичных нормам Трудового кодекса Российской Федерации, например, в виде максимальной суточной продолжительности времени подключения — 12 часов и недельной — 48 часов. При этом в отдельных видах трудовой деятельности (например, в сфере перевозок) может устанавливаться меньшая продолжительность времени подключения.

Время подключения дифференцируется на активное и пассивное, которые фактически являются особыми режимами подключения к цифровой платформе.

Активное время подключения — период непосредственного выполнения трудовых задач, инициированных цифровой платформой. В этот период работник совершает физические и/или интеллектуальные усилия, направленные на достижение конкретного результата, который фиксируется платформой. Активное время легко поддается количественной оценке, так как его границы совпадают с выполнением заказа — от принятия задания до его завершения, что подтверждается автоматической фиксацией в системе.

Пассивное время подключения, напротив, охватывает периоды, когда работник остается в режиме онлайн, но не выполняет задач. Это включает нахождение в режиме онлайн-доступности — состоянии, при котором работник сохраняет доступность для мгновенного

реагирования на поступающие задания. Это включает ожидание новых заказов, поддержание активного статуса в приложении (например, регулярное обновление интерфейса), отслеживание уведомлений. Пассивное время характеризуется отсутствием явной трудовой активности, но создает скрытую нагрузку: работник не может полноценно отдыхать, планировать собственные дела или переключаться на другую деятельность. Более того, в условиях высокой конкуренции за задания пассивное время может превышать активное.

Пассивное время подключения функционально сопоставимо с простым по вине работодателя — временной остановкой работы по обстоятельствам, зависящим от работодателя, когда работник остается на рабочем месте в ожидании возобновления деятельности. Пассивное время подключения и простой по вине работодателя объединяют элементы вынужденного бездействия, ограничивающего автономию работника, и сохранения трудовой связанности, однако их генезис и социально-экономические последствия принципиально различаются. Простой по вине работодателя обусловлен организационными причинами работодателя, тогда как пассивное время подключения встроено в самую архитектуру платформенной экономики, где неравномерный поток заказов и алгоритмическое распределение задач трансформируют ожидание в системный элемент трудового процесса. В отличие от простоя, когда работодатель обязан обеспечить условия возобновления труда, платформы делегируют ответственность за «простои» самому работнику, манипулируя его поведением через выбор рабочих слотов, неявные алгоритмические правила и стимулы.

Ключевое отличие активного времени от пассивного — степень контроля со стороны работника. Если активное время предполагает выполнение четких инструкций под надзором алгоритмов (маршрут, сроки, оценка качества), то пассивное время связано с «подвешенным» состоянием, когда работник вынужден подчиняться неявным правилам системы (например, алгоритмы могут распределять заказы в пользу тех, кто дольше остается в онлайн-доступности).

Оба режима времени подключения формируют совокупную нагрузку, но их правовое признание неравнозначно: активное время обычно регулируется тарифами платформы, тогда как пассивное остается «невидимым» для оплаты. Поэтому оба режима (активное и пассивное время подключения) подлежат совокупному учету, поскольку ограничивают свободу работника, вынужденного сохранять готовность к труду.

Для интеграции такой дифференциации в правовое поле необходимо установить критерии учета пассивного времени подключения

(например, фиксация всех интервалов между авторизацией и выходом из системы), а также ввести компенсационные механизмы: пропорциональную плату за ожидание и/или ограничение максимальной продолжительности пассивного режима. Без такого подхода сохраняется дисбаланс: работники платформ формально свободны управлять своим временем, но фактически привязаны к алгоритмам, которые трансформируют пассивное время подключения в инструмент скрытой эксплуатации.

Оплату времени подключения следует осуществлять дифференцированно в активном и пассивном режимах. За работу в активном режиме времени подключения работник получает плату в размере 100% от стоимости трудового задания. Если в слоте нет задач, платформа выплачивает не менее 50% от средней стоимости трудового задания за нахождение работника в режиме пассивного времени подключения. С помощью данной нормы фактически закрепляется обязанность платформы предоставить работу и ответственность платформы за непредоставление трудовых заданий. Тем самым снижается риск манипулирования спросом со стороны платформ и фрагментации трудовой активности работников платформ.

Регулирование трудовых прав в платформенной экономике требует не только разработки новых правовых норм, но и технологической трансформации самого государства. Государству необходимо освоить цифровые инструменты, аналогичные тем, что используют платформы, чтобы восстановить субъектность в установлении и контроле правил путем создания нормативно-технологического механизма, интегрирующего правовые нормы с алгоритмическим контролем. Таким механизмом может стать единый государственный агрегатор в сфере труда и занятости (далее — ГАТЗ), задачей которого будет алгоритмическое управление процессами организации труда на цифровых платформах посредством агрегации данных о времени подключения трудящихся, задействованных на различных цифровых платформах, в режиме реального времени. Внедрение ГАТЗ тесно связано с определением правового статуса платформенно занятого.

Российские ученые неоднократно отмечали, что занятость на цифровых платформах при наличии определенных признаков может признаваться трудовой деятельностью в понимании классического трудового подхода. А.М. Лушников и М.В. Лушникова называют такими признаками информационную зависимость работника от работодателя и невозможность одновременной работы на другого работодателя на условиях полной или частичной занятости [Лушников А.М., Лушникова М.В., 2020: 25]. Е.М. Офман добавляет, что право

контроля (в том числе информационного) за исполнением работником возложенных на него трудовых обязанностей — это один из самых важных признаков, свидетельствующий о наличии трудового правоотношения [Офман Е.М., 2021: 143]. При наличии указанных признаков ученые-трудовики [Чесалина О.В., 2019: 15]; [Шуралева С.В., 2019: 19]; [Лютов Н.Л., Войтковская И.В., 2020: 158] считают, что данные отношения занятости на цифровых платформах должны регулироваться трудовым законодательством.

Соответственно, интеграция в цифровую архитектуру ГАТЗ признаков трудовых отношений, позволяющих автоматически признавать платформенно занятого работником, позволит отграничить последних от самозанятых.

Для нормативно-технологического разграничения трудовых отношений и самозанятости в рамках ГАТЗ предлагается внедрение многофакторной алгоритмической модели, синтезирующей формально-юридические критерии и цифровые поведенческие метрики. Классификация статуса работника инициируется при интеграции профиля Госуслуг с данными ФНС о налоговом режиме (НПД/ИП), историей доходов и сведениями ПФР о наличии основного трудового договора, где доминирование платформенных выплат (например, более 70% совокупного дохода) служит индикатором трудовых отношений.

Далее ГАТЗ проводит динамический мониторинг степени алгоритмического контроля посредством API платформ, выявляя ключевые факторы, обуславливающие подчинение и контроль со стороны платформы. К таким факторам следует отнести слотовую систему рабочего дня, санкции за отказ от заданий, снижение рейтинга, блокировку аккаунта или штрафы за нарушение стандартов, подчинение внутренним правилам платформы, обязательное участие в корпоративных чатах (организационная подчиненность), использование GPS-трекинга, записей, скриншотов для мониторинга исполнения заданий, запрет на параллельную работу в конкурирующих сервисах или алгоритмическое снижение приоритета при мультизанятости (личная подчиненность), обязательное использование спецоборудования и программного обеспечения платформы, невозможность самостоятельного ценообразования, выбора маршрутов/методов работы (экономическая подчиненность). Автоматическая квалификация правового статуса активируется при фиксации трех и более факторов трудовых отношений, что влечет за собой обязанность платформы заключить трудовой договор с трудящимся либо ГАТЗ осуществляет это самостоятельно.

Функционирование ГАТЗ должно быть основано на интеграции с платформами через стандартизированные API-интерфейсы, обеспечивающие автоматизированный сбор информации о времени подключения работников, продолжительности выполнения задач, времени ожидания заказов и об иных параметрах трудовой активности. Данные подвергаются алгоритмической обработке с целью сопоставления фактического времени подключения с продолжительностью установленной законодательством, включая активный и пассивный режим времени подключения. При выявлении систематических превышений времени подключения платформа инициирует алгоритмические меры воздействия — временную блокировку доступа работника к трудовым заданиям или остановку функционирования аккаунта (личного профиля на платформе) до восстановления соответствия требованиям.

Ведущей характеристикой ГАТЗ является реализация превентивного контроля, при котором анализ данных осуществляется непрерывно, а не постфактум, что позволит в том числе пресекать и предотвращать нарушения до их совершения. Алгоритмы платформы можно динамически адаптировать к специфике различных секторов платформенной экономики, учитывая особенности различных платформ, и корректировать допустимые лимиты уже в соответствии с отраслевыми нормативами. Для обеспечения прозрачности все действия системы следует документировать в распределенном реестре, доступном для аудита Государственной инспекцией труда. Техническая архитектура ГАТЗ должна предусматривать строгое разграничение доступа к данным, их шифрование и анонимизацию при передаче, гарантируя соответствие требованиям законодательства о защите персональных данных.

Внедрение такой системы трансформирует роль государства из пассивного регулятора в активного участника цифровой экосистемы, способного не только устанавливать нормы, но и обеспечивать их исполнение технологическими средствами. Вместе с тем ГАТЗ выступит инструментом сбора агрегированной статистики, необходимой для совершенствования трудового законодательства в рамках реалий алгоритмически управляемой экономики. Таким образом государство фактически прерывает монополию платформ на установление меры труда для платформенной занятости и обрисовывает перспективные контуры государственной субъектности в регулировании общественных отношений, связанные с активным применением алгоритмов в правовом регулировании.

В контексте времени подключения система автоматически должна сокращать доступные слоты для работника, если он приближается

к недельному/дневному лимиту, а также предупреждать о приближении к установленному лимиту за несколько часов. При превышении норм времени подключения API-интерфейс блокирует личный профиль работника до следующего допустимого учетного периода, а все платформы, где зарегистрирован работник, получают уведомление о блокировке.

Превышение норм времени, подключение и блокировка личного профиля работника не должны влиять на его рейтинг и доступ на платформы, на которых он трудится. Необходимо также закрепить норму о том, что алгоритмы платформ не должны понижать рейтинг работников или ограничивать доступ к заказам из-за отказа работать в определенные часы.

Важнейшим аспектом урегулирования времени подключения является мультиплатформенность занятости на цифровых платформах, что подразумевает одновременное или последовательное участие работника в нескольких платформенных экосистемах. Основная проблема заключается в фрагментации учета времени подключения, когда каждая платформа фиксирует лишь период активности работника в пределах собственного цифрового интерфейса, игнорируя совокупную нагрузку, возникающую из-за параллельного или последовательного подключения к другим платформам. Алгоритмическая конкуренция между платформами, каждая из которых оптимизирует распределение заданий в пользу наиболее доступных работников, создает эффект принудительной мультиплатформенности: для поддержания стабильного дохода работник вынужден регистрироваться на множестве платформ, подчиняясь противоречивым требованиям их алгоритмов, что трансформирует пассивное время подключения на одной платформе в активное время выполнения задач на другой, но не устраняет кумулятивной нагрузки.

Решение проблемы мультиплатформенности требует разработки межплатформенных стандартов регистрации времени подключения, а также цифрового инструмента, аккумулирующего данные о времени подключения работников ко всем платформам через унифицированные API-интерфейсы. Это позволит в режиме реального времени отслеживать общую продолжительность онлайн-активности, включая периоды пассивного ожидания и выполнения задач на разных сервисах. Например, если работник зарегистрирован на нескольких платформах и подключение к ним осуществляется параллельно, система суммирует его общее рабочее время и блокирует превышение. Также возможен вариант непересечения слотов при последовательном подключении, когда работник не может выбрать слоты на разных плат-

формах, которые пересекаются по времени. При попытке выбрать пересекающийся слот система возвращает ошибку через API.

Максимальное количество платформ, к которым может быть подключен работник, также требует определения. При последовательном подключении лимит платформ следует определять по совокупной максимальной продолжительности времени подключения, которое предлагается закрепить продолжительностью не более 48 часов в неделю и не более 12 часов в день. Определение максимального количества платформ при параллельном подключении (пересечении слотов) предполагает дополнительные исследования когнитивно-физических способностей человека к платформенной многозадачности без существенного вреда здоровью, трудоспособности, повышения риска ошибок и несчастных случаев.

Определять максимальное количество платформ, к которым может быть подключен работник, целесообразно дифференцированно в зависимости от сферы трудовой деятельности и воздействия неблагоприятных факторов среды. В случае установления предела для сферы перевозки в количестве трех платформ система будет автоматически блокировать регистрацию на четвертой платформе, выдавая ошибку API.

Решить проблему мультиплатформенности можно с помощью интеграции через API всех платформ, на которых зарегистрирован работник, и проверки пересечения слотов с другими платформами. Следует установить запрет на регистрацию под разными именами на нескольких платформах, чтобы не допустить злоупотребления как платформ, так и работников. Для реализации данного запрета верификация работника должна осуществляться через личный профиль на Госуслугах. Для предотвращения злоупотреблений платформ, например, искусственного занижения периодов пассивного времени подключения, необходимо предусмотреть санкции за неверную передачу данных, включая штрафы и приостановку деятельности платформы. Одновременно следует установить исключения для форс-мажорных обстоятельств (технические сбои, стихийные бедствия), требующие ручного пересмотра лимитов уполномоченными органами. При систематических нарушениях (например, использовании личных профилей) других пользователей работникам может быть заблокирован доступ ко всем платформам сроком на месяц.

Механизм расчета времени подключения основывается на автоматизированном мониторинге активности через интеграцию платформ с ГАЗ, где алгоритмы фиксируют начало и окончание трудовых заданий. Для обеспечения прозрачности данные агрегируются в

защищенных реестрах, доступных для аудита Государственной инспекцией труда (например, для недопущения занижения платформами продолжительности пассивного времени подключения). Автоматизация выплат осуществляется через привязку личных профилей работников к государственным платежным системам, что гарантирует своевременное начисление средств за все учтенные периоды, включая пассивное время подключения.

Далее ГАТЗ должна автоматически передавать в ФНС агрегированные данные о выплатах платформ работникам с разбивкой на: активное время подключения (100% стоимости задания, что классифицируется как доход от трудовой деятельности); пассивное время подключения (50% стоимости от среднего задания, юридически трактуется как компенсация вынужденного простоя по вине работодателя). Данные выплаты включаются в налогооблагаемую базу НДФЛ. Однако пассивные выплаты не попадают под страховые взносы (ПФР, ФОМС), так как не являются оплатой труда в строгом смысле. Кроме того, выплаты за пассивное время подключения следует признать расходом на оплату труда (ст. 255 Налогового кодекса Российской Федерации). Алгоритмы ГАТЗ сопоставляют объем выплат с данными платформ. Расхождения автоматически передаются в ФНС для проверки.

Графически механизм времени подключения в рамках ГАТЗ изображен на рис. 1.

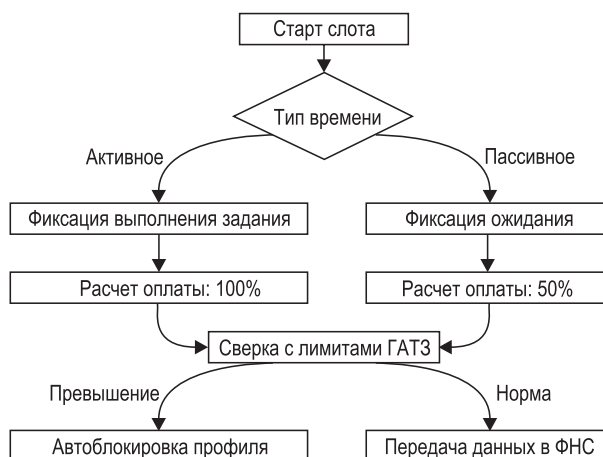


Рис. 1. Механизм времени подключения в рамках ГАТЗ

Вопросы оплаты труда на цифровых платформах требуют отдельного правового исследования. Таким образом, институционализа-

ция и нормативно-технологическое регулирование времени подключения в цифровой экономике составляют необходимое условие преодоления системных дисбалансов, порождаемых платформенной организацией труда, где традиционные правовые механизмы остаются неадекватными в условиях алгоритмической оптимизации производственных процессов.

Установление нормативных рамок, признающих режимы как активного, так и пассивного подключения совокупными частями времени подключения, обеспечивает защиту фундаментальных трудовых прав в условиях, когда цифровые платформы трансформируют человеческий труд в управляемый алгоритмами ресурс. Технологическое регулирование, реализуемое через интеграцию государственных систем мониторинга с платформенными API, позволит трансформировать абстрактные правовые нормы в исполняемые алгоритмические правила. Это создаст основу справедливого распределения рисков между платформами и работниками, а также для усиления регулятивного влияния государства на новые формы занятости.

Заключение

Взгляд на рабочее время как время подключения направлен на выравнивание институционального баланса между государством как всеобщим регулятором и цифровыми платформами, которые благодаря внедрению алгоритмов получили существенную долю действенной субъектности в сфере регулирования труда.

Если цифровые платформы используют время подключения как «невидимый ресурс», государству следует включить его в правовое поле, установив: максимальную продолжительность периодов онлайн-доступности в сутки/неделю; минимальную плату за время подключения даже при отсутствии активных задач, так как трудящийся лишен возможности использовать это время для иной деятельности; гарантии отдыха, исключающие непрерывную включенность в работу.

Реализация стандартов времени подключения возможна исключительно в условиях сближения норм права и алгоритмического регулирования, способного в режиме реального времени осуществлять правоприменение и контроль. При внедрении в практику нормативно-алгоритмического регулирования времени подключения важно сохранить баланс между технологическим контролем и свободой рынка: избыточная централизация может подавить инновации, а недостаточная — оставить работников незащищенными. Поэтому

выводы о нормах времени подключения и технологических инструментов для их обеспечения подлежат обязательной верификации в последующих исследованиях. В любом случае без цифровизации и платформизации госрегулирования нормы в сфере труда на цифровых платформах останутся декларативными, а платформы продолжат диктовать условия, используя технологический разрыв как щит от ответственности.



Список источников

1. Лушников А.М., Лушникова М.В. Трудовое право и цифровая экономика: российский опыт в контексте мировых тенденций // Ежегодник трудового права. 2020. № 10. С. 19–29.
2. Лютов Н.Л., Войтковская И.В. Водители такси, выполняющие работу через онлайн-платформы: Каковы правовые последствия «уберизации» труда? // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 6. С. 149–159.
3. Офман Е.М. Трансформация права работодателя на осуществление контроля за поведением работника в цифровой среде. Ежегодник трудового права. 2021. № 11. С. 130–145.
4. Процевский А.И. Заработная плата и эффективность общественного производства. Харьков: Вища школа, 1975. 168 с.
5. Процевский А.И. Рабочее время и рабочий день по советскому трудовому праву. М.: Госюриздат, 1963. 182 с.
6. Стиглиц Дж. Занятость, социальная справедливость и общественное благосостояние // Международный обзор труда. 2003. Вып. 1–2. С. 8–18.
7. Томашевский К.Л. Платформенная занятость: между трудовым, гражданским и налоговым правом // Юстиция Беларуси. 2021. № 8. С. 10–15.
8. Федорова Ж.В. Экономика платформ: влияние «экономики совместного потребления» на традиционные рынки труда // Экономика и управление: проблемы, решения. 2024. Вып. 8. С. 187–193. DOI: <https://doi.org/10.36871/ek.ur.p.r.2024.08.06.019>
9. Чесалина О.В. Работа посредством интернет-платформ как вызов трудовому правоотношению // Трудовое право в России и за рубежом. 2019. № 1. С. 14–17.
10. Шуралева С.В. Работники в «облаках»: влияние интернет-платформ на развитие трудовых отношений // Трудовое право в России и за рубежом. 2019. № 1. С. 17–20.
11. Boulain J.-Y., Lallement M., Messenger J., Michon F. Decent Working Time: New Trends, New Issues. Geneva: International Labour Organization, 2006. 464 p.
12. Deakin S., Morris G. Labour Law. Oxford: Hart Publishing, 2012. 1360 p.
13. Fabrellas A.G. The Zero-hour Contract in Platform Work. Should We Ban It or Embrace It? IDP: Revista de Internet, Derecho y Política, 2019, vol. 28, no. 1, pp. 1–15. DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i28.3176>
14. Faraoun A. Theorizing Labor in the Platform Economy: Labor Restructuring in Historical Perspective. Sociology Compass, 2024, vol. 18, pp. 187–193. DOI: <https://doi.org/10.1111/soc4.70018>

15. Jaehrling K., Kalina T. «Grey Zones» Within Dependent Employment: Formal and Informal Forms of On-call Work in Germany. *European Review of Labour and Research*, 2020, vol. 26, pp. 447–463. DOI: <https://doi.org/10.1177/1024258920937960>
16. Srnicek N. *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017. 120 p.
17. Wang Q., Chen Y. et al. Unpacking the Legal Status of Platform Workers in China: An Empirical Analysis of Judicial Attitudes and Challenges in the Food Delivery Sector. *Asia Pacific Law Review*, 2024, vol. 32, no. 1, pp. 149–171. DOI: <https://doi.org/10.1080/10192557.2023.2233222>
18. Weiss M. *Legal Scholar without Borders. Selected Writings*. Washington: ADAPT University Press, 2022. 352 p.



References

1. Boulou J.-Y., Lallement M., Messenger J., Michon F. (2006) *Decent Working Time: New Trends, New Issues*. Geneva: International Labor Organization, 464 p.
2. Chesalina O.V. (2019) Work through Online Platforms as a Challenge to Labor Relationship. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*=Labor Law in Russia and Abroad, vol. 1, pp. 14–17 (in Russ.)
3. Deakin S., Morris G. (2012) *Labor Law*. Oxford: Hart Publishing, 1360 p.
4. Fabrellas A.G. (2019) The Zero-Hour Contract in Platform Work. Should We Ban it or Embrace it? *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 28, no. 1, pp. 1–15. DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i28.3176>
5. Faraoun A. (2024) Theorizing Labor in the Platform Economy: Labor Restructuring in Historical Perspective. *Sociology Compass*, vol. 18. DOI: <https://doi.org/10.1111/soc4.70018>.
6. Fedorova Z.V. (2024) Platform Economics: Impact of Sharing Economy on Traditional Labor Markets. *Ekonomika i upravlenie*=Economy and Management, vol. 8, pp. 187–193 (in Russ.) DOI: <https://doi.org/10.36871/ek.up.p.r.2024.08.06.019>
7. Jaehrling K., Kalina T. (2020) «Grey Zones» within Dependent Employment: Formal and Informal Forms of On-Call Work in Germany. *European Review of Labor and Research*, vol. 26, pp. 447–463. DOI: <https://doi.org/10.1177/1024258920937960>
8. Lushnikov A.M., Lushnikova M.V. (2020) Labor Law and Digital Economy: Russian Experience in Context of Global Trends. *Rossiyskiy zhurnal truda i prava*=Russian Journal of Labor and Law, vol. 10, pp. 19–29 (in Russ.)
9. Lyutov N.L., Voytkovskaya I.V. (2020) Taxi Drivers Performing Work through Online Platforms: What Are Legal Consequences of Labor “Uberization”? *Aktualnye voprosy rossiyskogo prava*=Issues of Russian Law, vol. 6, pp. 149–159 (in Russ.)
10. Ofman E.M. (2021) Transforming the Employer’s Right to Control Employee Behavior in the Digital Economy. *Rossiyskiy zhurnal truda i prava*=Russian Journal of Labor and Law, vol. 11, pp. 130–145 (in Russ.)
11. Protseviskiy A.I. (1963) *Working Time and Working Day under Soviet Labor Law*. Moscow: Gosyurizdat, 182 p. (in Russ.)
12. Protseviskiy A.I. (1975) *Wages and Efficiency of Social Production*. Kharkov: Vishcha Shkola, 168 p. (in Russ.)
13. Shuraleva S.V. (2019) Workers in the “Clouds”: Impact of Internet Platforms on Development of Labor Relations. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*=Labor Law in Russia and Abroad, vol. 1, pp. 17–20 (in Russ.)

14. Srnicek N. (2017) *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 120 p.
 15. Stiglitz J. (2003) Employment, Social Justice and Public Welfare. *Mezhdunarodnyy obzor truda*=International Review of Labor, vol. 1–2, pp. 8–18 (in Russ.)
 16. Tomashevskiy K.L. (2021) Platform Employment: between Labor, Civil and Tax Law. *Justitsiya Belarusi*=Byelorussian Justice, vol. 8, pp. 10–15 (in Russ.)
 17. Wang Q., Chen Y. et al. (2024) Unpacking the Legal Status of Platform Workers in China: An Empirical Analysis of Judicial Attitudes and Challenges in the Food Delivery Sector. *Asia Pacific Law Review*, vol. 32, no. 1, pp. 149–171. DOI: <https://doi.org/10.1080/10192557.2023.2233222>
 18. Weiss M. (2022) *A Legal Scholar without Borders. Selected Writings on the Future of Labor Law*. Washington: ADAPT University Press, 352 p.
-

Информация об авторе:

Д.А. Новиков — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

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

Статья поступила в редакцию 02.05.2025; одобрена после рецензирования 23.06.2025; принята к публикации 08.07.2025.

The article was submitted to editorial office 02.05.2025; approved after reviewing 23.06.2025; accepted for publication 08.07.2025.

Научная статья

УДК: 347.454

JEL: K2

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.81.106

Правовой характер заявки и технических условий по договору о технологическом присоединении в электроэнергетике



Евгений Олегович Крассов

Публичное акционерное общество «Нефтяная компания «Роснефть», Россия
119072, Москва, ул. Серафимовича, 2,

krassoveo@rambler.ru, <https://orcid.org/0009-0002-4555-0084>



Аннотация

В юридической литературе значительное внимание традиционно уделяется правовой природе договора о технологическом присоединении в электроэнергетике. Однако практически отсутствуют работы, в которых проводится правовой анализ характера заявки на технологическое присоединение. В дополнение к этому недостаточно исследованным является вопрос правового значения технических условий, выдаваемых сетевой организацией, по общему правилу, до заключения договора. Вместе с тем правила, порядок и условия направления заявки и выдачи технических условий влияют на правовую природу, так как определяют и ее, и порядок признания договора о технологическом присоединении заключенным. Последнему вопросу в научных и практических публикациях также уделяется незначительное внимание в части возможности признания договора заключенным в связи с подготовкой сетевой организацией технических условий на основании заявки. В настоящей работе показано несовершенство правовой трансплантологии и применения в законодательстве об электроэнергетике ряда правовых инструментов, предусмотренных гражданским законодательством. С одной стороны, в законодательстве декларируется распространение на договор о технологическом присоединении специального правового режима публичного и обязательного договора. С другой — установленный подзаконными актами порядок его заключения не соответствует правовым моделям таких договоров, поскольку игнори-

рует содержание этих правовых инструментов и искажает его. Так, непризнание заявки о технологическом присоединении офертой о заключении этого договора исключает не только возможность ее акцепта сетевой организацией посредством конклюдентных действий путем направления заявителю технических условий, но также нарушает непосредственно публичный характер договора. Указанное, в свою очередь, исключает возможность заявителя требовать у сетевой организации исполнения технических условий. Заявитель лишь имеет право требовать у сетевой организации заключения договора. Таким образом, при его заключении предложено использовать правовую модель договора о присоединении. В таком случае допускается полноценное применение к отношениям по технологическому присоединению правил о публичных и обязательных для заключения договорах.



Ключевые слова

договор о технологическом присоединении; заявка; технические условия; оферта; акцепт оферты; публичный договор; обязательный договор.

Для цитирования: Крассов Е.О. Правовой характер заявки и технических условий по договору о технологическом присоединении в электроэнергетике // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 81–106. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.81.106

Research article

Legal Nature of Application and Technical Specifications under Contract on Technological Connection with Electric Power Industry



Evgeny O. Krassov

Rosneft Oil Company, 2 Serafimovicha Str., Moscow 119072, Russia,
krassoveo@rambler.ru, <https://orcid.org/0009-0002-4555-0084>



Abstract

In the legal literature traditionally considerable attention is paid to the legal nature of the contract on technological connection in the electric power industry. However, there are practically no works that provide a legal analysis on the nature of the application for technological connection. In addition to this, the issue of the legal role of technical specifications issued, as a general rule, by a power grid organization before concluding a contract has not been sufficiently studied. At the same time, the rules, procedure and conditions for forwarding an application and issuing technical specifications affect the legal nature, determining it, and the procedure for recognizing the contract on technological connection as concluded. The last issue is also given little attention in scientific and practical publications regarding the possibility of recognizing the contract as concluded due to the preparation by the power grid organization of technical specifications based on the submitted application. The work shows the imperfection

of the legal transplantation carried out and the application in the legislation on the electric power industry of legal instruments provided for by civil legislation. On the one hand, it declares the application of the special legal regime of a public and obligatory contract to the technological connection contract. On the other hand, the procedure for its conclusion established by the by-laws does not correspond to the legal models of such agreements, ignoring the content of these legal instruments and distorting it. Thus, without recognizing an application for technological connection as an offer to conclude this contract, it not only excludes the possibility of its acceptance by the power grid organization by means of implicit actions by sending technical specifications to the applicant, but also the directly public nature of the contract. The above, in turn, excludes the possibility for the applicant to demand the power grid organization to execute technical specifications. The applicant only has the right to demand that the power grid organization concludes a contract. Thus, it is proposed to use the legal model of the adhesion contract when concluding it. In this case, it makes it possible to fully apply the rules on public and obligatory agreements to relations regarding technological connection.



Keywords

technological connection contract; application; technical specifications; offer; acceptance of offer; public contract; obligatory contract.

For citation: Krassov E.O. (2025) Legal Nature of Application and Technical Specifications under Contract on Technological Connection with Electrical Power Industry. *Law. Journal of the Higher School Economics*. vol. 18, no. 3, pp. 81–106 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.81.106

Введение

Процедура заключения договора о технологическом присоединении к объектам электросетевого хозяйства¹ сопровождается подачей заявки и выдачей технических условий. Юридическая природа данных документов имеет научный интерес. Он обусловлен в том числе установленным законодательством порядком заключения договора и его вступления в силу.

Правилами технологического присоединения энергопринимающих устройств (далее — Правила)² предусмотрена общая обязанность сетевой организации направить заявителю заполненные и подписанные ею технические условия и проект договора о технологическом присоединении. Такие действия организация выполняет не позднее 20 рабочих дней после получения заявки (п. 15 Правил).

¹ Далее — договор о технологическом присоединении.

² Правила технологического присоединения энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии, объектов по производству электрической энергии, а также объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевым организациям и иным лицам, к электрическим сетям, утв. постановлением Правительства РФ от 27.12. 2004 № 861 // СЗ РФ. 2004. № 52 (Ч. 2). Ст. 5525.

В ряде случаев технические условия согласовываются системным оператором, когда исходя из требований п. 21 и в соответствии с п. 15 Правил сетевая организация предварительно готовит технические условия и впоследствии направляет их на рассмотрение системному оператору.

Подготовка технических условий имеет особенности. Так, они готовятся до заключения договора, являясь впоследствии приложением к нему. Правилами (п. 15) определен общий порядок признания договора заключенным. Он считается таковым с даты получения сетевой организацией экземпляра договора от заявителя, подписанного им. Заключение договора о технологическом присоединении с рядом заявителей подтверждается документом об оплате заявителем счета, составляющего цену договора и плату за технологическое присоединение (п. 104 Правил). Подготовки договора, подписываемого обеими сторонами, в таком случае не требуется. Договор считается заключенным после оплаты указанного счета. Таким образом, письменной формы для заключения договора не нужно.

Встают следующие вопросы. Является ли заявка на технологическое присоединение офертой (п. 1 ст. 435 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК³) или приглашением сетевой организации направить заявителю оферту? Можно ли считать в качестве конклюдентных действий, свидетельствующих об акцепте заявки на технологическое присоединение и приводящих к заключению договора, подготовку и выдачу сетевой организацией технических условий и/или подписание ею проекта договора, при условии признания такой заявки офертой? Данные вопросы актуальны для наиболее распространенной категории заявок заявителей—физических лиц, осуществляющих технологическое присоединение энергопринимающих устройств, мощность которых составляет до 15 кВт включительно (п. 14 Правил). Присоединение таких потребителей осуществляется по общему правилу по типовым проектам, установленным законодательством тарифам и в определенные им сроки. Подобные заявители обычно рассматривают поступившие технические условия вместе с договором о технологическом присоединении от сетевой организации в качестве акцепта их оферты (заявки на присоединение).

Такое отношение к техническим условиям основано на противоречивых правилах, с одной стороны, признающих публичный и обя-

³ Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

зательный для сетевой организации характер договора, с другой — допускающих существенные отклонения от правовых моделей этих договоров, предусмотренных ГК. Наконец, имеются ли основания рассматривать подготовку технических условий и последующее их согласование с системным оператором, а также дополнительно соглашение о порядке взаимодействия в целях подготовки индивидуальных технических условий⁴ в качестве предварительных договоров?

Ответы на перечисленные вопросы определяют момент признания договора о технологическом присоединении заключенным [Шевченко Е.Е., 2007: 82–94]. Это также позволяет установить применяемые к отношениям сторон правила законодательства о порядке переговоров и направления оферты и ее акцепта, заключения договора, в особенности публичных договоров и обязательных для заключения договоров, об отказе и уклонении от заключения договора, внедоговорной ответственности, а также о договорных обязательствах, включая основания их возникновения и пр. Это критически важно для заявителя, заинтересованного в технологическом присоединении. Признание заключенным договора о технологическом присоединении позволяет заявителю требовать у сетевой организации выполнения мер, непосредственно направленных на исполнение рассматриваемого договора, в связи с наличием между сторонами договорных отношений. Отсутствие договора приводит к взаимодействию заявителя и сетевой организации в рамках преддоговорных отношений. Это происходит, среди прочего, в результате уклонения организации или ее отказа от заключения договора. Преддоговорными формами взаимодействия указанных лиц могут быть переговоры, включая направление оферты и ее рассмотрение, а также отношения, направленные или связанные с привлечением к внедоговорной ответственности. Последняя форма отношений возникает, когда одна из сторон (как правило, сетевая организация) уклоняется или отказывается от заключения договора.

Когда договор о присоединении заключается по индивидуальному проекту, может наступить договорная ответственность заявителя. Ее вызывает отказ заявителя заключить договор согласно договоренностям, установленным в соглашении о взаимодействии. Стороны соглашения о взаимодействии находятся также в переговорных отношениях о порядке и условиях заключения договора о технологическом присоединении. Наконец, в связи с публичным и обязательным характером договора обычно заявитель является лицом,

⁴ Далее — соглашение о взаимодействии.

требующим заключить договор. Лишь после его заключения он получает право требовать от сетевой организации исполнения в установленном договором порядке. Право требовать заключения договора по индивидуальному проекту имеет также сетевая организация при заключении договора на основании соглашения о взаимодействии. Право требовать у заявителя внесения платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту возникает у сетевой организации исключительно после подписания и вступления в силу договора (п. 30.4. Правил). До признания договора заключенным к отношениям сторон не применяются правила об исполнении действующих договорных обязательств.

1. Момент признания договора о технологическом присоединении заключенным

При ответе на поставленные вопросы приходится считать необоснованными нормы п. 15 и п. 103 Правил о моменте признания договора о технологическом присоединении заключенным. Обычно сетевая организация готовит и направляет заявителю технические условия. Ими определяются возможность и технические требования присоединения к объектам организации. Одновременно организация направляет подписанный ею проект договора. Альтернативой этому является размещение в личном кабинете заявителя документов, указанных в п. 105 Правил, включая условия типового договора о технологическом присоединении и самое главное — технических условий, подписанных сетевой организацией. Последние должны, по общему правилу, содержать акцепт оферты (заявки), подтверждающий техническую возможность присоединения на условиях, изложенных в заявке. Получение заявителем акцепта должно признаваться моментом заключения договора (п. 1 ст. 433 ГК). Данные выводы основаны на декларируемом законодательством характере договора о технологическом присоединении в качестве публичного и обязательного для заключения.

Законодательством установлена процедура заключения договора о технологическом присоединении по индивидуальному проекту. Стороны вначале заключают соглашение о взаимодействии. Соглашение определяет порядок подготовки индивидуальных технических условий и проектной документации. Им также устанавливается ответственность сторон в связи с нарушением условий соглашения (п. 30(1-2) Правил). Исполнение соглашения обеспечивает и, по общему правилу, приводит к заключению договора по итогам переговоров,

ведущихся в рамках соглашения, определяющего порядок и условия их проведения, а также выполнения обязательств сторон по нему.

Несмотря на заключение сторонами соглашения о взаимодействии, исходя из содержания п. 30.4. Правил, для признания договора по индивидуальному проекту заключенным требуется получение подписанного заявителем экземпляра договора с сетевой организацией. Именно с этой даты договор по общему правилу признается заключенным (п. 15 Правил). Договор заключается при надлежащем исполнении соглашения о взаимодействии. Дополнительно устанавливается размер платы за присоединение. Он определяется решением уполномоченного органа исполнительной власти в области государственного регулирования тарифов на основании соглашения о взаимодействии. В результате договор о заключается по итогам переговоров путем составления одного документа (п. 2 ст. 434 ГК). Для подписания такого договора заявителем сетевая организация направляет ему индивидуальные технические условия и проект договора.

В подобной конструкции порядка заключения договора отсутствует четкая граница между установленной законодательством об электроэнергетике процедурой заключения договора о технологическом присоединении по индивидуальному проекту и надлежащим исполнением соглашения о взаимодействии. Заявитель, являясь инициатором первой процедуры, направляет сетевой организации заявку о технологическом присоединении. Эта заявка «замораживается», поскольку заявитель и организация вначале вступают в переговоры о заключении соглашения о взаимодействии, становясь впоследствии его сторонами. Замораживание действует до исполнения ими указанного соглашения, требуемого для подготовки технических условий. Загвоздка в том, что заявитель, направляя заявку, не направляет оферту о заключении соглашения о взаимодействии. Такая информация в заявке отсутствует и не предусмотрена законодательством.

При этом в п. 1 Типового соглашения о взаимодействии, являющегося Приложением 15(1) к Правилам, безосновательно указывается, что соглашение заключается на основании заявки о технологическом присоединении, которая направлена на заключение договора. Наконец, в пп. «г» п. 4 Типового соглашения о взаимодействии установлено, что оферту о заключении договора о технологическом присоединении заявителю направляет сетевая организация. Технические условия готовятся ранее заключения договора, но в рассматриваемом случае — в рамках соглашения о взаимодействии.

Исполнение соглашения о взаимодействии обеспечивает, при выполнении установленных формальностей, заключение договора о технологическом присоединении по индивидуальному проекту.

Применительно к такому договору действия сетевой организации по направлению заявителю для подписания индивидуальных технических условий и непосредственно договора и их получение заявителем должны признаваться акцептом заявки (оферты) и приводить к заключению договора о присоединении. Для этого необходимо, чтобы законодательством был установлен ограниченный перечень существенных условий этого договора. Это требуется для признания заявки надлежащей офертой по итогам исполнения сторонами соглашения о взаимодействии (оферта с отлагательным или, возможно в ряде случаев, отменительным условием). Оферта не должна направляться сетевой организацией, как это установлено в настоящее время (пп. «г» п. 4 Типового соглашения).

Однако, увы, как с точки зрения законодательства, так и исходя из практики заключения таких договоров не все так легко. Существует проблема признания заявки в качестве оферты как при заключении стандартных договоров о технологическом присоединении, так и по индивидуальным проектам, а технических условий и проекта договора, направляемых сетевой организацией заявителю, — в качестве акцепта.

2. Существенные условия и правовой характер заявки по договору о технологическом присоединении

Данные условия установлены в п. 16 Правил. Как определено в п. 1 ст. 435 ГК, такие условия договора должны содержаться в оферте. В соответствии с п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 49⁵ предложение о заключении договора для признания его офертой должно выражать намерение лица, сделавшего предложение (оферента), считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Таким образом, заявка о технологическом присоединении, рассматриваемая в качестве оферты, должна содержать все существенные условия договора, который намерен заключить заявитель. При подготовке и направлении заявки заявитель не имеет возможности (в подавляющем чис-

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // Российская газета. 2019. № 4.

ле случаев) своими силами сформулировать список мероприятий, необходимых для присоединения, равно как и предложить сетевой организации условия исполнения обязательств сторон по выполнению технических условий, в особенности подлежащих исполнению сетевой организацией в границах ее балансовой принадлежности, и договора в целом. Это связано, в частности с тем, что перечень мер по технологическому присоединению готовится сетевой организацией при подготовке технических условий и содержится в них.

Далее, заявитель—физическое лицо при подготовке заявки и/или рассмотрении проекта технических условий практически не имеет возможности определить основной или резервный источник питания и точку присоединения—ближайшую к его земельному участку опору линии электропередачи⁶. У заявителя при направлении заявки возникают трудности с определением порядка разграничения эксплуатационной ответственности сторон и балансовой принадлежности электросетей (п. 16 Правил). Размер платы, порядок и сроки ее внесения заявителем за технологическое присоединение установлены законодательством. Соответственно, заявитель в общем и целом имеет возможность направить сетевой организации предложения об этих условиях в рамках, установленных законодательством.

Размер платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту устанавливается уполномоченным органом исполнительной власти в области государственного регулирования тарифов (п. 30.4. Правил). Соответственно заявку в отношении такого технологического присоединения в свете требований п. 16 Правил о существенных условиях договора невозможно квалифицировать в качестве оферты ни для целей заключения договора, ни соглашения

⁶ На практике при подготовке сетевой организацией технических условий также допускаются ошибки, при которых заявитель вынужден отказаться от заключения договора или направить так называемый мотивированный отказ с предложениями об изменении технических условий (новую оферту). Такие ошибки нередки при подготовке технических условий по заявкам физических лиц, заявленная мощность подключения энергопринимающих устройств которых составляет 15кВт и менее. Ошибки могут быть связаны как с определением источника передачи электрической энергии, так и с определением местонахождения предлагаемой точки присоединения энергопринимающих устройств заявителя. Не всегда имеются достоверные данные о месторасположении земельного участка. Данные сетевых организаций отличаются от содержащихся в Едином государственном реестре недвижимости. Сетевые организации по умолчанию отдают предпочтение своим внутренним сведениям, например, о нахождении земельного участка в пределах или за пределами населенного пункта. Информация на Портале электросетевых услуг (портал-тп.рф) не позволяет определить местонахождение точки присоединения энергопринимающих устройств заявителя.

о взаимодействии. Рассматриваемая заявка признается приглашением вступить в переговоры о заключении договора о технологическом присоединении. Однако она не является таковым в отношении соглашения о взаимодействии, так как формы заявок о технологическом присоединении не содержат требований об указании заявителем информации о заинтересованности заключения соглашения о взаимодействии.

Такая заявка может и должна являться офертой исходя из установленного законодательством публичного и обязательного для заключения характера договора о технологическом присоединении, но при условии внесения изменений в п. 16 Правил о существенных условиях договора и процедуры его заключения на основании индивидуального проекта. В п. 8 указанного выше Постановления Пленума Верховного Суда определено, что в случае направления лицу предложения заключить договор, в котором содержатся условия, достаточные для заключения такого договора, намерение отправителя заключить договор с адресатом предполагается, если иное не указано в самом предложении или не вытекает из обстоятельств, в которых такое предложение было сделано. В приведенных разъяснениях речь идет о волеизъявлении одного лица о готовности и/или изъяснении желания заключить договор с иным лицом — сетевой организацией на определенных условиях. При этом предложение о заключении договора должно соответствовать требованиям, предъявляемым ГК к оферте, для его квалификации в качестве оферты.

В дополнение к нормам о существенных условиях договора, установленных в п. 16, и приложениями к Правилам определены формы заявок, направляемых заявителями сетевым организациям, о намерении заключить договор о присоединении. Несоответствие содержания заявок требованиям ГК об офертах влечет невозможность признания их таковыми.

Так, Приложение 6 к Правилам определяет форму заявки физического лица на присоединение для бытовых нужд мощностью до 15 кВт. Формой заявки не предусмотрено направление заявителем в адрес сетевой организации информации, отнесенной п. 16 к существенным условиям договора. Из установленных в п. 16 Правил существенных условий в заявке указывается лишь планируемый срок введения энергопринимающего устройства в эксплуатацию (месяц, год), который нельзя отождествлять со сроком непосредственно технологического присоединения. Такая заявка не признается офертой, так как не содержит ни одного существенного условия договора согласно требованиям ГК.

С точки зрения особенностей присоединения по индивидуальному проекту и правового характера технических условий интересны положения законодательства о присоединении по индивидуальному проекту энергопринимающих устройств или объектов электроэнергетики заявителя к объектам электросетевого хозяйства сетевой организации. Согласно п. 30.4. Правил такое лицо подписывает проект договора в течение 10 рабочих дней со дня его получения⁷. Ранее заявитель выражает согласие с размером платы за технологическое присоединение, установленным уполномоченным органом исполнительной власти в области государственного регулирования тарифов, и обязуется осуществить расчеты в этом размере. Отказ сетевой организации от заключения договора не допускается. Отказ заявителя от заключения договора или его бездействие, выражающееся в непредставлении сетевой организации подписанного проекта договора в установленные законодательством сроки, влечет правовые последствия. У сетевой организации, по общему правилу, появляется право предъявить заявителю требование об оплате фактически понесенных ею расходов, связанных с подготовкой индивидуальных технических условий и разработкой проектной документации (п. 30.4. Правил).

В данном пункте смешаны разные правовые конструкции, что приводит к неопределенности основания возникновения у сетевой организации права требовать от заявителя оплаты фактически понесенных ею расходов⁸. Установленное в п. 30.4. положение характерно для договорных обязательств о возмездном оказании услуг (п. 1 ст. 782 ГК⁹). В связи с отсутствием заключенного и вступившего в силу договора и действующего договорного обязательства, соответственно, небесспорным является вопрос об основании компенсации заявителем таких расходов сетевой организации:

⁷ При проведении данного анализа игнорируются правила о моменте признания заключенным договора о технологическом присоединении по индивидуальному проекту.

⁸ Более сложным является случай, когда осуществляется технологическое присоединение к объектам территориальных сетевых организаций, если требуется заключение дополнительного соглашения к действующему договору о присоединении об изменении платы за присоединение, заключенному согласно п. 15 Правил (п. 30.4. Правил). В настоящей работе такая правовая конструкция не рассматривается, так как в целом ее правовой характер в части порядка заключения и вступления в силу договора соответствует рассматриваемому в работе варианту заключения договора о технологическом присоединении в общем порядке, а не по индивидуальному проекту.

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

односторонний отказ заявителя от исполнения обязательств в соответствии со ст. 310 и 450.1 ГК, поскольку сетевая организация выполнила часть обязанностей по договору, в частности, подготовив проектную документацию и технические условия по индивидуальному проекту. Такие действия сетевой организации могло бы считаться конклюдентными действиями, приведшими к заключению договора, чего не произошло. Однако договор не заключен, и применение договорной конструкции в форме возмещения фактически понесенных расходов не обосновано;

недобросовестное ведение и/или прерывание заявителем переговоров о заключении договора по п. 3 ст. 434.1 ГК (п. 30(1-2) Правил). Основанием переговоров является заявка—приглашение сетевой организации вступить в переговоры о заключении договора по индивидуальному проекту. Согласно п. 1 ст. 434.1 ГК участники переговоров по общему правилу самостоятельно несут расходы, связанные с их проведением, не отвечая за недостижение соглашения. Сетевая организация должна доказать, что заявитель внезапно и неоправданно прекратил переговоры, когда сетевая организация не могла разумно этого ожидать. В этом случае заявитель должен возместить сетевой организации причиненные этим убытки (п. 3 ст. 434.1 ГК), но не фактически понесенные ею расходы, которые убытками не признаются, и выплата которых осуществляется по иным основаниям, нежели в связи с недобросовестным ведением и/или прерыванием переговоров;

отзыв заявителем заявки¹⁰ при признании ее офертой, когда заявитель реализует право на отказ от заключения договора о технологическом присоединении по индивидуальному проекту (п. 30.4. Правил) путем отзыва оферты при ее отзывном характере. При применении данных правил ответственность заявителя исходя из установленных правил ГК об акцепте и оферте исключается, кроме случаев, предусмотренных п. 1 ст. 434.1 ГК;

нарушение заявителем условий соглашения о взаимодействии (п. 5 ст. 434.1 ГК). В п. 30.4. Правил не говорится именно о нарушении

¹⁰ В качестве возможного основания признания отзывного характера заявки выступают нормы абз. 5 п. 30.4. Правил, где говорится об отказе заявителя от заключения договора по индивидуальному проекту. Дополнительно правила о возможности отзыва заявки устанавливаются сетевыми организациями, а не заявителем, направляющим заявку. Это не соответствует принципам, установленным ГК о том, что оферент определяет отзывной характер оферты в ней. Хотя, безусловно, сетевая организация вправе установить правило, что все заявки, направленные в ее адрес, являются отзывными.

условий соглашения о взаимодействии в части обязанности сторон после установления платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту заключить договор. Нарушение заявителем соглашения о взаимодействии может являться основанием выплаты заявителем сетевой организации фактически понесенных ею расходов. Это следует из правил Типового соглашения о взаимодействии (Приложение 15 (1) к Правилам).

Имеются дополнительные особенности квалификации действий сетевой организации и заявителя в качестве оферты и акцепта при заключении договора о технологическом присоединении по индивидуальному проекту, предваряемого соглашением о взаимодействии. С точки зрения автора статьи выполнение условий соглашения о взаимодействии сетевой организацией в части подготовки технических условий можно квалифицировать в качестве конклюдентных действий. Такие действия подтверждают заключение договора. Моментом его заключения следует признавать их получение заявителем при условии признания заявки о заключении договора о технологическом присоединении офертой. Это обуславливается следующим.

Заявитель направляет сетевой организации заявку о технологическом присоединении. Сетевая организация замораживает ее, предлагая, в свою очередь, заявителю заключить соглашение о взаимодействии. В результате сетевая организация, не отклоняя заявку, не признающуюся в настоящее время офертой, останавливает процедуру технологического присоединения. Основанием является отсутствие технической возможности (пп. 28 и 29 Правил). Формально не отказывая заявителю, сетевая организация предлагает ему заключить соглашение о взаимодействии. Оно требуется для последующего заключения договора о присоединении по индивидуальному проекту. Соответственно сетевая организация (хотя сведений об этом в законодательстве не содержится) направляет заявителю оферту о заключении соглашения о взаимодействии, но не о технологическом присоединении.

При этом соглашение о взаимодействии содержит ряд условий, который необходимо исполнить сторонам, чтобы в дальнейшем иметь возможность заключить договор. Некоторые из этих условий по п. 16 Правил признаются существенными условиями договора о технологическом присоединении по индивидуальному проекту. Обычно они исполняются в соответствии с правилами, установленными этим договором и в рамках него. Например, подготовка сетевой организацией технических условий до заключения договора, в которых, в частности, указывается перечень мероприятий по технологическому присоединению. Подготовка технических усло-

вий является подтверждением технической возможности технологического присоединения. Заключая соглашение о взаимодействии, стороны соответственно начинают выполнять некоторые условия, обычно включаемые в договор о технологическом присоединении.

В рамках соглашения о взаимодействии могут иметься денежные обязательства, которые по общему правилу включаются в плату за технологическое присоединение и исполняются в рамках договора о технологическом присоединении. Соглашение о взаимодействии является сокращенной формой договора о технологическом присоединении. Заключение соглашения непосредственно не преследует целей технологического присоединения энергопринимающих устройств и объектов электроэнергетики к объектам электросетевого хозяйства сетевой организации. Целью заключения данного соглашения является исключение необходимости расторжения договора.

Сетевая организация заинтересована в заключении соглашения о взаимодействии, а также в исключении применения правил об ответственности сетевой организации в случае потенциальной необходимости ее отказа от заключения договора, что не допускается действующим законодательством. Последнее обусловлено обязательным и декларируемым публичным характером договора о технологическом присоединении. Хотя почти любое технологическое присоединение является технически возможным — вопрос в его цене, которую платит заявитель. Наконец, заключая соглашение о взаимодействии, сетевая организация приобретает право на последующую компенсацию ее расходов, затраченных на подготовку технических условий и разработку проектной документации до начала выполнения мероприятий по технологическому присоединению и заключения договора о нем.

3. Правовой характер соглашения о взаимодействии

В целом соглашение о взаимодействии имеет неопределяемый правовой характер. Оно не носит самостоятельного характера, несмотря на определенный Правилами предмет соглашения. Так, оно не признается предварительным договором. Это связано с тем, что в нем не содержится всех существенных условий договора о технологическом присоединении. Предварительный договор обеспечивает организацию заключения иного договора. Б.М. Гонгало отмечает, что предварительный договор необходим, когда налицо трудности с заключением основного договора, но его существенные условия оговорены и согласованы сторонами будущего основного договора [Гонгало Б.М., 2004: 84]. Характерной чертой предварительного до-

говора является то, что он является организационным договором. Такой договор не приводит к возникновению денежных и иных имущественных обязательств, но при этом допускает привлечение сторон договора к ответственности при его нарушении [Мелихов Е.И., 2003: 15–22]; [Анциферов О.Д., 2007: 40–43].

Исходя из содержания Типового соглашения о взаимодействии, приведенного в Приложении 15(1) Правил, это соглашение является либо абсолютно безвозмездным, либо возмездным. Последнее вовсе исключает предварительный характер договора.

Соглашение о взаимодействии может являться абсолютно безвозмездным, когда им не устанавливается денежное обязательство заявителя по возмещению затрат, понесенных сетевой организации в связи с подготовкой проектной документации технических условий. Право сетевой организации требовать от заявителя возмещения им указанных затрат в установленных в соглашении случаях также не возникает при заключении заявителем и сетевой организацией договора. Данные расходы сетевой организации, включаемые в плату за технологическое присоединение и цену договора о нем, выплачиваются заявителем сетевой организации в соответствии с договором.

Возмездным соглашение будет являться в следующих случаях. Во-первых, когда соглашением также не устанавливается денежное обязательство заявителя по возмещению понесенных сетевой организацией затрат, связанных с разработкой технических условий и проектной документации. При этом сетевая организация получает право требовать у заявителя выплаты ей денежных средств, соответствующих понесенным ею рассматриваемым затратам. Условием возникновения денежного обязательства является отказ заявителя от соглашения и заключения договора. Во-вторых, возмездным соглашение будет являться, когда им устанавливается в качестве его существенного условия денежное обязательство заявителя по возмещению сетевой организации затрат по подготовке проектной документации и технических условий.

Итак, возмездный характер соглашения о взаимодействии является в какой-то мере уникальным. За осуществление технологического присоединения заявитель вносит сетевой организации авансовый платеж в порядке, определенным соглашением о взаимодействии. Финансируемые мероприятия связаны с подготовкой технических условий и проектной документации. Авансовый платеж покрывает расходы сетевой организации на разработку технических условий и проектной документации, осуществляемой в соответствии с соглашением, или направляется на оплату подготовки указанной документа-

ции согласно договору о технологическом присоединении, составляя часть установленной платы за технологическое присоединение по индивидуальному проекту (пп. «д» п. 4, пп. «а» п. 7 и примечание 6 Типового соглашения о взаимодействии (Приложение 15(1) Правил).

Иными словами, при реализации соглашения о взаимодействии не только выполняется ряд условий, признаваемых существенными условиями договора, но и осуществляются денежные расчеты, засчитываемые во исполнение договора. Таким образом, соглашение составляет единое целое с договором о технологическом присоединении. Исполнение соглашения по сути влечет выполнение мероприятий по технологическому присоединению согласно договору о нем. Соглашение не имеет самостоятельного характера. Его можно было бы назвать законодательно установленной притворной сделкой, прикрывающей заключенный сторонами договор о технологическом присоединении (п. 2 ст. 170 ГК) с момента получения заявителем подготовленных сетевой организацией технических условий. Такие технические условия признаются конклюдентными действиями, свидетельствующими об акцепте сетевой организацией оферты — заявки заявителя (если такая заявка признавалась бы офертой).

4. Основания признания заявки о технологическом присоединении офертой, а технических условий акцептом

Если бы заявка на технологическое присоединение содержала все существенные условия договора, она признавалась бы офертой. Такая оферта согласно ст. 436 ГК могла бы, при соблюдении установленных законодательством условий, считаться отзывной офертой, в том числе когда цена договора при направлении оферты не определялась бы исходя из правил о существенных условиях договора о технологическом присоединении. При признании заявки офертой акцепт оферты (заявки) о заключении договора о присоединении мог быть выражен в том числе посредством конклюдентных действий. Договор признавался бы заключенным с момента, когда оферент узнал о совершении указанных действий. Таким моментом можно было бы признать получение лицом, направившим заявку (оферту), проекта договора (акцепта оферты) и технических условий, подписанных сетевой организацией (п. 1 ст. 433 ГК; п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 49), но с оговорками.

Такой вывод обусловлен тем, что согласно п. 13 указанного Постановления исходя из содержания и толкования п. 3 ст. 438 ГК конклюдентно-

дентные действия квалифицируются в качестве акцепта, когда лицо, получившее оферту, начало выполнение предложенных ему в оферте условий договора в пределах определенного для акцепта оферты времени. Выполнения условий оферты в полном объеме не требуется. Подготовка и выдача сетевой организацией технических условий в целом являются подтверждением технической возможности технологического присоединения. При присоединении по индивидуальному проекту дополнительным свидетельством возможности его осуществления является проектная документация. Указанные действия означают готовность сетевой организации выполнить технологическое присоединение. Более того, так как подготовка таких документов является составной частью мероприятий по технологическому присоединению, то это служит доказательством начала исполнения сетевой организацией условий договора в части подготовки технических условий, а также проектной документации. Однако подобная квалификация момента заключения договора о сопряжена с рядом нюансов.

Для признания заявки на технологическое присоединение в качестве оферты требуется внести изменения, в частности, в п. 16 Правил и в приложения к Правилам, содержащие примерные формы заявок и договоров о технологическом присоединении. Из существенных условий договора исключаются те, которые не могут быть определены заявителем самостоятельно. При таком подходе единственным существенным условием договора остается условие о предмете договора. Цена договора определяется правилами, установленным абз. 2 п. 1 ст. 424 ГК и в соответствии с Правилами. Дополнительно следует внести изменения в пп. 15, 30.4. и 103 Правил об определении момента, когда договор считается заключенным. Такой момент связывается с получением заявителем проекта договора и/или технических условий. Эти документы заполняются и подписываются сетевой организацией. Примерные формы заявок и договоров приводятся в соответствии с указанными изменениями Правил.

Здесь следует сделать ремарку. Сетевая организация, направляя заявителю подписанный договор о присоединении, в том числе вместе с техническими условиями (или только технические условия) акцептует оферту (заявку) заявителя лишь в части условий, которые ранее были указаны заявителем в заявке, и соответствуют ей. В первую очередь речь идет о предмете договора, а также о прочих условиях, определенных в законодательстве в качестве существенных или необходимых для признания заявки в качестве оферты, а договора — заключенным (п. 1 ст. 432 ГК). Это обуславливается подготовкой сетевой организацией не только технических условий, но и проекта

договора. Технические условия, направляемые заявителю, могли бы являться акцептом заявки в виде конклюдентных действий, приводящих к заключению договора о технологическом присоединении (п. 3 ст. 438 ГК). Для этого технические условия должны соответствовать содержанию заявки. В них должны отсутствовать дополнительные по отношению к заявке условия. При этом, как отмечалось ранее, заявка должна соответствовать требованиям, предъявляемым к оферте. Однако соблюдение всех изложенных условий маловероятно. Так, в проекте договора о присоединении сетевая организация, в частности, предлагает заявителю установить и определить права и обязанности сторон по договору. Однако данные условия не содержатся в заявке (оферте) на технологическое присоединение и не предлагаются ей заявителем.

Направляя заявителю договор, в том числе вместе с техническими условиями, когда заявка признается и отвечает требованиям, предъявляемым к оферте, сетевая организация направляет заявителю новую оферту, признавая условия, содержащиеся в проекте договора, существенными для нее (п. 1 ст. 432 ГК). Существенными условиями отдельно взятого договора являются включенные в него условия, согласованные сторонами [Розенберг М.Г., 2004], а также условия, которые должны быть сформулированы и по которым стороны должны достигнуть консенсуса по требованию одной из сторон [Суханов Е.А., 2004: 188–191]; [Иоффе О.С., 1958: 387–388].

Правовая квалификация в качестве новой оферты договора, направляемого сетевой организацией заявителю, содержащего условия, не указанные в заявке (оферте), является излишней. При направлении сетевой организацией новой оферты мы возвращаемся к ситуации аналогичной направлению оферты (новой оферты) сетевой организацией, что не соответствует конструкции договора о технологическом присоединении, именуемого публичным договором. Трудности в том, что согласно Правилам заявитель направляет сетевой организации лишь заявку, в которой не определены все условия договора, требующие согласия его сторон на них. Проект договора, по общему правилу, заявителем в адрес сетевой организации не направляется.

5. Заключение договора о технологическом присоединении в соответствии с правилами заключения договоров присоединения

В свете последнего обстоятельства наиболее простым вариантом решения вопроса о применении к отношениям по такому договору

норм ГК о публичных [Хорошева Н.В., 2016: 17–20] и обязательных для заключения договора является использование правовой модели договора присоединения, определенной п. 1 ст. 428 ГК. Как писал Л.А. Лунц, такими договорами являются те, условия которых устанавливаются хозяйствующими субъектами, осуществляющими монопольные виды деятельности. Лица, желающие заключить договоры с такими субъектами, соглашались на такие условия посредством присоединения к стандартным формам договоров, являющихся обычно одинаковыми для всех [Лунц Л.А., 1948: 96]. Согласие с предлагаемыми условиями такого договора дается без оговорок, т.е. требуется согласиться с ними целиком. В противном случае договор присоединения не признается заключенным [Брагинский М.И., Витрянский В.В., 2001: 258]. Требуется абсолютное согласие лица, присоединяющегося к условиям предлагаемого договора, что является особенностью способа его заключения [Витрянский В.В., 1995: 91–97].

Используя такой подход, сетевая организация устанавливает содержание договора о технологическом присоединении в формулярах или иных стандартных формах. Заявители присоединяются к предлагаемому договору в целом согласно п. 1 ст. 428 ГК. С даты заключения договора сетевая организация по общему правилу в течение 20 рабочих дней в соответствии с нормами п. 15 Правил готовит технические условия. Заявитель соглашается с ними или нет, имея право в соответствии со ст. 450.1 ГК отказаться от предложенных сетевой организацией условий, указанных в технических условиях. Реализация этого правомочия заявителя влечет в качестве правового последствия односторонний отказ заявителя от договора (исполнения договора), приводящий к его расторжению. Такое право дано заявителю при его несогласии с техническими условиями, а также с ценой договора. Срок реализации такого права ограничивается, например, 20 рабочими днями по аналогии со сроком, отводимым для сетевой организации для подготовки технических условий (п. 15 Правил) и 30 рабочими днями при подготовке технических условий по индивидуальному проекту. При подготовке сетевой организацией технических условий по индивидуальному проекту она получает право требовать от заявителя оплаты фактически понесенных расходов, связанных с разработкой индивидуальных технических условий и проектной документации. Такое право возникает после отказа заявителя от договора при его несогласии с ценой договора и/или техническими условиями.

Не рассматривая далее гипотетические сценарии исполнения договора, если он заключается в форме договора присоединения, по-

лезно отметить еще раз, что такая правовая форма позволяет применять к отношениям по заключению и исполнению этого договора одновременно правила ГК о публичных и обязательных для заключения договорах. В иных случаях, когда заявитель направляет сетевой организации приглашение направить ему оферту, к этому договору применяются только правила об обязательных для заключения договоров. Правила о публичных договорах не подлежат применению несмотря на то, что законодательство об электроэнергетике называет его таковым.

6. Оферта (заявка) о технологическом присоединении и публичный и обязательный характер договора

Если исходить из положений абз. 4 п. 3 Правил, абз. 4 и 16 п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике¹¹ и из содержания п. 1 ст. 426 ГК о публичных договорах, то лишь сетевая организация является лицом, которому направляется оферта—предложение заключить договор о технологическом присоединении. Заявитель не должен быть лицом, получающим от сетевой организации оферту о заключении этого договора. Однако, в противоречие с абз. 4 п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике, в п. 15, 103, 104 и 105 Правил (которые, среди прочего, определяют момент, когда такой договор считается заключенным) указывается, что именно заявитель считается лицом, направляющим приглашение сетевой организации направить ему оферту. Сетевая организация признается лицом, направляющим оферту (п. 105 Правил). Определение заявителя в качестве лица, получающего оферту, ведет к утрате публичного характера договора.

У заявителя отсутствует обязанность заключить такой договор. Заявитель не является лицом, осуществляющим предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, связанную с выполнением мероприятий по технологическому присоединению к объектам электросетевого хозяйства энергопринимающих устройств или объектов электроэнергетики физических или юридических, включая сетевую организацию. На него не возложены обязанности по технологическому присоединению каждого обратившегося к нему лица (п. 1 ст. 426 ГК). Заявитель сам заинтересован в выполнении сетевой организацией мероприятий по технологическому присоединению

¹¹ Федеральный закон от 26.03. 2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» // СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

его энергопринимающих устройств или объектов электроэнергетики к объектам электросетевого хозяйства сетевой организации.

Правила об определении лиц направляющих и получающих оферту при заключении обязательных для заключения договоров сформулированы в п. 1. ст. 445 ГК. Так, по общему правилу, когда для стороны (сетевой организации), которой направлена оферта (заявка), заключение договора обязательно, эта сторона (сетевая организация) должна направить другой стороне (заявителю) извещение об акцепте (подписанный договор о технологическом присоединении и технические условия), либо об отказе от акцепта, либо об акцепте оферты на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора) в течение 30 дней со дня получения оферты.

Если заявка признается офертой и сетевая организация изменяет или дополняет условия присоединения, указанные в ней, эти действия признаются отказом от оферты. Измененные технические условия и проект договора, направляемые сетевой организацией заявителю, признаются новой офертой (акцептом на иных условиях) согласно пп. 1 и 3 ст. 438 и 443 ГК. Полезно вспомнить, что согласно п. 15, 103, 104 и 105 Правил заявитель направляет заявку, являющуюся приглашением сетевой организации направить ему оферту. Законодательством установлено, что сетевая организация не направляет заявителю новую оферту (не акцептует оферту на иных условиях [Громов А.А., 2012: 70–95], а направляет технические условия и подписанный проект договора, которые рассматриваются в качестве оферты. Еще раз невозможно согласиться с квалификацией заявки о заключении договора о присоединении в качестве приглашения заявителя в адрес сетевой организации направить ему оферту. Такая позиция противоречит правилам п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике и п. 1 ст. 445 ГК об обязательных для заключения договоров.

Возможна ситуация, когда изначальный заявитель и сетевая организация изменяют свое правовое положение, установленное п. 1 ст. 26 Закона и п. 3 Правил, в рамках процедуры заключения договора. Это происходит при изменении сетевой организацией условий технологического присоединения, указанных в заявке, которая не признается офертой, и при ненаправлении заявителем в адрес сетевой организации проекта договора одновременно с заявкой. Оферту теперь направляет сетевая организация, а не изначальный заявитель. У последнего отсутствует обязанность заключить договор о с сетевой организации, равно как и иным обратившимся к нему лицом.

Несмотря на то, что оферта направляется сетевой организацией, а не заявителем в адрес сетевой организации, у нее сохраняется обя-

занность заключения договора в силу положений п. 2 ст. 445 ГК, но в противоречие абз. 7 п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике. Сетевая организация при направлении оферты не отказывается от заключения договора. В результате, она, по общему правилу, не привлекается к ответственности за уклонение или отказ от заключения договора в связи с исполнением установленных ст. 445 ГК требований. Исключение составят случаи, когда сетевая организация предлагает заявителю осуществить технологического присоединение на условиях, отличных от установленных для соответствующей категории заявителей, включая сроки и стоимость присоединения, не соответствующих законодательству об электроэнергетике.

Таким образом, к отношениям сетевой организации и заявителя св. русле правил п. 2 ст. 445 ГК применимы нормы ГК об обязательных для заключения договорах. Для сетевой организации рассматриваемый договор является обязательным для заключения. Согласно п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике и п. 3 Правил в отношении ряда заявителей он является таковым независимо от наличия или отсутствия технической возможности технологического присоединения. Предусмотрена общая обязанность сетевой организации осуществить подготовку, подписание и направление подписанных технических условий и договора заявителю в ответ на направленную им заявку. Сетевая организация не имеет права отказать заявителю в заключении договора о технологическом присоединении (п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике).

У сетевой организации также, несмотря на положения п. 15, 103, 104 и 105 Правил, по общему правилу, имеется обязанность заключить договор о технологическом присоединении, в том числе при изменении правового статуса сетевой организации и заявителя в случае акцепта сетевой организацией оферты на иных условиях (новая оферта), когда лицом, направляющим новую оферту является заявитель, не согласившийся с офертой сетевой организации. Тем не менее направление оферты о заключении договора, свидетельствующее об изъявлении желания заключить договор, должно исходить от заявителя, а не сетевой организации. Это следует из требований п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике. Указанное в свою очередь не должно приводить к применению в отношениях сторон в рамках рассматриваемого договора правил п. 2 ст. 445 ГК, когда оферту направляет сетевая организация, обязанная заключить этот договор.

Предварительными договорами не признаются ни технические условия, ни соглашение о взаимодействии. Указанные документы не включают всех существенных условий договора о технологическом

присоединении, установленных законодательством. Более того, совпадает момент направления сетевой организацией заявителю проекта технических условий, являющихся составной частью оферты, и договора. Таким образом, у технических условий отсутствует предварительный характер даже когда они соответствуют требованиям, предъявляемым для признания их в качестве акцепта договора. Подготовку технических условий невозможно рассматривать в качестве предварительного договора, когда договор о присоединении заключается по модели договора присоединения. В таком случае подготовка и выдача технических условий на основании заключенного договора является исполнением сетевой организацией соответствующих условий договора. Соглашение о взаимодействии при его возмездном характере не является предварительным договором.

Заключение

Таким образом, из действующего законодательства об электроэнергетике и в особенности Правил проистекает следующее:

заявка на технологическое присоединение, несмотря на провозглашаемый публичный характер договора, не является офертой как не соответствующая требованиям о ней, установленным ГК. К договору о технологическом присоединении не применяются правила ГК о публичных договорах, так как оферту направляет не заявитель, а сетевая организация. Заявка исходя из установленных правил и процедуры заключения договора о технологическом присоединении является приглашением заявителя сетевой организации направить ему оферту для последующего заключения этого договора, что не соответствует нормам п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике;

подготовка и выдача сетевой организацией технических условий и/или подписание ею проекта договора о технологическом присоединении не может рассматриваться в качестве конклюдентных действий, свидетельствующих об акцепте заявки на технологическое присоединение, в связи с непризнанием такой заявки офертой, приводящих к заключению этого договора. Указанные действия сетевой организации могут признаваться в качестве конклюдентных действий лишь при условии признания заявки офертой. Это требуется для установления надлежащего волеизъявления сторон, направленного на заключение договора о технологическом присоединении. Для этого нужен пересмотр перечня существенных условий договора о технологическом присоединении. Следует исключить из п. 16 Правил любые условия, которые не могут по объективным причи-

нам быть определены заявителем при направлении заявки и дополнительно внести изменения в п. 15 и 103 указанных Правил о сроках и порядке признания договора заключенным, а также в приложения к Правилам о содержании заявок и форм договоров. Указанные нормы приводятся в соответствие с иными нормами п. 15, 16 и 103 этих Правил в свете требований ГК об офертах, а также о существенных условиях договоров о технологическом присоединении, в том числе о моменте их признания заключенными;

подготовка и согласование с системным оператором технических условий ни в случае признания заявки офертой, ни при отсутствии у заявки признаков оферты не считается предварительным договором в связи с отсутствием у технических условий предварительного характера по отношению к заключенному договору о технологическом присоединении;

соглашение о взаимодействии не признается предварительным договором, так как не содержит всех существенных условий договора о присоединении, а также в случаях, когда оно имеет признаки возмездного договора.

Еще раз необходимо отметить, что для квалификации договора о технологическом присоединении в качестве публичного договора и для соблюдения правил п. 1 ст. 26 Закона об электроэнергетике следует обеспечить внесение изменений в Правила, когда заявка признается офертой. При этом дополнительно следует изменить правовую конструкцию процедуры заключения этого договора, когда он заключается в порядке, установленном для договоров присоединения, а его условия определяются сетевой организацией в стандартных формах или иных формулярах и принимаются заявителями исключительно посредством присоединения к разработанному сетевой организацией договору о технологическом присоединении в целом.



Список источников

1. Анциферов О.Д. Обеспечительный платеж по предварительному договору купли-продажи жилья // Законодательство и экономика. 2007. № 1. С. 40–43.
2. Белов В.А. Гражданское право. Т. IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы. Обязательства.. М.: Юрайт, 2023. 443 с.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М.: Статут, 2001. 848 с.
4. Витрянский В.В. Новые типы гражданско-правовых договоров // Закон. 1995. № 6. С. 91–97.
5. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2004. 261 с.

6. Громов А.А. Акцепт на иных условиях: российский подход в контексте зарубежного опыта // Вестник ВАС РФ. 2012. № 10. С. 70–95.
7. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 1. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1958. 511 с.
8. Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М.: Юридическая литература, 1948. 215 с.
9. Мелихов Е.И. Предварительный договор и задаток // Юрист. 2003. № 4. С. 15–22.
10. Розенберг М.Г. Что признается существенными условиями договора в силу ГК РФ // ЭЖ-Юрист. 2004. № 42. С. 18.
11. Свирков С.А. Основные проблемы гражданско-правового регулирования оборота энергии. М.: Инфотропик, 2021. 419 с.
12. Суханов Е.А. (ред.). Гражданское право. Том 2. М.: Статут, 2004. 819 с.
13. Суханов Е.А. (ред.). Гражданское право. Том 2. М.: Статут, 2023. 523 с.
14. Хорошева Н.В. Публичный договор энергоснабжения: проблемы при заключении путем присоединения // Гражданское право. 2016. № 3. С. 17–20.
15. Шевченко Е.Е. Законодательство и судебно-арбитражная практика об определении момента заключения договора // Закон. 2007. № 4. С. 82–94.



References

1. Antciferov O.D. (2007) Security payment under a preliminary contract for the purchase and sale of housing. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*=Legislation and Economics, no. 1, pp. 40–43 (in Russ.)
2. Belov V.A. (2023) Civil law. Vol. 4. Relative civil law forms. Obligations. Moscow: Yurait, 443 p. (in Russ.)
3. Braginsky M.I., Vitryansky V.V. (2001) Contract law. Book 1. General Provisions. Moscow: Statut, 848 p. (in Russ.)
4. Gongalo B.M. (2004) *The doctrine of securing obligations*. Moscow: Statut, 261 p. (in Russ.)
5. Gromov A.A. (2012) Acceptance on different terms: the Russian approach in the context of foreign experience. *Vestnik Vysshego arbitrazhnogo suda*=Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, no. 10, pp. 70–95 (in Russ.)
6. Ioffe O.S. (1958) Soviet civil law. Vol. 1. Leningrad: University Press, 511 p. (in Russ.)
7. Khorosheva N.V. (2016) Public energy supply contract: problems when concluding by accession. *Grazhdanskoe pravo*=Civil Law, no. 3, pp. 17–20 (in Russ.)
8. Lunts L.A. (1948) *Monetary obligation in civil and conflict of laws in the capitalist countries*. Moscow: Gosyurizdat, 215 p. (in Russ.)
9. Melikhov E.I. (2003) Preliminary agreement and deposit. *Yurist*=Lawyer, no. 4, pp. 15–22 (in Russ.)
10. Rosenberg M.G. (2004) What are the essential terms of the contract by virtue of the Civil Code. *EZh-Yurist*=EZh-Lawyer, no. 42, p. 18 (in Russ.)
11. Shevchenko E.E. (2007) Legislation and judicial and arbitration practice on determining the moment of concluding an agreement. *Zakon*=Law, no. 4, pp. 82–94 (in Russ.)

12. Sukhanov E.A. (ed.) (2004) Civil law. Textbook. Vol. 2. Moscow: Statut, 816 p. (in Russ.)
 13. Sukhanov E.A. (ed.) (2023) Civil law. Textbook. Vol. 3. Moscow: Statut, 523 p. (in Russ.)
 14. Svirkov S.A. (2021) *Main aspects of civil regulation of energy circulation*. Moscow: Infotropik, 419 p. (in Russ.)
 15. Vitryansky V.V. (1995) New types of civil contracts. *Zakon=Law*, no. 6, pp. 91–97 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

Е.О. Крассов — кандидат юридических наук.

Information about the author:

E. O. Krassov — Candidate of Sciences (Law).

Мнение, изложенное в настоящей статье, является сугубо суждением Е.О. Крассова.

The opinion expressed in article is purely the judgment of Evgeny O. Krassov.

Статья поступила в редакцию 29.02.2024; одобрена после рецензирования 27.05.2024; принята к публикации 16.09.2024.

The article was submitted to editorial office 29.02.2024; approved after reviewing 27.05.2024; accepted for publication 16.09.2024.

Научная статья

УДК: 347.66

JEL: K 36

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.107.132

Фактическое принятие наследства несовершеннолетним наследником: реализация и правовые последствия



Наталья Владимировна Ростовцева

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,

nrosto@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3461-5014>



Аннотация

В статье исследуются проблемы принятия наследства фактическим (неформальным) способом несовершеннолетним наследником, а также анализируются правовые последствия, встающие перед таким наследником в связи с принятием наследства. Установлено, что фактическое принятие наследства является сделкой, совершаемой путем конклюдентных действий. Несовершеннолетние наследники, достигшие возраста шести лет, вправе совершить такую сделку самостоятельно, поскольку она направлена на безвозмездное получение выгоды и не требует нотариального удостоверения или государственной регистрации. От имени малолетнего наследника фактически принять наследство может законный представитель, действующий в его интересах. Бездействие законного представителя, приведшее к пропуску срока для принятия наследства несовершеннолетним наследником, не препятствует восстановлению этого срока в судебном порядке, как только такой наследник станет совершеннолетним. Предлагается закрепить в гражданском законодательстве презумпцию принятия наследства несовершеннолетним наследником. Данное положение позволит в большей степени гарантировать наследственные права несовершеннолетнего наследника и обеспечит стабильность имущественных отношений. Собственник имущества несет бремя его содержания. Если ребенок является малолетним, юридические действия по исполнению обязанностей по содержанию унаследованного ребенком имущества возлагаются на его родителей (иных законных представителей), что вытекает из гражданско-

го законодательства. Вместе с тем в законодательстве не определены правовые основания несения подобных обязанностей родителями (усыновителями, попечителем), если собственником унаследованного имущества является несовершеннолетний в возрасте от 14 до 18 лет. Сформированный в практике применения жилищного законодательства подход, предполагающий возложение на родителей обязанностей оплаты коммунальных услуг на жилое помещение, принадлежащее на праве собственности ребенку в возрасте от 14 до 18 лет, нуждается в законодательном обосновании.



Ключевые слова

принятие наследства; фактическое принятие наследства; неформальный способ принятия наследства; несовершеннолетний наследник; принятие наследства несовершеннолетним наследником; сделка.

Благодарности: статья подготовлена при информационной поддержке справочных правовых систем «Гарант» и «Консультант Плюс».

Для цитирования: Ростовцева Н.В. Фактическое принятие наследства несовершеннолетним наследником: реализация и правовые последствия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 107–132. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.107.132

Research article

Actual Acceptance of Inheritance by a Minor Heir: Realization and Legal Consequences



Natalia V. Rostovtseva

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

nrosto@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3461-5014>



Abstract

The article examines the issues of acceptance of inheritance by a minor heir in an actual manner, and also analyzes the legal consequences arising for such an heir in connection with the acceptance of the inheritance. It was established that the actual acceptance of inheritance is a transaction made by implicative actions. Minors over 6 years of age have the right to make this transaction independently, since it complies with civil law. On behalf of a minor heir, a legal representative acting in his interests can accept the inheritance de facto. It is necessary to enshrine in civil legislation the presumption of acceptance of an inheritance by a minor heir. This provision will allow to a greater extent to guarantee the inheritance rights of a minor heir and ensure the stability of property relations. If the child is under 14 years old, legal actions to fulfill the obligations to maintain the property inherited by the child are assigned to his parents, which follows from civil legislation. The legal grounds for parents to bear such obligations are not defined if the owner of the

inherited property is a minor aged 14 to 18 years. The approach of imposing on parents the responsibility for paying utility bills for residential premises owned by a child aged 14 to 18 years, established in housing practice, requires legislative justification.



Keywords

acceptance of inheritance; actual acceptance of inheritance; informal method of acceptance of inheritance; minor heir; acceptance of inheritance by a minor heir; transaction.

Acknowledgments: The article was prepared with the information support of the legal reference systems Garant and Consultant Plus.

For citation: Rostovtseva N.V. (2025) Actual Acceptance of Inheritance by a Minor Heir: Realization and Legal Consequences. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 107–132 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2025.3.107.132

Введение

Наряду с формальным (юридическим) способом принятия наследства, предполагающим соблюдение юридических формальностей в виде обращения к нотариусу с заявлением о принятии наследства или о выдаче свидетельства о праве на наследство (п. 1 ст. 1153 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ, ГК), наследственному праву России известен институт «фактическое принятие наследства» (далее — ФПН), позволяющий наследнику выразить свою волю о принятии наследства через действия по отношению к наследственному имуществу (п. 2 ст. 1153 ГК РФ).

Несмотря на то, что институт ФПН (получивший в юридической литературе также название неформального способа) является разработанным и известным со времен римского права, в действующем законодательстве, а также в судебной и нотариальной практике встает ряд проблем, связанных с его применением, особенно в отношении наиболее уязвимой категории наследников — несовершеннолетних. В частности, возникают вопросы: вправе ли несовершеннолетний наследник самостоятельно принять наследство путем совершения фактических действий; может ли это сделать от его имени (если наследник является малолетним¹) его законный представитель; каковы последствия непринятия в установленный срок законным представителем наследства от имени малолетнего; кто будет нести бремя содержания имущества, перешедшего в порядке наследования несовершеннолетнему, в частности, нести расходы (например, связан-

¹ В соответствии с п. 1 ст. 28 ГК РФ к малолетним относятся несовершеннолетние, не достигшие 14 лет.

ные с оплатой коммунальных услуг), если наследство будет принято несовершеннолетним, и др.?

Кроме того, анализ практики показывает, что трудности также возникают и в связи с правовой квалификацией действий несовершеннолетнего наследника: не всегда ясно, какие действия признавать, а какие не признавать принятием наследства неформальным способом.

Обозначенные выше проблемы во многом обусловлены тем, что в отличие от формального способа принятия наследства, который судебная практика² и доктрина [Рабец А.М., 2025: 505]; [Першина И.В., 2023: 403] квалифицируют как одностороннюю сделку, правовая природа ФПН однозначно не определена. В связи с этим в юридической литературе сложились различные мнения о возможности/невозможности принятия наследства несовершеннолетним наследником неформальным способом.

В статье предпринята попытка выявить правовую природу ФПН, проанализировать действия несовершеннолетнего наследника, которые судебная практика квалифицирует в качестве ФПН. Особое внимание уделено поведению законного представителя, чьи недобросовестные действия/бездействие могут негативным образом сказаться на интересах несовершеннолетнего наследника. Кроме того, важно уяснить правовые последствия принятия наследства несовершеннолетним наследником. Они выражаются, во-первых, в том, что любой, в том числе несовершеннолетний наследник, принявший наследство, отвечает по долгам наследодателя (в пределах стоимости перешедшего к нему наследства)³; во-вторых, на него как на собственника унаследованного имущества возлагается бремя его содержания⁴.

1. Понятие неформального способа принятия наследства и его правовая природа

Институт ФПН не нов. Он известен со времен римского частного права, предусматривавшего возможность принять наследство путем

² См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 25.04.2017 № 33-КГ17-6 // СПС Консультант Плюс; Определение СК по гражданским делам Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 15.07.2021 по делу № 8Г-11007/2021[88-14469/2021] // СПС Гарант; Апелляционное определение СК по гражданским делам Московского городского суда от 03.03.2022 по делу № 33-7956/2022 // СПС Гарант; Апелляционное определение СК по гражданским делам Верховного Суда Республики Дагестан от 03.07.2023 по делу N 33-4008/2023 // СПС Гарант.

³ Ст. 1175 ГК РФ.

⁴ Ст. 210 ГК РФ.

pro herede gestio, т.е. поведения, выражающего намерение принять наследство [Дождев Д.В., 2025: 646]. Данное «действие в роли наследника» в римском частном праве означало принятие наследства «по умолчанию» посредством актов, из которых выводилась воля принять наследство [Санфилиппо Ч., 2025: 360]. Интересно, что словосочетание «молчаливое принятие наследства» с тем же значением употребляется в настоящее время в Гражданском кодексе Франции (ст. 782)⁵, а также во французской доктрине (l'acception tacite) [Leroyer A.-M., 2009: 266].

Нормам о ФПН присуща историческая преемственность: их можно обнаружить в Своде Законов Российской империи (ст. 1261)⁶, в ГК РСФСР 1922 г.⁷ (ст. 429) и в ГК РСФСР 1964 г.⁸ В частности, ст. 546 ГК РСФСР 1964 г. исходила из того, что если наследник вступил во владение наследственным имуществом, то считалось, что он принял наследство.

Действующее законодательство, устанавливая возможность принятия наследства неформальным способом, дает ему развернутую характеристику. ГК устанавливает презумпцию принятия наследства наследником, совершившим в срок, установленный законом для принятия наследства, определенные действия по отношению к наследственному имуществу, как-то: вступление в управление или владение им; принятие мер для его сохранения, а также защиты от посягательств третьих лиц; несение расходов по его содержанию и др. (п. 2 ст. 1153 ГК)⁹. Пленум Верховного Суда Российской Федерации подчеркивает, что это могут быть также и другие действия, в которых наследник проявляет отношение к наследственному имуществу как к своему собственному¹⁰. Если наследник совершает указанные в законе действия, не имея намерения принимать наследство, то он

⁵ Available at: URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006431503 (дата обращения: 14.08.2025)

⁶ Свод законов Российской Империи. Книга третья. Том X. Available at: URL: <https://civil.consultant.ru/reprint/books/211/114.html> (дата обращения: 14.08.2025)

⁷ Постановление ВЦИК от 11.11.1922 (ред. от 01.02.1949) «О введении в действие Гражданского кодекса Р.С.Ф.С.Р.» (вместе с «Гражданским кодексом Р.С.Ф.С.Р.») // Известия ВЦИК. 1922. № 256.

⁸ Закон РСФСР от 11.06.1964 «Об утверждении Гражданского кодекса РСФСР» (вместе с «Гражданским кодексом РСФСР») // Свод законов РСФСР, т. 2, с. 7, 1988 г.

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

¹⁰ П. 36 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 7.

может представить соответствующие доказательства нотариусу или обратиться в суд об установлении факта непринятия наследства¹¹.

Иногда нотариусы, обнаружив факт регистрации наследника по месту жительства наследодателя, исходят из презумпции его проживания в квартире наследодателя¹², что означает вступление в наследство неформальным способом. Вместе с тем, в юридической литературе отмечается, что «факт регистрации только, как правило, подтверждает факт проживания» [Зайцева Т.И., Крашенинников П.В., 2007: 228].

В судебной практике сформировался следующий подход: регистрация по месту жительства представляет собой административный акт и не является безусловным основанием для признания наследника фактически принявшим наследство после смерти наследодателя. Значение имеют активные действия со стороны наследника, а именно фактическое проживание в квартире. Как указал Пленум Верховного Суда, проживание в жилом помещении может происходить и без регистрации в нем наследника¹³.

Однако судебная практика, видимо, будет уточняться в связи с принятием Конституционным Судом Российской Федерации в 2024 г. Постановления¹⁴, в котором сформулирована позиция относительно того, может ли регистрация наследника по месту жительства наследодателя рассматриваться как ФПН в случае, если публично-правовое образование заявляет требование о признании права собственности на наследственное имущество как выморочное.

Что послужило причиной обращения гражданина в Конституционный Суд? Наследнику, обратившемуся в районный суд с целью

¹¹ П. 37 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

¹² Нотариусы в данном случае руководствуются п.52 Регламента совершения нотариусами нотариальных действий, устанавливающим объем информации, необходимой нотариусу для совершения нотариальных действий, и способ ее фиксации, утв. решением Правления ФНП от 28.08.2017 № 10/17, приказом Минюста России от 30.08.2017 № 156 // СПС Консультант Плюс.

¹³ П. 36 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 (ред. от 24.12.2020) «О судебной практике по делам о наследовании». См. также : Решение Таганского районного суда Москвы от 20.09.2023 по делу № 2-2482/2023; Решение Кузнецкого районного суда Новокузнецка от 23.01.2025 по делу № 2-101/2025(2-1247/2024) (УИД 42RS0017-01-2024-002278-75); Решение Богородицкого районного суда Тульской области от 09.04.2025 по делу № 2-166/2025 (УИД 71RS0004-01-2025-000035-91) // СПС Консультант Плюс.

¹⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.05.2024 № 25-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 1152 и пункта 2 статьи 1153 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Д.В. Простякова»// СЗ РФ. 2024. № 23 (Часть II). Ст. 3269.

установления факта принятия наследства в виде квартиры (расположенной в Москве), было отказано на том основании, что наследник не предъявил доказательств, свидетельствующих о ФПН. Суд указал, что регистрация наследника по месту жительства в жилом помещении к действиям по ФПН не относится. С этим решением согласились суды вышестоящих инстанций. Суд также удовлетворил требования Департамента городского имущества Москвы о признании права собственности на квартиру как выморочного имущества и выселении наследника из жилого помещения.

Гражданин направил в Конституционный Суд жалобу, оспаривая конституционность норм ГК о принятии наследства¹⁵ и заявляя, что его регистрация по месту жительства в жилом помещении является подтверждением ФПН. Конституционный Суд пришел к выводу: когда регистрация по месту жительства наследника сохраняется на протяжении срока, установленного для принятия наследства и вплоть до момента возникновения спора, касающегося статуса жилого помещения, и при этом наследник не выразил отказа от наследства, наличие регистрации по месту жительства в жилом помещении наряду с другими доказательствами может быть учтено в качестве основания принятия наследства.

Правовая позиция Конституционного Суда будет иметь важное значение, в том числе для защиты интересов несовершеннолетних наследников, зарегистрированных в жилом помещении наследодателя, но не проживавших в нем. Однако выработанная Конституционным Судом позиция будет учитываться судами только в споре между наследником и публично-правовым образованием, которое заявляет о признании жилого помещения выморочным имуществом.

Правовая природа ФПН определяется в доктрине по-разному. Некоторые цивилисты полагают, что неформальный способ принятия наследства следует рассматривать в качестве юридического поступка [Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И., 2002: 113]; [Чашкова С.Ю., 2017: 23–29]. С.Ю. Филиппова, в частности, отмечает: если после смерти супруга вдова, не меняя привычного образа жизни, продолжает проживать в жилом доме, принадлежащем умершему супругу, а также пользоваться кухонной утварью, вряд ли можно такое поведение считать действием, направленным на создание правовых последствий; такие действия следовало расценить как юридический поступок [Филиппова С. Ю., 2019: 54–55]. Вместе с тем рассмотрение ФПН в качестве юридического поступка, по справедливому

¹⁵ П. 1 ст. 1152 и п. 2 ст. 1153 ГК РФ.

замечанию Е.А. Ходыревой, «означало бы предоставление разного объема возможностей по защите своих прав наследникам, принявшим наследство юридическим или фактическим способом» [Ходырева Е.А., 2021: 38–42].

В доктрине доминирует мнение: ФПН является сделкой, а не юридическим поступком. Так, Н.Ю. Рассказова полагает, что в основе приобретения наследства путем совершения действий, указанных в п. 2 ст. 1153 ГК, лежит идея о том, что наследник желает принять наследство, т.е. речь идет о направленном волевом действии [Рассказова Н.Ю., 2016: 71].

Особенность сделки по ФПН в том, что наследник выражает свою волю не прямо (как в случае обращения с заявлением к нотариусу), а косвенно — путем совершения конклюдентных действий. Следует признать, что такой способ волеизъявления соответствует гражданскому законодательству: он предусмотрен в п. 2 ст. 158 ГК и применим в отношении сделок.

Анализ практики показывает, что при установлении факта принятия наследства суд выявляет наличие осознанного характера действий наследника, т.е. их направленность на правовой результат в виде вступления в наследство. Так, в одном из дел суд указал, что получение наследником отдельных вещей «на память» не может свидетельствовать о ФПН, поскольку принятие наследства — это осознанный акт поведения наследника¹⁶. На необходимость повышенного изучения воли лица на принятие наследства при неформальном способе обращено внимание и в доктрине [Маколдина А.А., 2024: 26].

Как следует из судебной практики, проявлением воли на принятие наследства является совершение наследником фактических действий, который, действуя для себя и в своих интересах, относится к этому имуществу как к собственному¹⁷. Таким образом, ФПН является сделкой, в которой воля наследника выражается особым способом — путем совершения конклюдентных действий.

Но, как известно, в отличие от юридического поступка, который может совершить и несовершеннолетний, и недееспособный гражданин, для совершения сделки среди прочих условий требуется, чтобы лицо было способно к совершению сделки. Поэтому обратимся к вопросу: вправе ли несовершеннолетний наследник принять наслед-

¹⁶ Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 06.03.2024 № 88-4034/2024 по делу № 2-22/2023 (УИД 03RS0043-01-2022-001015-34) // СПС Консультант Плюс.

¹⁷ Апелляционное определение СК по гражданским делам Ростовского областного суда от 24.05.2022 по делу № 33-8487/2022.

ство неформальным способом самостоятельно? ГК различает две группы несовершеннолетних — малолетних (не достигших возраста 14 лет) и несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет, в связи с чем необходимо рассмотреть каждую из этих категорий в отдельности.

2. О фактическом принятии наследства малолетним наследником

В Методических рекомендациях по оформлению наследственных прав¹⁸ закреплено, что только полностью дееспособные наследники (в том числе эмансипированные и вступившие в брак несовершеннолетние) принимают наследство самостоятельно. От имени малолетних наследство принимают их родители, усыновители или опекуны¹⁹. Между тем данные разъяснения касаются формального способа принятия наследства, предполагающего обращение к нотариусу. К сожалению, Федеральная нотариальная палата, подготовившая данные разъяснения, не дает пояснений о принятии наследства фактическим способом малолетним.

В доктрине некоторые специалисты выражают сомнение в возможности ФПН непосредственно несовершеннолетними [Булавина М.А., Долинская В.В., Заикина И.В., 2023: 40–46]. Вместе с тем такого рода сделка входит в рамки сделок, которые вправе совершать малолетние самостоятельно в соответствии с подп. 2 п. 2 ст. 28 ГК: она направлена на безвозмездное получение выгоды и не требует ни нотариального удостоверения, ни государственной регистрации. Следовательно, подобную сделку вправе совершить малолетний, достигший возраста 6 лет.

Малолетние в возрасте до шести лет не наделяются дееспособностью²⁰, поэтому с формальной точки зрения сделок совершать не вправе, в том числе по ФПН. Вместе с тем Министерство просвещения России разъяснило, что если несовершеннолетний, в том числе малолетний, проживает в жилом помещении наследодателя (родителя), он тем самым совершает сделку по принятию наследства²¹. При

¹⁸ П. 5.4. Методических рекомендаций по оформлению наследственных прав (утв. решением Правления ФНП от 25.03.2019, протокол № 03/19) // СПС Консультант Плюс.

¹⁹ Там же. П. 5.5.

²⁰ Это вытекает из смысла ГК РФ.

²¹ Параграф 5.2 Раздела 2 Методических рекомендаций по вопросам выдачи органами опеки и попечительства предварительных разрешений на осуществление имущественных прав ребенка (Приложение к Письму Министерства просвещения России от 04.04.2023 № 07-1780) // СПС Консультант Плюс.

этом никаких оговорок относительно невозможности совершения такого рода сделки малолетним, не достигшим 6 лет, не имеется. Видимо, Министерство просвещения исходит из того, что фактические действия (в частности, владение и пользование жилым помещением) могут совершаться несовершеннолетними любого возраста, а закон одновременно придает такого рода действиям юридическое значение. Позиция, в соответствии с которой любой малолетний вправе совершить сделку по ФПН, заслуживает поддержки. Но желательно закрепить ее на уровне закона.

Отдельное внимание следует уделить вопросу, касающемуся возможности принять наследство фактическим способом от имени малолетнего родителем, усыновителем или опекуном. ГК допускает принятие наследства через представителя²². Однако данное правило установлено в положениях о юридическом способе принятия наследства, и встает вопрос о его применимости в отношении ФПН.

Доктрина признает возможность ФПН через представителя. Так, И.Г. Ренц отмечает, что ФПН допустимо не только собственными действиями наследника, но и через представителя, по крайней мере когда наследник в силу объективных причин не способен к их совершению [Ренц И.Г., 2018: 352]. Н.И. Остапюк считает, что совершение законным представителем хотя бы одного из действий, свидетельствующих о ФПН, презюмирует (пока не доказано иное) принятие наследства от имени представляемого [Остапюк Н., 2006: 20-30]. По мнению Н.Ю. Рассказовой, отсутствуют какие-либо политико-правовые обоснования для запрета на ФПН законным представителем от имени подопечного [Рассказова Н.Ю., 2016: 84].

Анализ судебной практики также дает основание для вывода о допустимости принять наследство неформальным способом законным представителем от имени малолетнего. Так, в одном из дел, дошедших до кассационной инстанции, суд установил, что поскольку дочери наследодателя на момент его смерти были несовершеннолетними (из материалов дела следует, что они являлись малолетними) и не могли нести бремя содержания спорного дома, то фактически приняла наследство их мать, которая вступила во владение и пользование наследственным имуществом, выбрав место жительства детей в доме наследодателя и неся бремя его содержания²³.

Однако встречаются ситуации, когда законный представитель не предпринимает ни юридических, ни фактических действий по приня-

²² См.: абз. 3 п.1 ст. 1153 ГК РФ.

²³ Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 01.11.2023 по делу № 88-27957/2023 // СПС Консультант Плюс.

тию наследства от имени малолетнего, что влечет пропуск срока для принятия им наследства. Практика исходит из того, что бездействие законного представителя рассматривается как уважительная причина для восстановления наследнику срока для принятия наследства²⁴.

Если малолетний наследник находится под опекой, то его интересы могут быть защищены органом опеки и попечительства, если опекун не осуществил от имени наследника его право на принятие наследства²⁵. Так, в одном из дел наследником выступала дочь, которая ввиду малолетнего возраста не имела возможности реализовать свои права по принятию наследства в виде квартиры после смерти матери. Дочь была зарегистрирована в квартире наследодателя. Поскольку приемный родитель (опекун) своевременно не принял мер к оформлению наследства, с защитой имущественных прав ребенка обратился в суд орган опеки и попечительства. Суд удовлетворил исковое заявление и восстановил дочери наследодателя срок для принятия наследства²⁶.

3. Фактическое принятие наследства несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет

Несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет вправе самостоятельно совершать больший круг сделок, чем малолетние. В их число входят также сделки, предусмотренные для малолетних, достигших шести лет. В частности, так же, как и малолетние, они могут совершать сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды, если они не требуют нотариального удостоверения или государственной регистрации. Следовательно, ФПН несовершеннолетними в возрасте от 14 до 18 лет, также допустимо. В частности, проживание несовершеннолетнего в квартире наследодателя, пользование и владение вещами, принадлежащими наследодателю, могут квалифицироваться как действия по ФПН.

Как следует из судебной практики, если несовершеннолетний, достигший 14 лет, не принял наследство в установленный срок²⁷, то

²⁴ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2013 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.06.2014) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 9.

²⁵ Решение Кировского районного суда города Волгограда от 18.03.2024 по делу № 2-544/2024 // СПС Гарант.

²⁶ Решение Талдомского районного суда Московской области от 20.10.2022 № 2-886/2022~М-802/2022 // СПС Консультант Плюс.

²⁷ В соответствии со ст. 26 ГК РФ несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет по общему правилу сделки совершают самостоятельно, но требуется получение письменного согласия законного представителя (за исключением ряда сделок).

законные представители несовершеннолетнего вправе в судебном порядке защитить его имущественные права (что вытекает из п. 1 ст. 26 ГК, а также ст. 64 Семейного кодекса)²⁸, а также он может это сделать сам по достижении 18 лет²⁹. Известны примеры восстановления срока для принятия наследства наследнику, который на момент открытия наследства был несовершеннолетним (достиг 14 лет), а по достижении совершеннолетия (в течение 6 месяцев) обратился в суд с соответствующим требованием³⁰. Иск обычно предъявляется к наследникам, которые своевременно вступили в права наследования, приняв наследство формальным способом. В подобных случаях при вынесении решений суды руководствуются подходом, сформулированным Верховным Судом Российской Федерации в 2013 г.³¹: пропуск несовершеннолетним наследником срока для принятия наследства рассматривается судами как не зависящее от него обстоятельство и признается уважительной причиной для его восстановления.

Значимость данного подхода для защиты наследственных прав несовершеннолетних наследников не подвергается сомнению. Вместе с тем восстановление срока для принятия наследства по достижении наследником совершеннолетия влечет затягивание этого процесса. Кроме того, при восстановлении судом срока требуется определение наследственных долей по-новому, так как ранее выданные свидетельства о праве на наследство становятся недействительными³². Очевидно, что перераспределение наследственных долей наследников спустя продолжительный период времени после открытия наследства подрывает стабильность имущественных отношений.

Целесообразно полагать, что нормы действующего законодательства при правильном их толковании позволяют своевременно защитить права несовершеннолетних наследников. Как следует из гражданского законодательства, отказ наследника от наследства, если им является несовершеннолетний, не допустим, если отсутствует на это

²⁸ См., напр.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27.03.2018 № 5-КГ17-241 // СПС Консультант Плюс.

²⁹ См., напр.: Решение Новгородского районного суда Новгородской области от 19.03.2025 по делу № 2-2012/2025 (УИД 53RS0022-01-2024-013569-97) // СПС Консультант Плюс; Решение Измайловского районного суда Москвы от 31.05.2024 № 2-62/2024 (УИД 77RS0010-02-2022-020668-94).

³⁰ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 23.11.2021 № 33-24506/2021 по делу № 2-4670/2021. Определением Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 20.04.2022 № 88-7039/2022 данное определение оставлено без изменения.

³¹ Определение Верховного Суда РФ от 19.11.2013 № 66-КГ13-8 // СПС Консультант Плюс.

³² П. 1 ст. 1155 ГК РФ.

предварительное разрешение органа опеки и попечительства³³. Логика приводит к выводу: если у нотариуса имеется информация о наличии в числе наследников несовершеннолетнего, но в срок, установленный для принятия наследства, нотариусу не представлен отказ от наследства, согласованный с органом опеки и попечительства, несовершеннолетнего наследника следует признавать принявшим наследство.

Схожее положение содержит ст. 38 Модельного закона «О праве наследования» (законодательном акте Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств рекомендательного характера): лица, не обладающие дееспособностью в силу малолетнего возраста, считаются принявшими наследство в силу факта призвания их к наследованию³⁴.

Судебная статистика свидетельствует, что по количеству рассматриваемых судами наследственных споров третье место занимают споры категории «о восстановлении срока для принятия наследства, о принятии наследства, о признании права на наследственное имущество». Так, в 2024 г. количество рассмотренных в Российской Федерации дел по данной категории — 37930. При этом доля удовлетворенных требований составила 93%³⁵. Примечательно, что этот показатель является наивысшим среди всех категорий дел, и он остается неизменным уже на протяжении пяти лет (с 2020 г.). Устойчивость тенденции показывает, что суды удовлетворяют подавляющее большинство требований наследников о восстановлении пропущенного срока для принятия наследства.

Мыслится вывод, что введение презумпции принятия наследства для несовершеннолетних наследников позволит не только гарантировать их наследственные права, стабилизировать имущественный оборот, но также значительно разгрузить судебную систему. По мнению автора настоящей статьи, нотариус должен зарезервировать несовершеннолетнему наследнику долю в наследстве даже в том случае, если на день истечения срока, установленного для принятия наследства, отсутствует заявление о принятии наследства³⁶ или

³³ Это вытекает из п. 4 ст. 1157 ГК.

³⁴ Постановление № 49-6 Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ «О модельном законе «О праве наследования» (Принято в Санкт-Петербурге 19.04.2019) // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. 2019. № 71 (часть 1).

³⁵ Available at: URL: <https://stat.апи-пресс.рф/stats/gr/t/22/s/30> (дата обращения: 14.08.2025)

³⁶ Заявление может быть подано самим несовершеннолетним, достигшим 14 лет (с согласия родителя, усыновителя или попечителя), или законным представителем, если ребенок является малолетним.

у нотариуса не имеется доказательств ФПН несовершеннолетним наследником или его законным представителем, если только орган опеки и попечительства не выдал разрешения на отказ несовершеннолетнего от наследства.

Другими словами, в отношении наиболее уязвимой категории наследников (несовершеннолетних) предлагается сделать исключение в системе наследования, предусматривающей необходимость совершения ряда активных действий по его принятию. Целесообразно перейти к системе, которая именуется в германской доктрине как система автоматического принятия наследства [Zimmermann R., 2025: 299], сохранив право от него отказаться.

Между тем при переходе на систему автоматического принятия наследства несовершеннолетними наследниками нельзя допустить, чтобы их интересы пострадали ввиду перехода к ним не только имущественных прав, но и обязанностей наследодателя, в том числе в виде долгов. Кроме того, важно, что при принятии наследства несовершеннолетние наследники становятся собственниками наследственного имущества (согласно п. 4 ст. 1152 ГК со дня открытия наследства), а на собственника возлагается бремя содержания имущества.

4. Ответственность несовершеннолетних наследников по долгам наследодателя

Споры об ответственности наследников по долгам наследодателя распространены: они занимают второе место по числу споров о наследстве, рассматриваемых судами³⁷. В силу универсальности наследственного правопреемства к наследникам, принявшим наследство, переходят не только вещи и имущественные права, но и имущественные обязанности, принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства, за исключением прав и обязанностей, которые связаны с личностью наследодателя, а также тех, переход которых запрещен в соответствии с законом³⁸.

Вследствие этого к наследнику, который принял наследство (в том числе несовершеннолетнему), кредиторы могут предъявить требования погасить долги наследодателя. Однако ГК устанавливает, что ответственность наследника перед кредиторами по долгам наследо-

³⁷ Available at: URL: <https://stat.api-преем.пф/stats/gr/t/22/s/30> (дата обращения: 14.08.2025)

³⁸ Ст. 1112 ГК РФ.

дателя ограничена стоимостью перешедшему к такому наследнику имущества³⁹. Поэтому установление презумпции принятия наследства для несовершеннолетнего наследника не должно угрожать его интересам.

При рассмотрении судами споров о взыскании с несовершеннолетних наследников за счет стоимости наследственного имущества задолженности (например, по кредитным договорам, заключенным наследодателем) суды проверяют расчет задолженности и стоимость актива в наследственном имуществе, а также определяют, превышает ли размер актива сумму долга⁴⁰. Е.А. Останина правильно указывает на возникающую у судов проблему определения стоимости наследственного имущества. Как она отмечает, судам отводится не свойственная им роль содействовать сбору доказательств о стоимости наследственного имущества, чтобы интересы несовершеннолетнего наследника не пострадали [Останина Е.А., 2024: 162]. Такой подход необходимо поддерживать.

При установлении недостаточности стоимости наследственного имущества для погашения долгов наследодателя суды отказывают в удовлетворении требований кредиторов на основании п. 1 ст. 416 ГК, в котором установлено, что обязательства прекращаются невозможностью их исполнения⁴¹.

При выявлении превышения стоимости пассива над активом в наследственном имуществе несовершеннолетнему наследнику целесообразно от наследства отказаться. Отказ от наследства несовершеннолетнего наследника возможен, лишь если орган опеки и попечительства дал на это разрешение⁴². Хотя необходимо сделать оговорку: такого разрешения не требуется, если несовершеннолетние приобрели полную дееспособность⁴³. Разрешение на отказ несовершеннолетнего наследника от наследства орган опеки и попечительства дает, как показывает судебная практика, если ему представлены документы,

³⁹ Ст. 1175 ГК РФ.

⁴⁰ См., напр.: Решение Солнечного районного суда Хабаровского края от 23.01.2025 по делу № 2-2-2/2025(2-2-160/2024) (УИД 27RS0010-02-2024-000244-83) // СПС Консультант Плюс; Решение Гвардейского районного суда Гвардейска от 13.02.2025 по делу № 2-27/2025 (УИД 39RS0009-01-2024-000872-39) // СПС Консультант Плюс.

⁴¹ См., напр.: Решение Норильского городского суда Красноярского края от 12.09.2022 по делу № 2-651/2022.

⁴² См.: п. 4 ст. 1157 ГК РФ.

⁴³ П. 10.2 Методических рекомендаций по оформлению наследственных прав // СПС Консультант Плюс.

подтверждающие превышение долга наследодателя над стоимостью материальных благ, входящих в состав наследства⁴⁴.

Согласно п. 2 ст. 1157 ГК, когда наследство принято юридическим способом, отказ от наследства допустим в пределах срока, установленного для принятия наследства. По своей правовой природе срок отказа от наследства является пресекательным: его восстановление невозможно⁴⁵. Если же речь идет о ФПН, ГК допускает восстановление срока отказа от наследства в судебном порядке даже за рамками срока, установленного для принятия наследства, но при наличии уважительной причины пропуска срока⁴⁶. Автор считает, что несовершеннолетний возраст наследника может являться такой причиной. В связи с этим если наследство, обремененное значительным количеством долгов, превышающих актив, принято фактическим способом несовершеннолетним наследником или его законным представителем, ребенок, став совершеннолетним, должен иметь возможность отказаться от наследства, обратившись в суд с требованием о восстановлении срока для такого отказа.

Известны примеры, когда от имени несовершеннолетнего наследника наследство принимает формальным способом его законный представитель. Узнав об обременении наследства большим количеством долгов, он, выступая от имени ребенка, не успевает в срок, установленный для принятия наследства, заявить нотариусу об отказе ребенка от наследства, одобренного органом опеки и попечительства. В связи с этим он вынужден обращаться в суд, заявляя требование о восстановлении срока отказа от наследства и признании отказавшимся от наследства несовершеннолетнего наследника.

В подобной ситуации суды обычно отказывают в восстановлении срока для отказа от наследства, ссылаясь на положение п. 2 ст. 1157 ГК, из которого следует, что право на восстановление срока отказа от наследства, принятого юридически (путем обращение к нотариусу), не предусмотрено. Так, в одном из дел суд счел довод истца (за-

⁴⁴ См., напр.: Кассационное определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 14.11.2023 № 88а-25421/2023 (УИД 73RS0004-01-2022-009075-33) // СПС Консультант Плюс.

⁴⁵ См., напр.: Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 09.12.2024 по делу № 88-23465/2024 (УИД 11RS0002-01-2023-004117-89), Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 22.01.2024 № 88-1345/2024 по делу № 2-361/2023 (УИД 39RS0018-01-2023-000257-33); Определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 19.01.2022 № 88-755/2022 // СПС Консультант Плюс.

⁴⁶ Абз. 2 п. 2 ст. 1157 ГК РФ.

конного представителя несовершеннолетних) о неосведомленности о наличии долгов несостоятельным, ссылаясь на то, что нотариус не обязан информировать наследников о размере наследства⁴⁷. В другом деле суд пришел к аналогичному выводу, указав, что в нормативных правовых актах, регламентирующих деятельность нотариуса, не установлена обязанность нотариуса информировать наследников о долговых обязательствах наследодателя⁴⁸.

Бывает и так, что несовершеннолетний наследник, достигший 14 лет, приняв наследство юридически (с согласия родителя) и затем узнав о наличии долгов, намерен заявить нотариусу отказ от наследства, но разрешение на такой отказ от органа опеки и попечительства получает уже за пределами необходимого срока. Наследник или его законный представитель обращается в суд с целью восстановления срока отказа от наследства, и получает, как правило, отказ по той причине, что ГК не допускает восстановление срока на отказ от наследства, так как наследство принято не фактическим, а юридическим способом⁴⁹.

Ссылки законного представителя на то, что информация об обременении наследства долгами (с приложением подтверждающих документов) получена по истечении срока принятия наследства, как правило, не принимаются во внимание: суды исходят из того, что если наследство было принято путем обращения к нотариусу, уважительность причин для пропуска срока для отказа от наследства уже не имеет правового значения. Соответственно, суды выносят решение: срок не подлежит восстановлению⁵⁰.

Автор считает, что право наследника на восстановление срока отказа от наследства, зависящее от способа (юридического или фактического) его принятия, не отвечает интересам несовершеннолетних наследников. Если наследство принимает юридическим способом

⁴⁷ Решение Димитровградского городского суда Ульяновской области от 25.02.2025 по делу № 2-426/2025 (УИД 73RS0013-01-2025-000052-95) // СПС Консультант Плюс.

⁴⁸ Решение Суровикинского районного суда Волгоградской области от 10.07.2024 по делу № 2-468/2024 (УИД 34RS0040-01-2024-000738-87) // СПС Консультант Плюс.

⁴⁹ См., напр.: Решение Гагаринского районного суда Москвы от 02.03.2023 по делу № 2-0775/2023 // СПС Консультант Плюс; Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 29.06.2023 № 88-15028/2023 по делу № 2-3037/2022 (УИД 03RS0063-01-2022-003445-26) // СПС Консультант Плюс.

⁵⁰ См., напр.: Апелляционное определение Суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 28.02.2023 по делу № 33-1397/2023, 2-5589/2022 // СПС Консультант Плюс.

законный представитель от имени малолетнего ребенка, ребенок повлиять на этот процесс не может, даже если волеизъявление законного представителя не отвечало интересам ребенка, например, законный представитель не осведомился о долгах, а они были. Если наследство принимается несовершеннолетним, достигшим 14 лет, то требуется согласие родителя (усыновителя, попечителя) на совершение данной сделки. Определяющая роль законного представителя при совершении такого рода сделки также очевидна.

Есть смысл полагать, что если действия законного представителя (действующего от имени ребенка, если наследник малолетний, или выражение им согласия — если ребенок достиг 14 лет) по принятию наследства формальным способом несовершеннолетним наследником не отвечают его интересам, то срок для отказа от наследства должен быть восстановлен несовершеннолетнему наследнику (при наличии соответствующего разрешения на данный отказ органа опеки и попечительства) по истечении срока, установленного для принятия наследства. Данное положение, вероятно, нуждается в законодательном закреплении в п. 2 ст. 1157 ГК. Оно позволит в большей степени защитить интересы несовершеннолетнего наследника.

В судебной практике можно найти лишь единичные примеры применения предлагаемого подхода. Так, в деле, рассматриваемом Шестым кассационным судом общей юрисдикции⁵¹, было установлено, что наследнику на момент открытия наследства было 16 лет. Он с согласия своего отца подал заявление нотариусу о принятии наследства. При этом отец знал о наличии у наследодателя долгов. Став совершеннолетним, наследник предъявил в суд требование о восстановлении срока для отказа от наследства и признании его отказавшимся от наследства по той причине, что наследство было обременено большим количеством долгов, а принимая наследство он в силу несовершеннолетнего возраста не мог осознать последствий его принятия. Суды первой и апелляционной инстанций не нашли правовых оснований для удовлетворения требования наследника, ссылаясь на то, что уважительные причины могут явиться условием для восстановления срока отказа от наследства, если оно принято фактически. Суд кассационной инстанции счел, что возможность отказа от наследства за пределами 6-месячного срока не должна зависеть от способа принятия наследства. При наличии уважительной причины (в данном случае — несовершеннолетнего возраста наслед-

⁵¹ Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 11.07.2024 № 88-15652/2024 (УИД 21RS0025-01-2023-003931-51) // СПС Консультант Плюс.

ника) срок может быть восстановлен. В силу этого суд кассационной инстанции отменил определение суда апелляционной инстанции, отправив дело на новое апелляционное рассмотрение.

Несовершеннолетний наследник, принявший наследство фактическим или юридическим способом, отвечает перед кредиторами наследодателя, но в рамках установленных законодательством ограничений — в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества. Это в известной степени защищает несовершеннолетнего наследника от требований кредиторов, предъявленных сверх актива наследства. При вступлении в наследство (вне зависимости от способа его принятия) необходимо понимать, что при выявлении в наследстве неисполненных обязательств наследодателя, превышающих стоимость актива, экономически целесообразно от наследства отказаться.

Проблемы, возникающие у наследников (в том числе несовершеннолетних) в связи с отсутствием сведений о долговых обязательствах наследодателя, как можно надеяться, потеряют в скором времени остроту: с 24.11.2025 вступит в действие обновленная редакция Основ законодательства Российской Федерации о нотариате⁵², которая будет предусматривать ст. 61.1 «Извещение наследников о долгах наследодателя», возлагающую на нотариуса обязанность сообщать наследникам, заявившим о принятии наследства, информацию о наличии (отсутствии) долговых обязательств наследодателя, а также об их размере. Введение новых правил позволит наследникам принимать взвешенное решение о принятии или об отказе от наследства.

5. Бремя содержания имущества, приобретенного несовершеннолетним в порядке наследования

Наследник, принявший наследство, становится обладателем имущественных прав, которые принадлежали наследодателю⁵³. В частности, наследник может стать собственником унаследованного имущества, на которого, как известно, возлагается бремя его содержания⁵⁴. Это дает основание некоторым юристам серьезно усомниться в возможности ФПН несовершеннолетним наследником, поскольку

⁵² См.: Федеральный закон от 23.11.2024 № 407-ФЗ (ред. от 28.12.2024) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2024. № 48. Ст. 7214.

⁵³ Это вытекает из п. 4 ст. 1152 ГК РФ.

⁵⁴ См.: ст. 210 ГК РФ.

вступление во владение наследственным имуществом повлечет необходимость, например, оплаты расходов на жилищно-коммунальные услуги, уплаты налогов.

Полагаем, что дифференциация способа принятия наследства не влияет на те последствия, которые возникают у несовершеннолетнего наследника в результате вступления в наследство. Ребенок приобретает статус собственника наследственного имущества вне зависимости от того, совершил он ФПН или родитель принял наследство юридически (путем обращения к нотариусу) от его имени по причине малолетнего возраста.

Невозможно разделить и тезис о том, что для осуществления государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество (если такое имущество переходит в порядке наследования) требуется наличие дееспособности [Булавина М.А., Долинская В.В., Заикина И.В., 2023: 40, 46]. Такое требование не является обязательным, так как государственная регистрация может осуществляться по заявлению законного представителя, действующего от имени ребенка, если ребенок является малолетним, или по заявлению самого несовершеннолетнего, если он достиг возраста 14 лет⁵⁵.

Реализация правомочия распоряжения имуществом, принадлежащего на праве собственности несовершеннолетнему на основании наследования, также возможна, но опять же через действия родителя (опекуна, усыновителя), действующего от имени малолетнего⁵⁶, или с участием родителя (попечителя, усыновителя), который дает письменное согласие на совершение сделки ребенком, достигшим возраста 14 лет⁵⁷, при соблюдении установленных в законодательстве ограничений⁵⁸. Таким образом, отсутствие полной дееспособности у несовершеннолетнего не препятствует реализации его прав как собственника унаследованного имущества через действия законных представителей или с их участием.

То же касается бремени содержания имущества, перешедшего несовершеннолетнему в порядке наследования. Если ребенок мало-

⁵⁵ П. 3 и 4 Административного регламента Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по предоставлению государственной услуги по государственному кадастровому учету и (или) государственной регистрации прав на недвижимое имущество, утв. Приказом Минэкономразвития России от 07.06.2017 № 278 (Зарегистрировано в Минюсте России 01.12.2017 № 49074) // СПС КонсультантПлюс.

⁵⁶ П. 1 ст. 28 ГК РФ.

⁵⁷ П. 1 ст. 26 ГК РФ.

⁵⁸ См.: ст. 37 ГК РФ.

летний, то совершение сделок и их исполнение (в том числе по оплате жилищно-коммунальных услуг) будет происходить родителем, усыновителем или опекуном ребенка⁵⁹. Соответственно гражданско-правовая ответственность за неисполнение этих обязанностей будет возложена на законных представителей несовершеннолетнего собственника имущества⁶⁰.

Несовершеннолетние, достигшие 14 лет, совершают сделки самостоятельно, но с письменного согласия родителя, усыновителя или попечителя⁶¹, за исключением ряда сделок. При этом несовершеннолетние этой категории согласно п. 3 ст. 26 ГК несут самостоятельную имущественную ответственность по сделкам, в том числе совершенным с согласия указанных выше лиц. На родителей, усыновителей, попечителя не возлагается субсидиарная ответственность в этом случае.

Вместе с тем при обращении к практике применения жилищного законодательства, видно, что вопрос об ответственности родителей за неисполнение несовершеннолетним, достигшим 14 лет, обязанности по внесению платы за жилое помещение и коммунальные услуги решается иначе. Пленум Верховного Суда Российской Федерации разъяснил, что подобные обязанности возлагаются на родителей, если жилое помещение принадлежит несовершеннолетнему, причем обязанность родителей возникает независимо от факта совместного проживания с ребенком⁶². При этом оплата жилищно-коммунальных услуг несовершеннолетним собственником является его правом, а не обязанностью. Такой подход широко применяется в судебной практике⁶³.

Определяющая роль законных представителей в реализации несовершеннолетними права собственности подчеркнута и в Мето-

⁵⁹ П. 1 ст. 28 ГК РФ.

⁶⁰ П. 3 ст. 28 ГК РФ.

⁶¹ П. 1 ст. 26 ГК РФ.

⁶² П. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2017 № 22 «О некоторых вопросах рассмотрения судами споров по оплате коммунальных услуг и жилого помещения, занимаемого гражданами в многоквартирном доме по договору социального найма или принадлежащего им на праве собственности» // СПС Консультант Плюс.

⁶³ См., напр.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 21.01.2025 № 88-КГ24-12-К8 (УИД 70RS0001-01-2023-003751-56); Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 01.10.2024 № 5-КГ24-74-К2 (УИД 77RS0033-02-2020-002728-89); Апелляционное определение Наро-Фоминского городского суда Московской области от 28.06.2024 № 11-37/2024 // СПС Консультант Плюс.

дических рекомендациях Министерства просвещения России от 04.04.2023 № 07-1780. Как следует из данных рекомендаций, именно законные представители призваны осуществлять юридические действия, в том числе касающиеся выполнения обязанностей по осуществлению права собственности на имущество (уплата налогов, плата за содержание имущества и т.д.)⁶⁴. Ранее аналогичная позиция была сформулирована Конституционным Судом Российской Федерации, подчеркнувшим, что обязанность по уплате налогов на имущество, принадлежащее несовершеннолетним, исполняется путем совершения юридических действий их родителями⁶⁵. Из приведенных разъяснений следует возложение на родителей обязанности по несению бремени содержания имущества, принадлежащего всем несовершеннолетним детям, а не только малолетним.

Возникает вопрос: какова правовая природа обязанности родителей по несению бремени содержания имущества, принадлежащего несовершеннолетнему ребенку в возрасте от 14 до 18 лет, ввиду того, что в соответствии с гражданским законодательством несовершеннолетние, достигшие 14 лет, самостоятельно совершают сделки⁶⁶ и несут самостоятельную имущественную ответственность по ним?

Ответ, видимо, стоит искать в семейном законодательстве. Согласно Семейному кодексу Российской Федерации⁶⁷ на родителей возлагается обязанность содержать своих несовершеннолетних детей. Но можно ли рассматривать в качестве семейной обязанности родителей несение бремени содержания имущества, принадлежащего их ребенку? К сожалению, на этот вопрос прямого ответа в Кодексе нет. Применительно к несению родителями (иными законными представителями) расходов по оплате коммунальных услуг за жилое помещение, принадлежащее несовершеннолетнему, можно предположить, что такие расходы являются материальным содержанием, обеспечивающим создание нормальных условий для проживания

⁶⁴ Пар. 1.2 Раздела 2 Методических рекомендаций по вопросам выдачи органами опеки и попечительства предварительных разрешений на осуществление имущественных прав ребенка (Приложение к Письму Минпросвещения от 04.04.2023 № 07-1780) // СПС Консультант Плюс.

⁶⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 13.03.2008 № 5-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений подпунктов 1 и 2 пункта 1 статьи 220 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.И. Аникина, Н.В. Ивановой, А.В. Козлова, В.П. Козлова и Т.Н. Козловой» // СЗ РФ. 2008. № 12. Ст. 1183.

⁶⁶ Хотя и с участием родителей, усыновителей или попечителя, которые по общему правилу дают письменное согласие на сделку (п. 1 ст. 26 ГК РФ).

⁶⁷ П. 1 ст. 80 Семейного кодекса РФ.

ребенка. Вместе с тем имеет смысл прояснить этот вопрос, определив на законодательном уровне правовые основания для возложения на родителей (усыновителей, попечителя) обязанности по несению бремени содержания имущества несовершеннолетнего ребенка, достигшего возраста 14 лет.

Заключение

В результате анализа норм законодательства, регулирующего отношения, связанные с ФПН, практики его применения, а также данных судебной статистики, возможно сформулировать следующие основные выводы и предложения.

ФПН есть сделка, совершаемая конклюдентными действиями.

Данную сделку вправе самостоятельно совершить несовершеннолетние, достигшие возраста 6 лет, так как она отвечает требованиям гражданского законодательства.

Родитель, усыновитель, опекун вправе от имени малолетнего принять наследство фактическим способом, действуя в его интересах.

Бездействие законного представителя, приведшее к пропуску срока для принятия наследства несовершеннолетним наследником, не препятствует восстановлению этого срока в судебном порядке, как только такой наследник станет совершеннолетним.

Из п. 4 ст. 1157 ГК следует вывод: отсутствие у нотариуса на день истечения срока для принятия наследства заявления несовершеннолетнего наследника (или его законного представителя) об отказе от наследства, одобренного органом опеки и попечительства, презюмирует принятие наследства несовершеннолетним наследником. Важно закрепить данную презумпцию в гражданском законодательстве. Она может быть опровергнута, если законный представитель (если ребенок малолетний) или несовершеннолетний наследник, достигший 14 лет (с согласия законного представителя), заявит об отказе от наследства, одобренном органом опеки и попечительства. Данное положение позволит в большей степени гарантировать наследственные права несовершеннолетнего наследника и обеспечит стабильность имущественных отношений. Кроме того, такое законодательное решение значительно снизит нагрузку на судебную систему. Анализ судебной статистики свидетельствует об устойчивой тенденции удовлетворения судами требований наследников о восстановлении срока для принятия наследства.

При выявлении в наследственном имуществе долгов, превышающих актив наследства, несовершеннолетнему наследнику целесоо-

бразно отказаться от наследства. Следует установить в гражданском законодательстве возможность восстановления несовершеннолетнему наследнику срока для отказа от наследства и по истечении срока, установленного для принятия наследства и отказа от него (при наличии уважительной причины), если несовершеннолетний наследник (или законный представитель, действующий в его интересах) принял наследство формальным способом, но желает от него отказаться ввиду обнаружения долгов, превышающих актив наследства. ГК в действующей редакции допускает восстановление пропущенного для отказа от наследства срока, только если наследство принято фактическим способом.

Собственник имущества несет бремя его содержания. Если ребенок является малолетним, юридические действия по исполнению обязанностей по содержанию унаследованного им имущества возлагаются на его родителей (иных законных представителей), что вытекает из гражданского законодательства. Вместе с тем остается неясным правовое основание для возложения на родителей (усыновителей, попечителя) обязанностей по содержанию имущества несовершеннолетнего ребенка, достигшего 14 лет. Хотя практика применения норм жилищного законодательства исходит из необходимости несения родителями подобных обязанностей в части оплаты коммунальных услуг, требуется установить законодательное основание для возложения на родителей (усыновителей, попечителя) бремени содержания имущества ребенка, достигшего 14-летнего возраста.



Список источников

1. Булавина М.А., Долинская В.В., Заикина И.В. Проблемы правосубъектности несовершеннолетних // Современное право. 2023. № 6. С. 40–46.
2. Дождев Д. В. Римское частное право. М. : Норма, 2025. 784 с.
3. Зайцева Т.И., Крашенинников П.В. Наследственное право в нотариальной практике: комментарии (ГК РФ, ч. 3 разд. V), метод. рекомендации, образцы док., норматив. акты, судеб. практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. 800 с.
4. Маколдина А.А. Конклюдентные действия в гражданском праве //Вестник гражданского права. 2024. № 2. С. 7–59.
5. Остапюк Н. Пределы осуществления и нотариальная защита наследственных прав граждан // Гражданское право. 2006. № 1. С. 20–30.
6. Першина И.В. Глава 24. Осуществление и оформление наследственных прав. В кн.: Гражданское право. Том 2 / под общ. ред. М.В. Карпычева, А.М. Хужина. М. : ИНФРА-М, 2023. С. 400–419.
7. Рабец А.М. Глава 22. Приобретение наследства и наследование отдельных видов имущества. /Гражданское право. Особенная часть / под ред Е.С. Болтановой. М. : ИНФРА-М, 2025. С. 505–517.

8. Рассказова Н.Ю. Фактическое принятие наследства // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 68–109.
9. Ренц И.Г. Комментарий к ст. 1153 ГК РФ. В кн.: Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. Е.Ю. Петров. М.: М-Логос, 2018. С. 343–356.
10. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М.: Норма, 2025. 464 с.
11. Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В. (общ. ред.) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья. М.: Проспект, 2002. 304 с.
12. Филиппова С.Ю. Юридический поступок: проблемы квалификации и применения норм о сделках / Актуальные проблемы правового регулирования и нотариального удостоверения сделок в Российской Федерации: Материалы конференции с международным участием. Ч. 1. Ростов н/Д: ЮРИУ РАНХиГС, 2019. С. 40–59.
13. Ходырева Е.А. Спорные случаи признания акта принятия наследства недействительным // Нотариус. 2021. № 4. С. 38–42.
14. Чашкова С.Ю. Правовая природа и виды односторонних волеизъявлений, совершаемых после открытия наследства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 12. С. 23–29.
15. Leroyer A.-M. *Droit des successions*. Paris: Dalloz, 2009. 463 p.
16. Zimmermann R. *Administration of Estates in Germany*. In: *Comparative Succession Law. Vol. IV: Administration of Estates*. K. Reid (ed.). Oxford: University Press, 2025, pp. 293–340.



References

1. Bulavina M.A., Dolinskaya V.V., Zaikina I.V. (2023) Issues of legal capacity of minors. *Sovremennoe pravo*=Modern Law, no. 6. pp. 40–46 (in Russ.)
2. Chashkova S. Yu. (2017) Legal nature and types of unilateral expressions of will made after opening inheritance. *Zakony` Rossii: opyt, analiz, praktika*=Laws of Russia: experience, analysis, practice, no. 12, pp. 23–29 (in Russ.)
3. Dozhdev D.V. (2025) Roman private law: textbook. Moscow: Norma, 784 p. (in Russ.)
4. Filippova S.Yu. (2019) Legal act: qualification and application of rules on transactions. In: *Legal regulation and notarial certification in the Russian Federation: papers of conference. Part 1*. Rostov n/D: RANEPa, pp. 40–59 (in Russ.)
5. Khodyreva E.A. (2021) Disputable cases of acknowledging an inheritance acceptance act invalid. *Notarius*=Notary, no. 4, pp. 38–42 (in Russ.)
6. Leroyer A.-M. (2009). *Droit des successions*. Paris: Dalloz, 463 p.
7. Makoldina A.A. (2024) Conclusive actions in civil law. *Vestnik grazhdanskogo prava*=Bulletin of Civil Law, no. 2, pp. 7–59 (in Russ.)
8. Ostapyuk N. (2006) Limits of implementation and notarial protection of inheritance rights of citizens. *Grazhdanskoe pravo*=Civil Law, no. 1, pp. 20–30 (in Russ.)
9. Pershina I.V. (2023) Exercise and registration of inheritance rights. In: *Civil law. Vol. 2*. M.V. Karpichev, A.M. Khuzhin (eds.). Moscow: Norma, pp. 400–419 (in Russ.)
10. Rabets A.M. (2025) Chapter 22. Acquisition of inheritance and inheritance of certain types of property. In: *Civil Law. Special part*. E.S. Boltanova (ed.). Moscow: Norma, pp. 505–517 (in Russ.)

11. Rasskazova N.Yu. (2016) Actual acceptance of inheritance. *Vestnik grazhdanskogo prava*= Bulletin of Civil Law, no. 5, pp. 68–109 (in Russ.)
 12. Rentz I.G. (2018) Commentary for Art. 1153 of the Civil Code. P. 343–356. In: *Inheritance Law: Article-by-Article Commentary on Articles 1110–1185, 1224 of the Civil Code of the Russian Federation*. Moscow: M-Logos, 656 p. (in Russ.)
 13. Sanfilippo C. (2025) *Course of Roman private law: textbook*. Moscow: Norma, 464 p. (in Russ.)
 14. Sergeev A.P., Tolstoy Yu. K., Eliseev I.V. (2002) *Commentary on the Civil Code of the Russian Federation (article-by-article). Part 3*. Moscow: Prospekt, 304 p. (in Russ.)
 15. Zaitseva T.I., Krashennnikov P.V. (2007) *Inheritance law in notarial practice: comments (Civil Code of the Russian Federation, Part 3, Section V): manual*. Moscow: Wolters Kluwer, 800 p. (in Russ.)
 16. Zimmermann R. (2025) *Administration of Estates in Germany*. In: *Comparative Succession Law. Vol. IV. Administration of Estates*. K. Reid et al. (eds.) Oxford: University Press, pp. 293–340.
-

Информация об авторе:

Н.В. Ростовцева — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

N.V. Rostovtseva — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 03.06.2025; одобрена после рецензирования 30.07.2025; принята к публикации 04.08.2025.

The article was submitted to editorial office 03.06.2025; approved after reviewing 30.07.2025; accepted for publication 04.08.2025.

Научная статья

УДК: 343.121, 122

JEL: K 4

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.133.153

Судебное обжалование в досудебном уголовном производстве: пределы и порядок



Ольга Анатольевна Малышева

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия 125993, Садовая-Кудринская ул., 9,

oamalysheva@msal.ru, <https://orcid.org/0009-0006-6943-2137>



Аннотация

В современных политико-правовых и социально-экономических условиях суд действует в целях охраны неотчуждаемых прав личности (на безопасность, личную неприкосновенность, уважение чести и достоинства и др.), гарантированных Конституцией, и контроля законности, обоснованности процессуальных действий (бездействий)/решений властных субъектов досудебного производства. Действие института обжалования в досудебном производстве способствует устранению допущенных властными субъектами процессуальных ошибок и нарушений закона. Одновременно осуществление судебного контроля по жалобам подозреваемого, обвиняемого, защитника, потерпевшего указывает на комплекс правовых и правоприменительных проблем, требующих обсуждения юридическим сообществом, а также изменения уголовно-процессуального законодательства и оптимизации уголовно-процессуальной практики. Автором на основе методологии научного познания проведено теоретико-прикладное исследование указанной проблематики и обоснованы пути решения проблем, выявленных в ходе его осуществления. Формулируется вывод о необходимости совершенствования института судебного обжалования действий (бездействия) и решений властных субъектов досудебного производства, для чего существуют условия правового, организационно-правового, технологического характера. Это аргументируется как доводами автора, так и научными позициями других ученых. Цель исследования заключается в теоретико-правовом и научно-практическом обосновании необходимости изменения уголовно-процессуального законодательства, вклю-

чая выработку предложений, подлежащих внесению в него, и оптимизации уголовно-процессуальной практики, направленных на повышение результативности применения мер уголовно-процессуального характера, действенную защиту прав и законных интересов участников досудебного уголовного производства. Методы исследования: диалектический, формально-логический, конкретно-социологический, статистический, контент-анализ, юридико-технический анализ, историко-правовой. Сделан вывод, что востребованное в настоящий период российской государственности развитие уголовно-процессуальной политики предопределяет необходимость правильного понимания назначения института судебного обжалования в досудебном производстве, потребность в оптимальном порядке рассмотрения судом жалоб на действия (бездействие)/решения следователя, дознавателя, их процессуальных руководителей, прокурора, целесообразность установления процессуальных гарантий прав лиц, участвующих в судебном обжаловании на стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования.



Ключевые слова

уголовный процесс; судебное обжалование; досудебное уголовное производство; действия (бездействие) и решения властных субъектов; обвиняемый; защитник; гарантии прав личности.

Для цитирования: Малышева О.А. Судебное обжалование в досудебном уголовном производстве: пределы и порядок // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 133–153. DOI: 10.17323/2072-8166.2025.3.133.153

Research article

Judicial Appeal in Pre-Trial Criminal Proceedings: Limits and Procedure



Olga A. Malysheva

Moscow State Kutafin Law University, 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia,

oamalysheva@msal.ru, <https://orcid.org/0009-0006-6943-2137>



Abstract

In the current political, legal, and socio-economic conditions, the court carries out its activities to protect the inalienable rights of individuals (to security, personal integrity, respect for honor and dignity, etc.), which are guaranteed by the Constitution of the Russian Federation, and to control the legality and validity of procedural actions (inaction) and decisions made by authorities during pre-trial proceedings. The operation of the institute of appeal in pre-trial proceedings helps to eliminate procedural errors and violations of the law committed by authorities. At the same time, the exercise of judicial control over complaints from suspects, defendants, defenders, and victims demonstrates the existence of a set of legal and law enforcement issues that require discussion by the legal community, changes in criminal procedure legislation, and

optimization of criminal procedure practice. In furtherance of this, the author conducted a theoretical and development study of the problems based on methodology of academic knowledge and substantiated ways to solve the problems identified during its implementation. The conclusion is formulated about the need to improve the institution of judicial appeal of actions (inaction) and decisions of the authorities in pre-trial proceedings, for that there are legal, organizational, technological conditions and that is justified by the arguments of the author, the positions of other scientists. The aim of the study is to provide a theoretical, legal and practical justification for the need to change the criminal procedure legislation, including the development of proposals to be introduced into it, optimization of criminal procedure aimed at improving the purpose of criminal procedure measures, ensuring protection of the rights and legitimate interests of participants in pre-trial criminal proceedings. Research methods implemented are: dialectical, formal logical, sociological, statistical, content analysis, legal and technical analysis, historical and legal one. It has permitted to formulate the conclusion — the development of criminal procedure policy is in demand at the present time of the Russian statehood, determines the need for a correct understanding of the purpose of the current institution of judicial appeal in pre-trial proceedings, the need for an optimal procedure for court consideration of complaints about actions (inaction), decisions of an investigator, an inquirer, their procedural supervisors, a prosecutor, the expediency of establishing procedural guarantees of the rights of persons participating in a judicial appeal at the stages of initiation of a criminal case and preliminary investigation.



Keywords

criminal process; appeal to the court; pre-trial criminal proceedings; actions and decisions of investigator; the accused; the defender; guarantees of individual rights.

For citation: Malysheva O.A. (2025) Judicial Appeal in Pre-Trial Criminal Proceedings: Limits and Procedure. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 133–153. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.133.153

Введение

Действие института обжалования в досудебном производстве способствует устранению допущенных властными субъектами¹ процессуальных ошибок и нарушений материального и процессуального уголовного закона в ходе рассмотрения сообщения о преступлении и расследования уголовного дела. Назначение данного института, именуемого также судебным контролем — выступать в качестве процессуальной гарантии прав личности на неприкосновенность, защиту от необоснованного уголовного преследования на доступ к правосудию, уважение чести и достоинства и др. Главным преимуществом судебного контроля является его способность быть

¹ Следователь, дознаватель, их процессуальные руководители, прокурор и другие лица.

объективным. Это обеспечивается независимостью суда от ведомственных интересов. Последние присущи прокурорскому надзору и процессуальному контролю в досудебном производстве, осуществляемых, соответственно, прокурором, руководителем следственного органа, начальником органа дознания, начальником подразделения.

1. Теоретико-правовое и прикладное обоснование проблемы

Официальные статистические данные свидетельствуют о востребованности института судебного обжалования в досудебном производстве. Это косвенно характеризует состояние законности на стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. Так, количество жалоб, направленных в суд на незаконность или необоснованность действий (бездействия) должностных лиц, осуществляющих досудебное уголовное производство, остается стабильно высоким на протяжении последних лет. В 2020 г. их количество составило 107.473, в 2021 г. — 113.732, в 2022 г. — 111.637, в 2023 г. — 103.051, в 2024 г. — 139.829². При этом по итогам 2024 года количество обжалований действий (бездействия)/решений властных субъектов досудебного производства в сравнении с предыдущими годами выросло почти в 1,3 раза, количество же уголовных дел, по которым за указанный период (2024) окончено производство следователями/дознавателями, сократилось без малого в 1,2 раза³.

В доктрине содержатся неоднозначные мнения о сущности деятельности суда в досудебном производстве. Насчет допустимости отнесения института обжалования действий (бездействия), решений властных субъектов досудебного уголовного производства к одной из форм судебного контроля отрицательно высказываются отдельные ученые. Так, Л.А. Воскобитова связывает судебный контроль с пересмотром вышестоящими судебными инстанциями решений нижестоящих судебных инстанций [Воскобитова Л.А., 2004: 175]. И.Г. Мухаметгалиев и Л.Г. Татьяна считают недопустимым осуществление судом контроля за процессуальными действиями и решениями следователя/дознавателя; свою позицию они основывают на анализе термина «контроль» и содержании функции контроля

² Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2020-2024 гг.: Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции. Available at: URL: <https://cdep.ru/index.php?id=79&item=6120> (дата обращения: 13.04.2025)

³ Там же.

[Мухаметгалиев И.Г., Татьяна Л.Г., 2015: 128]. Одновременно ряд авторов придерживается противоположной позиции, согласно которой суд в целях защиты конституционных прав и свобод личности в досудебном производстве осуществляет именно контроль, именуемый судебным [Зинатуллин З.З., Зезянов В.В., 2005: 344–345]; [Виницкий Л. В., Русман Г.С., 2008: 13, 15].

Содержание деятельности суда в досудебном производстве подлежит предметной оценке на основе анализа предписаний, содержащихся в ст. 105-109, 125, 165, ч. 3 ст. 217, 125.1, 214.1 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ; УПК). Но такой подход не позволяет выявить приоритетной роли суда в досудебном производстве. Определенную ясность в решение данного вопроса вносят правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации⁴, уточняющие назначение суда на стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования и таким образом позволяющие расценивать участие суда в досудебном производстве как форму судебного контроля.

И ученые, и правоприменители акцентируют внимание на проблемном характере действующего механизма судебного обжалования в сравнении с иными формами судебного контроля, осуществляемого в досудебном производстве. Анализ судебно-контрольной практики свидетельствует о том, что суды при рассмотрении ходатайств следователя/дознателя об избрании мер процессуального принуждения, продлении срока их применения или производстве следственных действий, сопряженных с ограничением особо охраняемых прав и свобод человека, принимали решения по существу заявленного ходатайства, прямо предусмотренные УПК: удовлетворяли их ходатайство или отказывали в его удовлетворении.

Однако при судебном обжаловании процессуальных действий и решений властных субъектов досудебного производства суды принимали решения, не предусмотренные уголовно-процессуальным законом. Так, следователь следственного отдела МВД России по району Внуково Москвы обратился в суд с ходатайством о продлении срока содержания под стражей Ч.С., в отношении которого 30.08.2019 было возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 229.1 Уголовного кодекса Российской Федерации

⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 04.02.1999 «По жалобе М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»» // СПС Консультант Плюс.

(далее — УК РФ; УК), т.е. незаконное перемещение наркотического средства через таможенную границу. Впоследствии срок применения данной меры пресечения продлевался судом, в последний раз — до 8 месяцев, т.е. до 30.04.2020. Таким образом суд всякий раз принимал решение по результатам рассмотрения ходатайства следователя о его удовлетворении⁵.

Иная практика складывается при разрешении судом жалоб на процессуальные действия и решения должностных лиц органов предварительного расследования. В частности, суд принимает решения и осуществляет действия, не предусмотренные предписаниями ст. 125 УПК. Так, Чертановский районный суд Москвы при подготовке к рассмотрению жалобы заявителя — адвоката С.В. Ашанина 11.03.2022 отказал в принятии данной жалобы к рассмотрению. Жалоба содержала просьбу признать незаконными действия следователя Следственного управления по Южному административному округу Главного следственного управления СК России по Москве С., который отстранил адвоката С.В. Ашанина от участия в деле А.А. Суд апелляционной инстанции решение Чертановского районного суда признал законным и обоснованным⁶.

К схожему выводу пришел С.С. Лукьянов, который в ходе эмпирического исследования установил, что суды только по трети жалоб принимали решение по их существу. В 29% случаях рассматриваемого обжалования суды прекращали производство по жалобе вопреки отсутствия такой возможности в уголовно-процессуальном законе, в 22% — отказывали в ее принятии к рассмотрению, в 17% — возвращали жалобу заявителю либо направляли по подсудности [Лукьянов С.С., 2024: 17].

Подтверждают приведенные результаты эмпирического исследования официальные статистические данные (табл. 1).

В частности, только по 22% поступивших жалоб на действия (бездействие) властных субъектов досудебного уголовного производства судами принимались решения, прямо предусмотренные ст. 125.

Не менее значимой выступает и другая проблема, встающая при обжаловании процессуальных действий (бездействия)/решений следователя/дознателя, их процессуальных руководителей, прокурора, которыми нарушены права и законные интересы лиц, как наделенных процессуальным статусом, так и не имеющих такового.

⁵ Апелляционное постановление Московского городского суда от 01.04.2020 по делу № 10- 4191/2020 // СПС Консультант Плюс.

⁶ Апелляционное постановление Московского городского суда от 31.05.2022 № 10-10920/2022 // СПС Консультант Плюс.

Таблица 1. Практика рассмотрения судом жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ за 2020–2024 годы¹

Годы	Количество поступивших жалоб	Доля удовлетворенных жалоб, %	Доля неудовлетворенных жалоб, %	Доля жалоб, производство по которым прекращено, отозвано, возвращено, передано по подсудности, %
2020	107 473	4,2	18,2	77,0
2021	113 732	4,0	18,2	77,3
2022	111 637	3,8	17,4	78,7
2023	103 051	4,5	18,8	76,7
2024	139 829	3,1	14,1	80,7

Суть данной проблемы — отсутствие у правоприменителя единого подхода к пониманию предмета судебного обжалования в порядке ст. 125, что демонстрирует практика судебного контроля.

Следователь Следственного департамента МВД России, расследуя уголовное дело в отношении руководителей ООО «***», вкладчиком которого является юридическое лицо — ООО «Научно-технический Центр Европа-Сибирь», отказался признать данное лицо потерпевшим по этому уголовному делу, несмотря на то, что оно понесло материальный ущерб. Жалобу, поданную на указанное решение следователя в порядке ст. 125 УПК, Тверской районный суд Москвы не принял к рассмотрению. По мнению суда, доводы поступившей жалобы не образуют предмета судебной проверки в порядке ст. 125. Между тем Московский городской суд, выступая в качестве суда апелляционной инстанции, признал решение Тверского районного суда от 26.10.2016 незаконным и необоснованным и указал на содержание в жалобе предмета судебного контроля⁸.

Верховный Суд Российской Федерации в Постановлении Пленума от 10.02.2009 № 1⁹ конкретизировал содержание предмета су-

⁷ Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2020–2024 гг.: Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции. Раздел 4.

⁸ Апелляционное постановление Московского городского суда от 23.01.2017 № 10-0316/2017 // СПС Консультант Плюс.

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 1 (ред. от 28.06.2022) № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ста-

дебного контроля. Однако судьи, отклоняя жалобу вопреки правовой позиции Верховного Суда страны по данному вопросу, фактически игнорируют позицию высшего суда, которая для них является безусловной и обязательной при реализации института судебного контроля.

Судебная практика дополнительно подтверждает затрудненность осуществления судебной защиты подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего в досудебном производстве, требующих выработки их решений.

2. Объективное установление предмета судебного обжалования в досудебном производстве

О допустимом предмете судебного обжалования отстаивают противоположные мнения и ученые-процессуалисты. Так, предписания ст. 46 Конституция Российской Федерации дают основания отдельным ученым придерживаться позиции об обязанности суда рассматривать любую жалобу невластного участника досудебного производства, а также лица с формально неопределенным процессуальным статусом на действия (бездействие), решение властных субъектов анализируемого производства [Миргородская Э.Р., 2024: 55]. По мнению О.В. Химичевой и Д.В. Шарова свобода судебного обжалования, закрепленной ч. 1 ст. 19 УПК, предполагает отсутствие ограничений в предмете обжалования, осуществляемого в порядке ст. 125 [Химичева О.В., Шаров Д.В., 2019: 101, 102]. Ранее О.В. Химичева подчеркивала, что фактически любое процессуальное решение и действие следователя или дознавателя, осуществляемые в ходе производства по уголовному делу, способны затруднить доступ к правосудию [Химичева Г.П., Химичева О.В., Мичурина О.В., 2002: 73]. О.А. Максимов полагает допустимым обжаловать в суд на досудебных стадиях любое промежуточное решение [Максимов О.А., 2022: 317], что предполагает обжалование любого решения властных субъектов досудебного производства.

Иного мнения придерживаются Н.Н. Ковтун и Н.А. Колоколов. Как считает Н.Н. Ковтун, предмет обжалования в порядке ст. 125 должен включать только те процессуальные действия (бездействие)/решения, которые ограничивают конституционные права граждан [Ковтун Н.Н., 2002: 91]. Поскольку доступ к правосудию является конституционным правом гражданина (ст. 46, 52 Конституции), то

тьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

такое обоснование предмета обжалования не позволяет определить границ анализируемого предмета и тем самым препятствует принятию судом правосудного решения в досудебном производстве.

В приведенном выше расширительном толковании предмета судебного обжалования в порядке ст. 125 кроется угроза создания условий для затягивания производства по уголовному делу невластными субъектами в досудебном производстве. Поводами к этому могут выступать намерения обозначенных лиц утратить, видоизменить доказательства по уголовному делу, уйти от уголовной ответственности при наступлении срока давности привлечения к такой ответственности, обеспечить благоприятное разрешение судом гражданско-правового спора, участником которого является подозреваемый/обвиняемый, осложнить уголовно-процессуальную деятельность. Последнее происходит ввиду необходимости следователю/дознавателю готовить материалы в судебное заседание для опровержения доводов заявителя жалобы.

Широкий предмет судебного обжалования критикует и Н.А. Колоколов, указывая на неоправданный рост нагрузки судей и судебного аппарата суда: помощников специалистов, секретарей при рассмотрении судами жалоб на все действия, бездействие, решения, осуществляемые властными субъектами досудебного производства [Колоколов Н.А., 2016: 3-9]. Скорее всего, предмет судебного обжалования должен быть недвусмысленно ограничен рисками наибольшей уязвимости основных конституционных прав граждан.

Вместе с тем, не иначе как злоупотреблением правом на обжалование следует расценивать действия защитника, который факт неуведомления следователем его подзащитного о продлении срока предварительного следствия отождествляет с ограничением права на доступ к правосудию. Свою неверную позицию он отражает в жалобе, поданной в порядке ст. 125, и утверждая бездействие следователя. Ожидаемо, что суд апелляционные инстанции прекратил производство по жалобе, указав на отсутствие предмета обжалования¹⁰.

В развитие указанного следует уточнить, что суд не предпринимает вопросов виновности по уголовному делу при рассмотрении жалоб в досудебном производстве. Поэтому суд, как считают защитники по уголовным делам¹¹, во всех случаях обжалования не может признать

¹⁰ Апелляционное постановление Иркутского областного суда от 22.09.2017 № 22К-3108/2017 по делу № 22К-31/2017. Available at: URL: <https://sudact.ru/regular/doc> (дата обращения: 21.04.2025)

¹¹ Изучение мнения защитников по исследуемому вопросу проводилось автором данной статьи в 2023-2025 гг. в Москве, Воронежской, Московской, Омской, Рязанской, Томской областях.

решение следователя незаконным, поскольку иначе он предпринял бы таким образом виновность подозреваемого/обвиняемого. Фактически, по их мнению, допустимо обжаловать только технические действия следователя — непринятие ходатайства, отказ в допуске защитника. Средства защиты прав и законных интересов, например, признание доказательства недопустимым, не могут выступать предметом судебного контроля. Это необоснованно (как полагают деятели адвокатского сообщества¹²) ограничивает реализацию права на защиту, на доступ к правосудию — основополагающие права личности, вовлеченной в сферу досудебного производства.

На такие доводы можно возразить, опираясь на гарантированность уголовно-процессуальным законом процессуальной самостоятельности следователя/дознателя и возможность защитника, подсудимого, потерпевшего заявлять ходатайство о признании доказательства недопустимым на предварительном слушании или в судебном разбирательстве. Следователь/дознатель готовит материалы для суда. Задача последнего — не только всесторонне, полно, объективно исследовать обстоятельства совершенного преступления, но и дать правильную правовую оценку собранным следователем/дознателем доказательствам по уголовному делу, законно и обоснованно разрешить заявленные по уголовному делу ходатайства.

Решение проблемы видится в надлежащем осуществлении процессуальных прав и обязанностей всеми участниками досудебного производства — властными и невластными, включая не имеющих определенного процессуального статуса, при обращении к институту судебного обжалования. Необходимым является усиление мер процессуальной ответственности за злоупотребление правом обжалования, необоснованный отказ суда в принятии жалобы к рассмотрению, неправильное разрешение судом жалобы, поданной в порядке ст. 125.

Вместе с тем встает сопряженная проблема — порядок применения мер процессуальной ответственности. Если в отношении судьи вопрос может быть решен путем обращения в квалификационную коллегию судей, а в отношении защитника — путем обращения в адвокатское образование, членом которого является адвокат-защитник либо в палату адвокатов субъекта федерации (в квалификационную комиссию), то проблематичным является предотвращение необоснованного обращения в суд с целью обжалования по ст. 125 иных невластных участников досудебного производства.

¹² Мнения адвокатов о пределах судебного обжалования изучалось автором статьи в 2022–2024 гг. в Москве, Удмуртской Республике, Курской, Воронежской, Московской, Омской областях.

В данном случае лицо, осуществляющее производство по уголовному делу, должно понимать, что в его процессуальных интересах: строго следовать нормам закона; тщательно мотивировать свое действие (бездействие)/решение; доступно, полно разъяснять участникам вероятные последствия обжалования его действий (бездействия)/решений в суд, когда о таком обжаловании ему становится известно. В противном случае с большой долей вероятности ему придется готовить для суда объемистый материал, опровергающий доводы или предмет жалобы подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего. Понятно, что такая деятельность следователя/дознателя не исключит вовсе подачу жалобы невластным субъектом, но их количество будет существенно снижено, что позволит следователю/дознателю сосредоточить больше усилий на расследовании уголовного дела в исключаяющих необоснованную напряженность условиях.

3. Законность и обоснованность судебной защиты в досудебном уголовном производстве

Правовой механизм судебного обжалования, закрепленный ст. 125 УПК, действует с момента принятия Кодекса. Нарботана широкая практика применения рассматриваемого уголовно-процессуального института. Верховный Суд России выразил свою позицию по применению норм, регламентирующих этот институт, оформив в ее виде упоминавшегося выше Постановления Пленума от 10.02.2009 г. № 1. Однако у подозреваемого, обвиняемого, его защитника, потерпевшего, представителя потерпевшего часто проявляется непонимание правовой сущности, порядка осуществления отдельных этапов судебного обжалования действий (бездействия)/решений должностных лиц органов предварительного расследования, чем ущемляется возможность невластных субъектов досудебного производства реализовать право на судебную защиту.

В частности, согласно ч. 4 ст. 125 суд заслушивает других явившихся в судебное заседание лиц. Практика обжалования свидетельствует, что суд нередко принимает решения на основе изучения в судебном заседании объяснений, например, понятых. В связи с этим встает ряд взаимосвязанных и сложносоставных вопросов.

Первый. Каков статус лиц, явившихся в судебное заседание? В качестве кого выступает понятой в рассматриваемом случае? Необходимо ли этих лиц предупреждать об уголовной ответственности за отказ от показаний и дачу заведомо ложных показаний? Второй. В каком порядке надлежит заслушивать явившихся в судебное заседа-

ние лиц? Мнения сторон учитываются ли при определении порядка такого заслушивания? Третий. Какова процессуальная природа этих объяснений. Имеют ли они доказательственное значение для суда?

Поставленные вопросы свидетельствуют об отсутствии надлежащей регламентации законом процессуального порядка судебного заседания при рассмотрении судом жалоб на действия (бездействие)/решения властных субъектов досудебного производства, что снижает уровень гарантированности вынесения законного, обоснованного, мотивированного судебного решения по предмету обжалования и, следовательно, уровень судебной защиты прав и свобод, предусмотренной положениями ст. 46 Конституции.

В современных условиях, вероятно, допустимо исходить из того, как полагает Л.А. Воскобитова, что судебная власть, осуществляя судебный контроль, должна показывать, как разрешается значимый в уголовном судопроизводстве вопрос не только в соответствии с буквой закона, но и в соответствии с его смыслом и духом [Воскобитова Л.А., 2018: 31–33]. Однако следователь/дознаватель не может в следственной практике руководствоваться исключительно смыслом и духом закона. Их процессуальные руководители, а также надзирающий прокурор ориентируют на прямое применение норм уголовно-процессуального закона. В свете значимости в уголовно-процессуальной деятельности следователя/дознавателя процессуального и ведомственного контроля, прокурорского надзора возрастает потребность в конкретизации процессуального порядка проведения судебного заседания в порядке ст. 125. Конкретизация процедуры обжалования позволила бы, в свою очередь, невластному субъекту тщательнее готовиться к судебному заседанию, видеть перспективу обращения в суд с целью обжалования действия (бездействия)/решения властных субъектов досудебного производства.

В развитие указанного целесообразно обратить внимание на то обстоятельство, что, по мнению ряда ученых, судебный контроль осуществляется в форме правосудия [Петрухин И.Л., 2008: 131–132]; [Лазарева В.А., 2000: 53]. На правосудие как форму судебного контроля указывает Верховный Суд России в Постановлении Пленума от 10.02.2009 № 1 (абз. 1 п.1). Данное положение во взаимосвязи с предписаниями ст. 49, ч. 2 ст. 50, ст. 118, 123 российской Конституции, ст. 8.1, ч. 1 ст. 401.6 и другими статьями УПК означает, что порядок проведения судебного заседания, основания и порядок его отложения должны быть схожими с процедурой судебного разбирательства по уголовному делу в общем порядке с изъятиями, обусловленными предметом судебного разбирательства.

В большинстве случаев, как показывает анализ судебной практики, судебное разбирательство по жалобе невластного субъекта ограничивается одним судебным заседанием. При этом суд в судебном заседании не вправе предрешать вопросы об обоснованности обвинения, квалификации деяния, оценки доказательств и др., т.е. выражать позицию по обстоятельствам, могущим впоследствии стать предметом судебного разбирательства судом первой инстанции¹³ либо ограничивать действие принципа состязательности сторон. На недопустимость последнего неоднократно обращал внимание Конституционный Суд Российской Федерации¹⁴, в решениях которого подчеркивается, что «в силу принципа состязательности сторон судопроизводства, закрепленного в статье 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации и предполагающего разграничение в уголовном процессе функций осуществления правосудия, обвинения и защиты, на суд как орган правосудия не может возлагаться выполнение несвойственных ему процессуальных обязанностей, связанных с уголовным преследованием»¹⁵.

Таким образом, системный анализ конституционно-правовых положений, норм уголовно-процессуального закона, правовых позиций Конституционного и Верховного Суда позволяет заключить, что структура судебного разбирательства по жалобе в порядке ст. 125 УПК включает следующий этапы: подготовка к судебному разбирательству; судебное исследование жалобы; выступление заявителя жалобы с репликой; вынесение и провозглашение судьей решение по жалобе.

Поскольку из приведенных этапов разбирательства в наименьшей степени урегулирован порядок исследования жалобы, полезно подчеркнуть, что для формирования однородной уголовно-процессуальной практики, обеспечения одинакового уровня гарантий восстановления прав, нарушенных должностными лицами органов предварительного расследования, прокурором в досудебном

¹³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 1 (ред. от 28.06.2022) № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Абзац 5 пункта 1, абзац 1 пункта 15.

¹⁴ Постановления Конституционного Суда РФ от 14.01. 2000 № 1-П, 27.06. 2005 № 7-П; Определение Конституционного Суда РФ от 15.07. 2008 № 445-О-О // СПС Консультант Плюс.

¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.11. 2017 № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статей 38 и 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В.В. Ченского» (абзац 4 пункта 5) // СЗ РФ. 2017. № 49. Ст. 7528.

производстве, целесообразно в тексте ст. 125 УПК в качестве самостоятельной части нормативно установить порядок, предусматривающий: 1) определение процессуальной природы даваемых суду объяснений — в виде показаний, имеющих при надлежащем получении и оформлении доказательственное значение; 2) гарантии дачи заявителем, иным невластным субъектом (понятым, экспертом, работающим в негосударственном экспертном учреждении и др.) достоверных показаний. В качестве таких гарантий в законе следует указать предупреждение следователем/дознавателем лица об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, за отказ от показаний за исключением случаев, предусмотренных ст. 51 Конституции (лицо имеет право не свидетельствовать против себя и своих близких). Тогда понятой в таком судебном разбирательстве будет обладать двойным процессуальным статусом — как понятой по уголовному делу и как свидетель в разбирательстве по жалобе.

Порядок исследования материалов в целях разрешения жалобы должен основываться на предписаниях принципа состязательности сторон, который согласно духу закона пронизывает все уголовное судопроизводство. Поэтому необоснованным является лишение властного субъекта досудебного производства выступить с репликой, поскольку ни один из указанных субъектов не наделен правом обжалования решения суда, принятого в порядке ст. 125 УПК.

Законом также не устанавливается порядок вызова в судебное заседание лиц, чьи действия (бездействие)/решения обжалуются, а также иных лиц, показания которых могут иметь значения для уточнения доводов, связанных с поданной заявителем жалобы. Обязанность такого уведомления ложится на суд, который отдает соответствующее распоряжение. Одновременно суд должен дать лицу, чье действие (бездействие)/решение обжалуется, не менее пяти суток — как в случаях, предусмотренных ч. 4 ст. 231 УПК (регламентация порядка назначения судебного заседания по окончании предварительного расследования) — для возможности полноценной подготовки позиции по предмету жалобы. Копия поступившей в суд жалобы направляется для ознакомления указанному выше должностному лицу органа предварительного расследования или прокурору в зависимости от содержания жалобы.

В условиях неполноты и размытости правового регулирования процессуального порядка рассмотрения жалобы, поданной согласно ст. 125, Верховный Суд России в целях обеспечения единообразной уголовно-процессуальной практики высказывает мнение по отдельным вопросам применения обозначенного порядка. В частности,

в Постановлении Пленума от 10.02.2009 Верховный Суд указал на необходимость извещения о дате и времени судебного заседания не только заявителя жалобы, лица, действия (бездействие)/решение которого обжалуются, но и иных лиц, интересы которых непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием)/решением. Например, потерпевший должен быть извещен о дате и времени судебного заседания, если подозреваемый обжалует в суд законность постановления об избрании меры пресечения и потерпевший ранее заявлял ходатайство о необходимости его уведомления о рассмотрении судом подобного рода жалоб; также необходимо уведомлять обвиняемого о заседании суда, указывая его дату, время, в случае подачи защитником жалобы в его интересах и т.п.¹⁶ Поскольку выражение правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации не тождественно регулятивной функции права (в том числе применительно к общественным отношениям, складывающимся в уголовном судопроизводстве), то для властных и невластных субъектов досудебного производства более определенным, точным и полным может выступать тот правовой механизм исследования судом как самой жалобы, так и обстоятельств, связанных с доводами жалобы, который был бы закреплён в УПК.

Характеризуя порядок рассмотрения судом поданной жалобы (ст. 125), следует подчеркнуть, что реализация конституционного права на судебную защиту не должна ограничивать права лица, действие (бездействие)/решения которого обжалуются. Конституционный Суд Российской Федерации неоднократно в своих решениях обозначал позицию о необходимости достижения разумного баланса в уголовном судопроизводстве прав сторон, имеющих противоположные интересы в уголовном деле. Поэтому законом должно быть предоставлено право участвовать в исследовании обстоятельств, связанных с доводами жалобы, не только властному субъекту досудебного производства, действия (бездействие)/решение которого обжалуются в суд, но и невластному участнику, законные интересы которого затрагиваются поданной жалобой. Формами такого участия могут быть: заслушивание позиции заявителя, возможность задать ему уточняющие по существу жалобы вопросы, заявление ходатайства о приобщении к материалам производства документов, материалов, имеющих отношение к предмету рассматриваемой

¹⁶ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 1 (ред. от 28.06.2022) № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Абзац 2 пункта 10.

жалобы, о производстве допроса иных участников доследственной проверки и предварительного расследования, о проведении очной ставки, если в показаниях невластных субъектов досудебного производства выявлены противоречия.

В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 (п. 13) определенное уточнение действий судьи в целях ст. 125 отражено. Однако системности в такой позиции ВС не усматривается. Это объясняется тем, что Суд не конкретизирует порядок и срок ознакомления лицами, участвующими в судебном заседании, с материалами производства по жалобе, а также представления в суд дополнительных материалов, имеющих отношение к разрешению жалобы (п. 12 указанного Постановления).

Безусловно, отправлением правосудия, осуществляемое при реализации предписаний ст. 125, должно быть менее объемным по порядку осуществления, более быстрым по сроку, нежели правосудие при разрешении уголовно-правового спора. Однако гарантии конституционного права на судебную защиту прав и свобод человека (ст. 46 Конституции), охраны прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью (ст. 52 Конституции) не должны сужаться в зависимости от этапов уголовного судопроизводства, видов судебных процедур, осуществляемых в уголовном процессе.

При закреплении такого механизма необходимо также конкретизировать действия суда в случае подачи защитником жалобы в интересах подозреваемого/обвиняемого при отзыве последним такой жалобы, что нередко отмечается в уголовно-процессуальной практике в досудебном производстве. В рассматриваемой ситуации без изучения судьей содержания жалобы защитника невозможно будет принятие правосудного решения. Руководствуясь положениями Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹⁷ и нормами УПК, конкретизирующими назначение защитника в уголовном судопроизводстве — защита от необоснованного уголовного преследования и обвинения, необходимо уточнение судьей у подозреваемого/обвиняемого мотива отзыва жалобы, поданной защитникам.

В случае подачи жалобы защитником в интересах подозреваемого/обвиняемого, помощь которому он оказывает, и отзыва этой жалобы лицом, привлекаемым к уголовной ответственности, про-

¹⁷ Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ (ред. от 22.04.2024) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СЗ РФ 2002. № 23. Ст. 2102.

является правовой конфликт. Он в большей степени вероятен, если защитник участвует в уголовном деле по назначению. Поскольку задача суда — обеспечить сторонам равные возможности для представления своей правовой позиции по заявленной жалобе, то более полной реализации права на судебную защиту будет способствовать разъяснение судом подозреваемому/обвиняемому последствий отзыва жалобы, поданной его защитником, если такой отзыв может повлечь, по мнению суда, причинение ущерба конституционным правам и свободам указанному подозреваемому, обвиняемому.

Руководствуясь по аналогии положениями уголовно-процессуального закона о необязательности для следователя, дознавателя, суда отказа подозреваемого/обвиняемого от защитника (ч. 2 ст. 52 УПК), судья в рассматриваемом случае при наличии повода — жалобы защитника в интересах защищаемого им подозреваемого/обвиняемого — должен назначить судебное заседание. В этом заседании необходимо не только выяснить мнение подозреваемого/обвиняемого по поданной его защитником жалобе, но и разъяснить ему последствия отзыва жалобы. При подтверждении позиции подозреваемым/обвиняемым судья выносит постановление о прекращении производства по жалобе.

Ожидаемо, что в условиях высокой нагрузки на судей среди деятелей юридического сообщества будет немало оппонентов обозначенным позициям. Вероятно, процесс подготовки к судебному разбирательству по рассмотрению жалобы, само производство по ее рассмотрению и принятию по его результатам решения можно оптимизировать посредством применения искусственного интеллекта. В данном контексте следует поддержать мнение Д.Н. Сretenцева и В.Р. Волковой, что искусственный интеллект на основе анализа норм уголовно-процессуального законодательства, обстоятельств, указываемых в поданных в досудебном производстве жалобах в порядке ст. 125 УПК, обобщения практики разрешения подобных жалоб мог бы предлагать проекты процессуальных решений, отслеживая не только правильность оформления процессуальных документов, но и соблюдение сроков и др. [Сretenцев Д.Н., Волкова В.Р., 2021: 39–40].

Вместе с тем растет потребность в создании института следственного судьи, на необходимость чего указывает Н.Н. Апостолова [Апостолова Н.Н., 2022: 37] и другие специалисты [Лаптев В.И., 2021: 10–13]. Прообраз данного процессуального института известен российскому уголовному судопроизводству. Прежде УПК содержал норму, исключающую участие судьи в рассмотрении уголовного дела

в суде первой, второй и надзорной инстанций, если он в ходе досудебного производства принимал решение об избрании или продлении меры пресечения в виде заключения под стражу, а также законности и обоснованности применения задержания, заключения под стражу, продления срока содержания под стражей. Таким образом, судья, осуществлявший судебный контроль, в отличие от ныне действующего порядка судебного обжалования (ст. 125 УПК), лишался права рассматривать это же уголовное дело по существу или пересматривать по этому уголовному делу итоговое судебное решение (п. 1, 2 ч. 2 ст. 63 УПК в редакции Федерального закона от 18.12.2001 № 174-ФЗ¹⁸).

Такое ограничение права судьи на отправление правосудия было нацелено на обеспечение беспристрастности и справедливости при принятии им итогового решения по уголовному делу. Федеральным законом от 29.05.2002 № 58-ФЗ¹⁹ часть 2 была исключена из ст. 63 УПК еще до момента введения в действие уголовно-процессуального закона по причине неготовности федерального бюджета к материально-техническому обеспечению института следственного судьи. В современных условиях компенсировать финансовые затраты на функционирование механизма надлежащей судебной защиты в досудебном производстве возможно за счет более интенсивного использования потенциала цифровых технологий.

Заключение

Доминирующие в современной жизни российского государства приоритеты (соблюдение прав личности, охрана интересов государственных органов, обеспечение общественной безопасности и др.) предопределяют необходимость: правильного понимания назначения механизма судебной защиты в досудебном производстве, прямо коррелирующего с предметом обжалования в суд действий (бездействия)/решений властных субъектов досудебного производства; закрепления в УПК исчерпывающего, четкого, характеризующегося правовой определенностью процессуального порядка рассмотрения судом жалоб на действия (бездействие)/решения лиц, осуществляющих последовательную проверку и расследование уголовных дел, их

¹⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

¹⁹ Федеральный закон от 29.05.2002 № 58-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2027.

процессуальных руководителей, прокурора; расширения прав участвующих в судебном обжаловании властных и невластных субъектов досудебного производства, упрочивая тем самым гарантированность и объективность судебной защиты.



Список источников

1. Апостолова Н.Н. Права личности в уголовном судопроизводстве в эпоху цифровых технологий // Администратор суда. 2022. № 2. С. 35–38.
2. Виноцкий Л.В., Русман Г.С. Судебный контроль за избранием мер пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста. М.: Юрлитинформ, 2008. 188 с.
3. Воскобитова Л.А. Теоретические основы судебной власти. М.: Норма, 2018. 288 с.
4. Зинатуллин З.З., Зезянов В.В. Судебная власть и правосудие по уголовным делам: соотношение с судебным контролем // Российский судья. 2005. № 5. С. 18–20.
5. Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России. Н. Новгород: Правовая академия, 2002. 331 с.
6. Колоколов Н.А. Вопросы и ответы, порождающие новые вопросы // Уголовное судопроизводство. 2016. № 3. С. 3–9.
7. Лазарева В.А. Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе. Самара: Самарский университет, 2000. 232 с.
8. Лаптев В.И. Искусственный интеллект в суде (judicial AI): правовые основы и перспективы его работы // Российская юстиция. 2021. № 7. С. 10–13.
9. Лукьянов С.С. Проблемные вопросы определения компетенции суда по принятию процессуальных решений при осуществлении судебного контроля на досудебных стадиях уголовного процесса // Российский следователь. 2024. № 5. С. 17–19.
10. Максимов О.А. Судебный контроль за промежуточными решениями и действиями суда как элемент реализации права на ходатайство и жалобу в уголовном процессе // Актуальные проблемы судебной, правоохранительной, правозащитной, уголовно-процессуальной деятельности и национальной безопасности: материалы конференции. Краснодар: КубГУ, 2022. С. 317–320.
11. Миргородская Э.Р. Судебный порядок рассмотрения жалоб на стадии возбуждения уголовного дела: дис. ...к. ю. н. Челябинск, 2024. 287 с.
12. Мухаметгалиев И.Г., Татьяна Л.Г. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве (дискуссионные вопросы) // Вестник Удмуртского университета. Экономика и право. 2015. Т. 2, вып. 4. С. 127–130.
13. Петрухин И.Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. М.: Проспект, 2008. 288 с.
14. Сretenцев Д.Н., Волкова В.Р. Перспективы внедрения систем искусственного интеллекта в сферу расследования преступлений // Российский следователь. 2021. № 11. С. 39–40.
15. Химичева О.В., Шаров Д.В. О реализации свободы обжалования в уголовном судопроизводстве // Труды Академии управления МВД России. 2019. № 1. С. 99–104.

16. Химичева Г.П., Химичева О.В., Мичурина О.В. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М.: ЮНИТИ, 2002. 191 с.



References

1. Apostolova N.N. (2022) Personal rights in criminal proceedings in the digital age. *Administrator suda*=Court Administrator, no. 2, pp. 35-38 (in Russ.)
2. Khimicheva O.V., Sharov D.V. (2019) Implementation of freedom of appeal in the criminal proceedings. *Trudy akademii upravleniya MVD*=Works of the Academy of Management of the Ministry of Internal, no. 1, pp. 99-104 (in Russ.)
3. Khimicheva G.P., Khimicheva O.V., Michurina O.V. (2002) Commentary to the Criminal Procedure Code of the Russian Federation. Moscow: UNITY, 191 p. (in Russ.)
4. Kolokolov N.A. (2016) Questions and answers generating new questions. *Ugolovnoye sudoproizvodstvo*=Criminal Proceedings, no. 3, pp. 3-9 (in Russ.)
5. Kovtun N.A. (2025) The judiciary control over criminal proceedings. Nishnyi Novgorod: Law Academy, 331 p. (in Russ.)
6. Lazareva V.A. (2000) *Theory and practice of judicial protection in criminal proceedings*. Samara: University, 232 p. (in Russ.)
7. Laptev V.I. (2021) Artificial intelligence in court (judicial AI.): legal foundations and prospects of its work. *Rossiyskaya justitsiya*=Russian Justice, no. 7, pp. 10-13 (in Russ.)
8. Lukyanov S.S. (2024) Determining competence of the court in the field of procedural decisions exercising judicial control over pre-trial articles of the criminal process. *Rossiyskiy sledovatel*=Russian Investigator, no. 5, pp. 17-19 (in Russ.)
9. Maksimov O.A. (2022) Judicial control over interim decisions and court actions as element of exercising right for petition and complain in criminal proceedings. In: Judiciary, law enforcement, human rights, criminal procedural activities and national security: papers of scholar conference. Krasnodar: KubGU, pp. 317-320 (in Russ.)
10. Mirgorodskaya E.R. (2024) Judicial procedure for consideration of complaints at the stage of initiation of a criminal case: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Chelyabinsk, 287 p. (in Russ.)
11. Mukhametgaliev I.G., Tatyana L.G. (2015) Judicial control in criminal proceedings (controversial issues). *Vestnik udmurtskogo gosudarstvennogo universiteta. Ekonomika i pravo*=Bulletin of the Udmurt State University. Economics and Law, issue 4, pp. 127-130 (in Russ.)
12. Petrukhin I.L. (2008) *Judicial power: control over investigation*. Moscow: Prospekt, 288 p. (in Russ.)
13. Sretenshev D.N., Volkova V.R. (2021) Prospects for introduction of artificial intelligence systems in the field of crime investigation. *Rossiyskiy sledovatel*=Russian Investigator, no. 11, pp. 39-40 (in Russ.)
14. Vinitsky L.V., Rusman G.S. (2008) *Judicial control over the choice of preventive measures in the form of detention, house arrest*. Moscow: Yurлитinform, 188 p. (in Russ.)
15. Voskobitova L.A. (2018) *Theoretical foundations of judicial power*. Moscow: Norma, 288 p. (in Russ.)
16. Zinatullin Z.Z., Zezyanov V.V. (2005) Judicial power and justice in criminal cases: relationship with judicial control. *Rossiyskiy sudia*=Russian Judge, no. 5, pp. 18-20 (in Russ.)

Информация об авторе:

О.А. Малышева — доктор юридических наук, доцент.

Information about the author:

O.A. Malysheva — Doctor of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 08.05.2025; одобрена после рецензирования 30.06.2025; принята к публикации 14.07.2025.

The article was submitted to editorial office 08.05.2025; approved after reviewing 30.06.2025; accepted for publication 14.07.2025.

Научная статья

УДК: 341.9

JEL: K3

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.154.180

Инструменты антисанкционного регулирования в глобальном трансграничном пространстве



Андрей Игоревич Щукин

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

pil@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4539-6876>



Аннотация

Расширение спектра и изменение характера односторонних санкций отдельных государств привело к появлению нового термина — «вторичных» санкций (в противовес более традиционным «первичным» санкциям). В ответ отдельные государства и их союзы стали принимать законы, направленные на достижение в первую очередь политических целей с помощью контрсанкций. Практически большинство действующих в различных странах законов о блокировке содержат положение о несоблюдении, запрещающее частным лицам и организациям соблюдать, например, законы США о санкциях, которые применяются за пределами этой страны и имеют экстерриториальный характер. Блокирующие законы являются важными вехами в продолжающихся дебатах о нелегитимности вторичных санкций. Реализация положения о несоблюдении подверглась резкой критике за создание ситуации, при которой частные операторы сталкиваются с дилеммой: в каком случае соблюдение закона о блокировке приведет к нарушению тех же правил о санкциях США, а в каком — *vice versa*. Санкционное давление связано зачастую с необходимостью субъектов одного государства приспосабливаться к применимости более чем одной правовой системы с противоположными векторами законодательной политики. Таковы правовая действительность и естественное следствие современного многополярного мира. Используя блокирующие законы в качестве внутренних правовых механизмов, государства не только способствуют соблюдению международных стандартов экстерриториального правотворчества, сокращая

ссылки на заблокированные иностранные нормы, но и защищают собственные суверенные интересы, регулируя степень применимости иностранного права и уменьшая количество нормативных обязательств, которые субъекты данного государства вынуждены порой выполнять vis-à-vis к множеству других правопорядков. Тем временем геополитическая конкуренция в этом контексте породила интенсивное, острое юридическое соперничество и коллизии при правовой регламентации экономических отношений в глобальном трансграничном пространстве, которые еще предстоит преодолеть современной цивилизации.



Ключевые слова

ограничительные меры экстерриториального характера; вторичные санкции; экстерриториальное правотворчество; антисанкционные меры; блокирующий закон; экономический суверенитет.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-28-01769 (<https://rscf.ru/project/23-28-01769/>).

Статья подготовлена с использованием материалов справочно-поисковой системы Консультант Плюс.

Для цитирования: Щукин А.И. Инструменты антисанкционного регулирования в глобальном трансграничном пространстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 154–180. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.154.180

Law in the Modern World

Research article

Tools of Anti-Sanction Regulation in Global Cross-Border Space



Andrey I. Shchukin

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation, pil@izak.ru, <https://orcid.org/0000-0002-4539-6876>



Abstract

Broadening range and changing the nature of unilateral sanctions by individual states has led to a new label of so-called «secondary» sanctions as opposed to more traditional «primary» sanctions. In response individual states of their alliances have approved laws aimed primarily at achieving political objectives through countersanctions. Almost all blocking laws in various countries contain a non-compliance clause prohibiting individuals and organizations from complying with, for example, US sanctions laws that apply outside the country and are extraterritorial. Blocking laws are important landmarks

in the ongoing debate about the illegitimacy of secondary sanctions. The implementation of the non-compliance provision has been harshly criticized for creating a situation in which private operators face a dilemma: in that case compliance with the blocking law would violate the same US sanctions rules, and *vice versa*. The negative pressure experienced under sanctions is often related to the need of one state's agents to adapt to the applicability of more than one legal system with opposite vectors of legislative policy. This is the legal reality and a natural consequence of today's multinational world. By implementing the blocking laws as domestic legal mechanisms, states not only promote compliance with international standards of extraterritorial lawmaking by reducing references to blocked foreign norms, but also do protect their sovereign interests, regulating the extent of applicability of foreign law and reducing the number of normative obligations that the subjects of this state are sometimes forced to perform vis-à-vis a multitude of other legal orders. Meanwhile, geopolitical competition in this context has generated intense, acute legal rivalries and conflicts in the legal regulation of economic relations in a global cross-border space that have yet to be overcome for the successful development of modern civilization.



Keywords

restrictive measures of an extraterritorial nature: secondary sanctions: extraterritorial law-making; anti-sanctions measures; blocking law; economic sovereignty.

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

The article was prepared with using materials from the reference and search system Consultant Plus.

For citation: Shchukin A.I. (2025) Tools of Anti-Sanction Regulation in Global Cross-Border Space. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 154–180 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2025.3.154.180

Введение

В начале 1980-х годов, когда госсекретарь США Д. Шульц выражал сожаление о «дипломатии рубильника»¹, а Президент Р. Рейган критиковал Дж. Картера за ограничение экспорта американской сельскохозяйственной продукции в Россию, могло создаться впечатление, что экономические санкции станут менее заметной чертой международных отношений. Однако, как отмечают Г.К. Хафбауэр и Э. Юнг, все произошло наоборот: по иронии судьбы, начиная с администрации Рейгана, санкции стали вводиться все чаще [Hufbauer G.C., Jung E., 2021: 26]. Более широкие последствия санк-

¹ «Я называю это дипломатией с помощью выключателя света», — говорил Шульц об использовании внешней торговли в качестве инструмента внешней политики. Available at: URL: <https://www.upi.com/Archives/1982/08/30/Secretary-of-State-George-Shultz-called-the-governments-use/6631399528000/> (дата обращения: 25.12.2024)

ций США, по мнению К.А. Хартвела, проявились лишь после распада Совета экономической взаимопомощи и СССР [Hartwell С.А., 2024: 47]. В свете этого очевидно, что в реалиях противостояния санкционной политике недружественных России государств нельзя недооценивать выгоду от сложения потенциалов государств-партнеров, их объединения и тесного, расширенного сотрудничества, взаимодействия в рамках тех же Содружества Независимых Государств, Евразийского экономического союза, БРИКС, Шанхайской организации сотрудничества и других межгосударственных организаций, трансрегиональных интеграционных объединений.

Практика применения государствами санкций в XXI веке скорее напоминает эволюцию, чем революцию. В последние два десятилетия преобладающей тенденцией был переход от всеобъемлющих санкций к «умным»² или «целенаправленным» санкциям [Hufbauer G.C., Jung E., 2021: 28]. Мы живем в эпоху, когда влиятельные государства вводят ограничения на торговые и финансовые операции с другими государствами и негосударственными акторами для достижения политических целей. В частности, государства, контролирующие ключевые узлы всемирной финансовой, экономической и технологической сетей, могут использовать глобальную взаимозависимость и обладать огромной экстерриториальной властью над другими участниками мировой системы. Они могут ограничить экспорт чувствительных технологий, прекратить банковское обслуживание или прервать глобальные цепочки поставок. Основным последствием этих мер и контрмер является деградация многосторонней международной экономической системы.

В XXI веке появилось новое «оружие», способное влиять на поведение адресата санкционной политики. Так, рост напряженности в американо-китайских отношениях может привести, как указывает ряд аналитиков, к эскалации «санкционной войны» и побудить Пекин перейти к введению жестких контрсанкций против транснациональных корпораций, получающих существенную долю прибыли на китайском рынке, а также прибегнуть к крупным судебным процессам с требованием возмещения ущерба от экстерриториального применения санкций [Бакулина П.В., Кузьмина К.А., 2021: 36].

Произошло резкое увеличение количества и масштабов применения государствами односторонних санкций, также известных как автономные [Ryngaert С., Ruys T., Rodríguez Silvestre F., 2024: 1] для достижения политических целей. Традиционно односторонние

² Например, см.: Право в условиях санкций / под ред. М.В. Мажориной. М., 2023. С. 45 (автор параграфа — Е.В. Васякина).

санкции ограничивают, в частности, торговое или финансовое взаимодействие между экономическими операторами, находящимися в государстве, применяющем санкции, и операторами, находящимися в государстве-мишени или государстве, подвергнувшись санкциям. Стремясь усилить давление на государство — мишень санкций, государства, применяющие санкции, могут расширить радиус их действия. Например, они могут пойти дальше, нацеливаясь на транзакции между операторами третьего государства и государства, подвергнувшегося санкциям, связывая такие транзакции с различными последствиями. Санкции принимают разнообразные формы, их результат может заключаться в ограничении доступа, например, в запрете операторам из третьих стран выходить на финансовые и торговые рынки государства, против которого введены ограничительные меры. США недвусмысленно прибегали к вторичным санкциям и применяли их, в частности, против Ирана, Ливии и Кубы. Европейский союз активно движется в этом направлении с 2022 г. в рамках ограничительных мер против России.

Министры государств-участников Группы 77³ и Китая, собравшихся на XV сессии Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) в Бриджтауне (Барбадос) 3–7 октября 2021 г., в Декларации «От неравенства и уязвимости к процветанию всех» решительно осудили введение законов и нормативных актов, имеющих экстерриториальное действие, и все другие формы односторонних принудительных мер, финансово-экономических и торговых мер, включая односторонние санкции против развивающихся стран, а также обратили внимание международного сообщества на необходимость принять срочные шаги для прекращения таких мер⁴.

1. Блокирующие законы vs вторичных санкций

Расширение спектра и изменение характера односторонних санкций привело к появлению нового ярлыка так называемых «вторичных» санкций в противовес традиционным «первичным» санкциям. В доктрине подчеркивается, что поскольку использование компаний в других государствах в качестве посредников или ключевых партнеров является распространенным способом обхода санк-

³ Подробнее о создании Группы 77 на Конференции ЮНКТАД, например, см.: Декларацию министров к сороковой годовщине Группы 77. TD/405, 12 June 2004.

⁴ См.: United Nations Conference on Trade and Development, Ministerial Declaration of the Group of 77 and China to UNCTAD XV (Virtual Barbados, 4 October 2021), TD/522. Para 12.

ций, то Управление по контролю за иностранными активами (Office of Foreign Assets Control) — подразделение Министерства финансов США стало вводить вторичные санкции против таких организаций, базирующихся в этих странах [Volkov S., 2024: 453–454]⁵. Однако данный госорган продемонстрировал, на взгляд Д. Мигера, недостаточное внимание к американским партнерам при наложении санкций на отдельных лиц или организации, их наказании за нарушение вторичных санкций [Meagher D., 2020: 999].

Понятие вторичных санкций — не только теоретическая конструкция, оно все чаще встречается в юридическом и политическом дискурсе. Точные контуры этого термина остаются спорными. В некотором смысле вторичные санкции означают санкции, которые вводятся против иностранных экономических операторов, чья деятельность никак не связана с государством, применяющим санкции. Это можно сравнить с ситуацией, когда США налагают санкции на оператора из третьей страны (например, на компанию, базирующуюся в ЕС), который ведет бизнес с объектом санкций США, например, с компанией из Ирана, включенной в санкционный список США (Specially Designated Nationals List). Подобная коммерческая операция может быть полностью иностранной и не иметь никакой связи с США, но данное государство все равно может принять решение о применении санкций к иностранному оператору, ограничив его доступ на территорию и рынки США, т.е. подразумевается экстерриториальное применение санкций. Поступая таким образом, США вынуждают оператора принять решение: продолжать вести бизнес с объектом санкций или вести бизнес в Штатах. Такая стратегия может вести к тому, что оператор решит отказаться от деловых отношений с объектом санкций, памятуя прибыльность американского рынка для международных операторов и доминирующее положение доллара в глобальных финансовых транзакциях.

Вторичные санкции посягают на экономический суверенитет третьих государств и свободу их экономических субъектов вести международный бизнес. Они в состоянии нарушить принцип невмешательства, поскольку могут быть расценены как принуждение другого государства следовать определенному пути. Названный вид санкций вызывает обеспокоенность не только у государств. Данные ограничительные меры также способны стать причиной затрудне-

⁵ Также, например, см.: Press Release of U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control: Treasury Imposes Sanctions on More than 150 Individuals and Entities Supplying Russia's Military-Industrial Base (Dec. 12, 2023). Available at: URL: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy1978> (дата обращения: 25.12.2024)

ний экономических операторов, чья потенциальная подверженность вторичным санкциям усложняет и без того запутанную систему, «паутину» норм, регулирующих их международные деловые операции в разных юрисдикциях. Введение вторичных санкций увеличивает нагрузку на международные компании и финансовые учреждения, которые должны выделять значительные ресурсы, чтобы их деятельность соответствовала не только международным и внутренним нормам, но и законам третьих государств о санкциях⁶.

Кроме того, вторичные санкции могут вынудить операторов остановить или расторгнуть договорные отношения — коммерческие сделки, которые могут быть полностью законными в соответствии с договорным правом, или подвергнуть их риску потери доступа к рынку государства, применяющего санкции. Прекращение действия коммерческих контрактов, их расторжение из-за риска вторичных санкций не является простым юридическим вопросом в сфере применения норм международного частного права и договорного права. Создается ряд юридических затруднений, коллизий, местные нормативные ограничения не позволяют операторам расторгнуть договорные отношения, ставя их в затруднительное положение между молотом и наковальней [Ryngaert C., 2023: 517–531].

Порой следствием размывания границ между экономическими и внешнеполитическими целями государственной политики является ослабление дисциплинирующего воздействия правил международной торговли на основные торгующие страны. В ходе всесторонней борьбы за «международную конкурентоспособность» правительства склонны, как отмечал Э.-Й. Местмекер, отождествлять свои национальные интересы с интересами своих компаний [Mestmäcker E.-J., 1988: 209].

Механизмы предупреждения и подпадания лиц под вторичные санкции, как отмечается в доктрине, приобретают большое значение [Старженецкий В.В., Бутырина В.А., Курицына К.С., 2021: 119–142]. В ответ на неправомерность вторичных санкций и/или их неблагоприятные последствия отдельные государства, их объединения стали принимать законы, направленные на достижение политических целей с помощью антисанкций/контрсанкций. Путем введения законов о блокировании или создания инструментов по борьбе с принуждением⁷ (anti-coercion

⁶ Как отмечают отдельные ученые, множество нормативных актов существенно затрудняет работу компаний, на которые введенные ограничительные меры непосредственно не распространяются и которые, однако, пытаются соблюдать все применяемые законы [Volkov S., 2024: 462].

⁷ Например, см.: Regulation (EU) 2023/2675 of 22 November 2023 on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2675/oj/eng> (дата обращения: 25.12.2024)

instruments) третьи государства среди прочих мер запрещают экономическим операторам соблюдать иностранные вторичные санкции и предусматривают контрсанкции. При этом вопрос об действительности таких ответных мер не до конца определен.

Один из первых актов о блокировке действует с 1947 г. в провинции Онтарио (Канада) — это Закон о защите деловой документации⁸, призванный воспрепятствовать антимонопольным расследованиям США в отношении канадских производителей бумаги. Среди других блокирующих законов, в частности, Закон Австралии о судебных разбирательствах за рубежом (превышение юрисдикции)⁹, Закон Канады об иностранных экстерриториальных мерах¹⁰, Закон Мексики о защите торговли и инвестиций от иностранных норм, противоречащих международному праву¹¹.

В известной степени прототипом названных законодательных актов стал принятый английским парламентом в 1980 г. Закон о защите торговых интересов (Protection of Trading Interests Act¹²), касающийся контролирования ограничительной практики в международной сфере [Lowe A.V., 1981: 257]. При принятии Закона целью правительства, по словам министра торговли, было «подтвердить и усилить защиту Соединенного Королевства от попыток других стран навязать нам их экономическую и торговую политику в одностороннем порядке» [Lowe A.V., 1981: 257]. Достижение этой цели предполагалось в общем за счет сочетания трех мер.

Во-первых, это наделение правительства полномочиями запрещать гражданам и предприятиям страны выполнять распоряжения иностранных властей, когда эти распоряжения имеют экстерриториальные последствия и наносят ущерб английским торговым интересам. Во-вторых, запрет английским судам исполнять иностранные судебные решения, связанные с присуждением многократного воз-

⁸ См.: Business Records Protection Act, [1947] RSO 1990, с B.19. Available at: URL: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=3314&context=rso> (дата обращения: 25.12.2024)

⁹ См.: Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984, No 3. Available at: URL: <https://www.legislation.gov.au/C2004A02867/latest/text> (дата обращения: 15.12.2024)

¹⁰ См.: Foreign Extraterritorial Measures Act, RSC 1985, с F-29 (Can). Available at: URL: <https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-f-29/latest/rsc-1985-c-f-29.html> (дата обращения: 15.12.2024)

¹¹ См.: Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que contravengan el Derecho Internacional, 23 de octubre de 1996. Available at: URL: <https://leyco.org/mex/fed/63.html> (дата обращения: 25.12.2024)

¹² Available at: URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11> (дата обращения: 15.12.2024)

мещения убытков, и некоторые другие судебные постановления, касающиеся применения ограничительной практики¹³. Примечательно, что в принудительном исполнении должно быть отказано, даже если нет сомнений, что иностранный суд обладал юрисдикцией¹⁴. В-третьих, признание права английских граждан или предприятий, в отношении которых иностранные суды присудили многочисленные убытки, взыскать с первоначального истца ущерб некомпенсаторного характера путем подачи иска в суд Соединенного Королевства (clawback mechanism).

Хотя приведенный английский закон направлен против иностранных властей в целом, известно, что он в первую очередь предназначен для борьбы с тем, что рассматривается как ущемление британской юрисдикции и торговых интересов властями США.

Условно систему законов о блокировании допустимо разделить на несколько уровней, где одна группа нормативных актов направлена на блокирование обнаружения доказательств за рубежом для использования в местных судебных разбирательствах¹⁵; другой вид

¹³ Примером может служить дело *Service Temps Inc. v MacLeod*, в котором ст. 5 Закона о защите торговых интересов (1980) была применена для блокирования признания и приведения в исполнение решения суда США о возмещении ущерба в тройном размере. См.: Court of Session (Outer House) (Scotland): [2013] CSOH 162 (opinion of Lord Hodge).

¹⁴ По всей видимости, неисполнимость таких иностранных судебных решений отражает общий принцип, согласно которому суверенные государства не принимают на себя обязательства по принудительному осуществлению государственной экономической политики других суверенных государств. Так, в зарубежной литературе отмечалось, что «иностранное публичное право в любом случае игнорируется, если оно пытается, подобно эмбарго США, навязать стране такие цели экономической и социальной политики, которых немецкий законодатель не разделяет». Равным образом императивные законы в экономической сфере, основанные на соображениях общественного благосостояния, публичного интереса (*publica utilitas*), принципиально не применяются судами других государств. Причина, по которой можно ожидать последовательного и взаимного применения законов других государств, заключается в признании правовых отношений, узаконенных строго частной автономией [Mestmäcker E.-J., 1988: 212, 213]. При этом даже если автономии сторон должно быть отведено место в этом контексте, стороны в любом случае не свободны договариваться об иностранных правилах, которые, как и эмбарго США, противоречат публичному порядку форума [Basedow J., 1983: 157, 160]. Тем не менее, как утверждают отдельные аналитики, применение иностранного публичного права теоретически возможно, полезно и наблюдается в правовой реальности [Hemler A., 2025: 132].

¹⁵ Связано это отчасти с притязаниями тех же американцев на материальную юрисдикцию, сопровождающимися стремлениями к обширной юрисдикции в процессуальных вопросах, в частности, в вынесении постановлений о направлении в суды США документов, находящихся за границей у иностранцев [Toms V.C.,

актов направлен на противодействие собственно односторонним, экстерриториальным санкциям иностранных государств. Юрисдикционные контрмеры, направленные на воспрепятствование любому противоправному осуществлению юрисдикции другим государством, исследователи делят на предписывающие, судебные и исполнительные меры, которые включают законы о блокировании, запретительные законы, законы о непризнании и неисполнении распорядительных актов, процессуальных ограничениях и ответных мерах [Seyed Y.Z., 2016: 27, 37].

В настоящее время акцент блокирующих законов сместился на борьбу с негативными последствиями экстерриториального применения односторонних законов о санкциях. Сравнительно недавно, в сентябре 2020 г., Министерство торговли Китая опубликовало Положение о списке ненадежных организаций¹⁶, а в январе 2021 г. — Меры противодействия необоснованному экстерриториальному применению иностранного законодательства и других мер¹⁷. В июне 2021 г. Постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей принял Закон о противодействии иностранным санкциям¹⁸, чтобы исключить последствия «дискриминационных и ограничительных» мер, введенных иностранными государствами против китайских организаций. В течение длительного времени Пекин предпочитал использовать широкий спектр непрозрачных неформальных ограничений, однако нарастание давления Запада, в ходе которого Китай становился объектом многочисленных санкций США и их союзников, побудило КНР, как отмечает ряд авторов, перейти к созданию комплексного механизма противодействия иностранным огра-

1981: 585–608]. Также см.: House of Lords, UK: *Rio Tinto Zinc Corporation and others v. Westinghouse Electric Corporation*. [1978] AC 547. Принцип в названной ситуации, как полагает, в частности, А.В. Лоу, тот же самый: английское правительство должно обладать полномочиями, необходимыми для обеспечения того, чтобы оно, а не какие-либо иностранные власти, могло определять политику ведения бизнеса в Великобритании [Lowe A.V., 1981: 275–276].

¹⁶ См.: Order No. 4 of 2020 on Rules on the Unreliable Entity List (UEL Provisions). Available at: URL: https://english.mofcom.gov.cn/Policies/AnnouncementsOrders/art/2020/art_26e3c471536d443c944d60c91bacaf9a.html (дата обращения: 15.12.2024)

¹⁷ См.: Order No. 1 of 2021 on Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures (Blocking Rules). Available at: URL: https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/rules-on-counteracting-unjustified-extra-territorial-application-of-foreign-legislation-and-other-measures-20210109#google_vignette (дата обращения: 15.12.2024)

¹⁸ См.: 中华人民共和国反外国制裁法 (Anti-foreign Sanctions Law of China). Available at: URL: https://www.gov.cn/xinwen/2021-06/11/content_5616935.htm (дата обращения: 15.12.2024)

нительным мерам на уровне законодательства [Бакулина П.В., Кузьмина К.А., 2021: 36].

Принятие Китаем блокирующих законов, по определению Гуицян Лю, означает важный шаг к защите национального суверенитета, безопасности и интересов развития от экстерриториального воздействия иностранных односторонних санкций. Это законодательство не только обогатило правовой инструментарий Китая, но и продемонстрировало непоколебимость отношения государства к названным санкциям. Хотя есть оценки и размышления другого порядка: блокирующие законы Китая могут быть контрпродуктивными; указывается также на их ограниченность в противодействии односторонним санкциям США. По мнению отдельных китайских специалистов, применение перечисленных правовых актов может непреднамеренно привести к возникновению дополнительных проблем для частных сторон к повышенной правовой неопределенности, возникновению противоречивых юридических обязательств и усложнению разрешения споров между частными субъектами [Liu G., 2024: 154, 155, 162].

Такую ситуацию иллюстрирует, например, дело *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH*¹⁹, переданное в итоге на рассмотрение Суда Евросоюза. Вскоре после внесения иранского банка Melli в американский список заблокированных лиц (Specially Designated Nationals List), немецкая компания Telekom уведомила банк о решении немедленно прекратить договорные отношения. Однако Суд применил строгий подход и постановил, что расторжение контракта компанией Telekom означает нарушение Регламента ЕС о защите от последствий экстерриториального применения законодательства, принятого третьей страной,²⁰ (именуемого также Регламентом о блокировке). Решение Суда неизбежно поставило экономического оператора Telekom, находящегося в ЕС, в затруднительное положение. Если он продолжит договорные отношения с иранским банком, появляется риск того, что на него будут наложены вторичные санкции США. С другой стороны, если европейская компания в одностороннем порядке расторгнет контракт, это будет рассматриваться как нарушение ею обязательства по несоблюдению вторичных санкций США, предусмотренного ст. 5 Регламента о блокировке.

¹⁹ Court of Justice of the European Union: *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH*, Judgment of 21 December 2021, Case C-124/20. EU:C:2021:1035.

²⁰ См.: Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/1996/2271/oj/eng> (дата обращения: 15.12.2024)

2. Формирование российской модели антисанкционного правового регулирования

В правовом пространстве Российской Федерации также образовался целый пласт нормативных актов, формирующих юридические основы антисанкционного регулирования. Выстраивание этой новейшей правовой базы стало ответом на ужесточившиеся санкции против России и призвано защитить корпоративные, налоговые, таможенные и иные общественные отношения в условиях сегодняшних вызовов [Бутакова Я.С., 2023: 72–80]; [Габов А.В., 2023: 96–141]. Так, Федеральный закон № 422-ФЗ от 4.08.2023 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»²¹ (далее—Закон № 422) изменяет текущее регулирование применения специальных экономических мер (контрсанкций), а также вводит новые меры воздействия на российских лиц, не соблюдающих установленных специальных мер. Этими новыми нормами дополняется Федеральный закон от 30.12.2006 № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах и принудительных мерах»²² (далее — Закон о спецмерах), в соответствии с которым специальные экономические меры могут быть направлены на:

запрет (ограничение) на совершение финансовых операций в отношении блокируемых лиц;

запрет или установление ограничений на осуществление внешне-экономических операций;

прекращение или приостановление действия международных торговых договоров и иных международных договоров России в области внешнеэкономических связей;

запрет на участие в международных научных и научно-технических программах и проектах, научных и научно-технических программах и проектах иностранного государства;

замораживание (блокирование) денежных средств и (или) иного имущества, принадлежащих блокируемым лицам, а также финансовых операций, совершаемых в интересах и (или) в пользу блокируемых лиц.

Реализация специальных экономических мер, согласно Закону о специальных мерах в редакции Федерального закона от 8.08.2024 № 275-ФЗ²³, обязательна также для филиалов, через которые ино-

²¹ СЗ РФ. 07.08.2023. № 32 (Часть I). Ст. 6154. Закон вступил в силу 01.02.2024.

²² СЗ РФ. 01.01.2007. № 1 (1 ч.). Ст. 44.

²³ См.: Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон “О банках и банковской деятельности” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 12.08.2024. № 33 (Часть I). Ст. 4971.

странные организации осуществляют деятельность на территории России. Более того, принудительные меры, их введение, изменение, приостановление или отмена имеют обязательный характер для филиалов иностранных организаций, через которые иностранные организации осуществляют деятельность на российской территории.

Согласно Закону № 422 в Закон о специальных мерах вводится новое понятие — «блокируемые лица», под которыми понимаются:

иностранные государства, и (или) иностранные организации, и (или) иностранные граждане, и (или) лица без гражданства, определяемые Президентом (ст. 4 Закона о спецмерах);

юридические лица, подконтрольные иностранным организациям, и (или) иностранным гражданам, и (или) лицам без гражданства (для контроля необходимо, чтобы такие лица имели возможность прямо или косвенно распоряжаться самостоятельно или совместно более чем 50% голосов в высшем органе управления подконтрольного юридического лица).

В названных правилах не указывается, что речь идет исключительно о лицах, связанных с недружественными государствами. Реализация рассматриваемых мер, направленных на запрет (ограничение) совершения финансовых операций и (или) замораживание (блокирование) денежных средств и (или) иного имущества, принадлежащих блокируемым лицам, а также финансовых операций, совершаемых в интересах и (или) в пользу блокируемых лиц, не является основанием возникновения гражданско-правовой ответственности организаций, осуществляющих операции с денежными средствами и (или) иным имуществом, за нарушение условий договора.

В целях защиты национальных интересов и в соответствии с Законом о специальных мерах Президент Российской Федерации поручил Правительству разработать порядок компенсации ущерба, причиненного Российской Федерации или Банку России. Такой порядок, предполагающий контроль со стороны российского суда, должен применяться в случае необоснованного лишения этих субъектов прав на имущество в связи с решениями государственного или судебного органа США. Так, Указом Президента России № 442²⁴ в названном случае предусмотрено, что компенсация производится за счет определенного имущества США или лиц США, например находящегося в России движимого и недвижимого имущества.

²⁴ Подробнее см.: Указ Президента РФ от 23.05.2024 № 442 «О специальном порядке компенсации ущерба, причиненного Российской Федерации и Центральному банку Российской Федерации в связи с недружественными действиями Соединенных Штатов Америки» // СЗ РФ. 2024. № 22. Ст. 2937.

Ограничительные меры (санкции) и ответные и иные меры (антисанкции) теперь не только «ломают» привычный порядок экономической (прежде всего предпринимательской) деятельности, осложненной иностранным элементом (внешнеэкономические связи), но и проникают, как подчеркивает А.В. Габов, во внутренние отношения. Они встраиваются в правовую ткань как обязательное обстоятельство, которое должны учитывать и лица, занимающиеся правотворческой деятельностью на всех уровнях, и участники экономических отношений, и рядовые граждане государств, которые «обменялись» между собой решениями о введении санкций [Габов А.В., 2023: 132].

Российскому правотворцу и правоприменителю в процессе реагирования на недружественные действия иностранных государств важно придерживаться целостного, системного подхода, при котором синергия между разными регулируемыми нормативными элементами может способствовать разработке и применению законодательства в сфере защиты государственного суверенитета и интересов российских лиц от противоправных ограничительных мер. В свете этого необходимо также тщательно взвесить способы смягчения²⁵ нестандартных последствий антисанкционных законов для делового климата России²⁶, сохраняя их действенность в качестве сдерживающего фактора²⁷. Взвешенный и гибкий подход наилучшим образом отвечает стратегии развития России и устойчивому, сбалансированному росту ее экономики. Такой путь способен не только продемонстрировать бескомпромиссный подход к иностранному вмешательству во внутренние дела, но и свести к минимуму избыточные барьеры в повседневных, обыденных коммерческих операциях и в целом улучшить регуляторную среду бизнеса. Соразмерность долж-

²⁵ Например, возвращение иностранного бизнеса в рамках опционов на обратный выкуп, о чем, собственно, говорил Президент РФ в выступлении 18.03.2025 на съезде Российского союза промышленников и предпринимателей. Глава российского государства поручил разработать процедуру согласования возвращения зарубежных компаний с обязательными гарантиями добросовестного и ответственного ведения дел в нашей стране. Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/7586190>. (дата обращения: 20.03.2025)

²⁶ В частности, есть мнение, что основным правовым риском для приобретателя бизнеса в России является возможность признания недействительной сделки, совершенной в нарушение недавно введенных контрсанкционных мер [Volkov S., 2024: 449].

²⁷ Так, в зарубежной экономической литературе отмечается, что российские контрсанкции на экспорт продовольствия из ЕС в Россию были направлены на серьезное ограничение торговых потоков, что привело к существенным потерям европейских экспортеров [Bélin M., Hanousek J., 2021: 249–250].

на выступать одной из базовых идей, лежащих в основании анти-санкционного правового регулирования и оценки легитимности применяемых контрмер.

Как обоснованно подчеркивается в доктрине, после периода турбулентности, когда и для общества, и для законодателя санкции и необходимость адекватного ответа на них стало новой реальностью, а не исключением из прежнего правопорядка, должна совершенствоваться настройка контрсанкционного законодательства [Зараев П.А., 2024: 915–916]. Должны происходить его гармонизация, систематизация, выстраивание в иерархию по юридической силе и взаимосвязанности, необходимы кристаллизация легальных понятий, преодоление их неопределенности путем официального порядка толкования антисанкционных актов.

3. Законы о блокировке как матрица экстерриториальности

Блокирующие законы являются важными вехами в продолжающихся дебатах о незаконности вторичных санкций. Эти законы, как отмечают отдельные исследователи, способны также способствовать установлению нормы обычного международного права, запрещающей государствам вводить экономические и финансовые санкции, имеющие экстерриториальные последствия [Borlini L., 2024: 165].

Сам термин «экстерриториальность» как правило ассоциируется, по мнению Х. Баксбаум, с одним видом практики: односторонними действиями государства при регулировании иностранной деятельности с целью продвижения собственных экономических или политических интересов. Большая часть исследований, посвященных экстерриториальности, как она пишется, сосредоточена на роли международного права в ограничении такой деятельности, то есть на установлении пределов юрисдикции и власти государства в рамках международного порядка [Vuxbaum H.L., 2025: 3].

Законы о блокировке, по определению А. Хемлера — это национальные правовые акты, направленные на борьбу с юридическими последствиями иностранного экстерриториального законодательства, они служат делу соблюдения международных принципов в отношении экстерриториального законодательства [Hemler A., 2025: 115]. Законы о блокировке как юрисдикционные контрмеры являют собой, по меткому определению Х. Баксбаум, матрицу экстерриториальности [Vuxbaum H.L., 2025: 30]. Весьма трудно спорить со специалистами, полагающими, что государства, которые отреагировали на экс-

территориальные законы США, использовали методы американской политики: они также действовали экстерриториально и применяли ограничительные меры. Поскольку основной целью контрмер была борьба с экстерриториальным действием законов США, оказывается, что некоторые законы о блокировании и ограничении доступа распространяются также на иностранные дочерние компании национальных корпораций.

В то же время с теоретической точки зрения сомнительно рассматривать юрисдикционные контрмеры сугубо в качестве реакции на «международное нарушение государства», «международно-противоправное деяние» со ссылкой на то, что осуществление юрисдикции, безусловно, носит территориальный характер [Кешнер М.В., 2021: 165, 166].

Спорный аспект упомянутого подхода в фокусе теории международной ответственности заключается опять-таки в односторонней по большому счету оценке одним государством, применяющим контрмеры, противоправности того или иного деяния другого актора. Один из специалистов, Е. Кацелли Прукаки, верно пишет, что односторонняя оценка как того, было ли совершено международно-противоправное деяние, так и в правовых требований, необходимых для оправданности контрмер, делает их уязвимыми для злоупотреблений [Katselli Proukaki E., 2010: 281]. К тому же сложилось мнение, что нет необходимости доказывать нарушение государственных интересов при введении законов о блокировании или противодействии; фактически все государства могут применять юрисдикционные ограничения против незаконных экстерриториальных санкций [Seyed Y. Z., 2016: 42, 44].

Встает вопрос о квалификации деяния государства как международно-противоправного с позиции, выработанной столетие назад Постоянной палатой международного правосудия в деле S.S. «Lotus»: международное право оставляет государствам полную свободу в определении содержания их законодательства за исключением случаев, когда норма международного права ограничивает эту свободу²⁸.

Вдобавок следует проводить различие между осуществлением государственной власти за рубежом и допустимым обычно по международному праву осуществлением внутренней государственной власти в отношении иностранных фактов [Hemler A., 2025: 122–123].

²⁸ См.: Permanent Court of International Justice: S.S. «Lotus» (France v. Turkey), Judgment of 7 September 1927. Ser. A. No. 10, at 18.

Как государство может упорядочить свою экономику суверенным образом, если другое государство де-факто определяет размер его корпораций, допустимые формы корпоративного сотрудничества или страны, в которые его компаниям разрешен экспорт? Однако все это не означает, по мнению В. Менга, что подобное вмешательство посредством нормативных актов, имеющих иностранный эффект, само по себе противоречит международному праву [Meng W., 1984: 748]. Актуальны слова Э.-Й. Местмекера: до сих пор нет норм международного публичного права, которые серьезно ограничивали бы применение императивных норм национального законодательства [Mestmäcker E.-J., 1988: 253].

Наряду с этим государство вправе утверждать, что оно имело все основания невыполнения международных обязательств в силу обстоятельств, которые известны как «обстоятельства, исключаящие противоправность» и в судебном контексте назывались бы защитными аргументами. Среди этих обстоятельств в ст. 22 Проекта статей «Ответственность государств за международно-противоправные деяния», принятого Комиссией по международному праву ООН и одобренного ее Генеральной Ассамблеей²⁹, выделяются «контрмеры». Те же односторонние санкции США против Ирана, как отмечают некоторые исследователи, могут быть основаны на применении «контрмер» (таких как экономические меры принуждения), если только они не нарушают императивных норм общего международного права³⁰. Комиссия по международному праву ООН в комментарии к названному Проекту статей пояснила, что применение санкции иногда рассматривается как реакция на предшествующее международно-противоправное деяние; исторически более распространенной терминологией были меры «самозащиты» или «самопомощи»³¹.

Безусловно, введение экономических ограничений не всегда, как решил Международный Суд ООН в деле «Некоторые иранские активы», совпадает с осуществлением обычных регуляторных полномочий, а государствам необходимо внимательно следить, чтобы ни первые, ни вторые не оказывали деструктивного влияния на ведение

²⁹ См.: A/RES/56/83. Available at: URL: <https://docs.un.org/ru/A/RES/56/83> (дата обращения: 15.12.2024)

³⁰ См.: U.S. Sanction against Iran: Breach of International Obligation. Available at: URL: <https://moderndiplomacy.eu/2020/06/23/u-s-sanction-against-iran-breach-of-international-obligation/> (дата обращения: 15.12.2024)

³¹ См.: Yearbook of the International Law Commission, 2001. Vol. II. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session. Geneva, 2007. P. 75. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1. Part 2.

бизнеса³². Данный Суд счел, что даже если законодательные положения, принятые в США, и их реализация американскими судами были предприняты в законных публичных целях, они все равно привели к нарушению прав иранских компаний, которое было явно несоразмерным по сравнению с уровнем защиты, обеспечиваемой для заявленной цели. Суд пришел к выводу, что принятые США законодательные и судебные меры были необоснованными и противоречили обязательствам, вытекающим из Договора о дружбе с Ираном (§ 1 ст. IV³³)³⁴.

Дилемма здесь очевидна, поскольку необходимо найти баланс между обязанностью не использовать концепцию основополагающих принципов в качестве щита для глобальной несправедливости и потребностью в решительном устранении серьезных нарушений международного права, которые затрагивают каждое государство. Скорее необходимо основывать обязанность проявлять сдержанность на более общих принципах самоопределения и невмешательства во внутренние дела другого государства [Bowett D.W., 1972: 2–3, 5]; [Bowett D.W., 1976: 246, 248], которые сами по себе следуют из суверенного равенства и независимости государств, что является фундаментальной данностью современного международного права. Упомянутый Закон Великобритании 1980 г. направлен исключительно на обеспечение английской юрисдикции, делая любое ее нарушение необходимым условием для осуществления «блокирующего» права [Lowe A.V., 1981: 262].

Тем не менее ключевым аспектом концепции экономического суверенитета является право государства самостоятельно определять характер своей экономики. Это также может помочь понять, что растущее число законов о блокировании — это не акт реторсии (retorsion) или возмездия, как иногда отмечается [Seyed Y.Z., 2016: 27], а формальное выражение юридической истины, которая может быть утрачена в ходе длительных дискуссий о проблеме экстерриториальности: мир состоит из независимых государств, имеющих суверенные и неотъемлемые права на выбор собственной экономической системы [Lowe A.V., 1985: 746]. Измерение суверенитета

³² См.: International Court of Justice: *Certain Iranian Assets (Iran v. U.S.)*, Judgment of 30 March 2023. .

³³ Параграф 1 ст. IV Договора о дружбе обязал стороны придерживаться принципа справедливого и равного обращения, а также воздерживаться от применения неразумных или дискриминационных мер, нарушающих их законные права и интересы.

³⁴ См.: *Certain Iranian Assets (Iran v. U.S.)*. Para 156.

можно толковать как общую свободу действий государства, которая по аналогии с общей свободой действий человека ограничена суверенитетом других государств. Понятие суверенитета, являясь одновременно фундаментальным компонентом международного обычного права и общим принципом международного права, воплощает также исключительную защиту от внешнего вмешательства.

Несомненно, экстерриториальное законодательство, охватывающее факты за рубежом, нуждается в разумном обосновании в фокусе международного права и в отсутствие такой мотивировки может нарушать суверенитет соответствующих государств. Как правило, необходима связь между государством, издающим закон, и иностранным поведением или фактами³⁵. Для смягчения проблемы требуется по крайней мере наличие разумного связующего фактора касательно экстерриториального законодательства.

При этом едва ли можно согласиться с утверждением А. Хемлера, что суверенитету государства никогда не может угрожать экстерриториальная сфера применения иностранного закона и поэтому законы о блокировании с доктринальной точки зрения непригодны для защиты этого суверенитета [Hemler A., 2025: 122, 132, 133]. Напротив, любое неразумное экстерриториальное расширение сферы действия закона без соблюдения умеренности в осуществлении юрисдикционной власти потенциально способно затронуть, стеснить полномочия другого суверена на его территории. Это связано не только с негативным прессингом в условиях того же санкционного давления, но зачастую и с необходимостью субъектов государства приравниваться к применимости более чем одной правовой системы в ходе осуществления внешнеэкономической деятельности. Таковы правовая действительность и естественное следствие современного многонационального мира: в упомянутом деле иранский банк утверждал, что расторжение немецкой компанией ранее заключения контракта было незаконным, поскольку оно придавало юридическую силу заблокированным на территории ЕС законам США.

Избежать воздействия иностранной государственной власти можно лишь в одном случае—не участвовать в международной торговле, но в современном мире это невозможно и нежелательно. Опять-таки, как признал сам А. Хемлер, столкновений с высшей властью гегемонистских государств трудно избежать, особенно в таких областях, как международная торговля или платежи. Политиче-

³⁵ Available at: URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040?prd=MPIL> (дата обращения: 15.12.2024)

ское давление, вынуждающее соблюдать законы, рассчитанные на экстерриториальное применение, иногда может быть достаточным для их соблюдения за рубежом [Hemler A., 2025: 131].

Таким образом, используя блокирующие законы в качестве внутренних правовых механизмов, государства не только способствуют соблюдению международных стандартов экстерриториального правотворчества, сокращая ссылки на заблокированные иностранные нормы, но и защищают свои суверенные интересы, регулируя степень применимости иностранного права и уменьшая количество нормативных обязательств, которые субъекты данного государства вынуждены порой выполнять *vis-à-vis* к множеству других правопорядков.

Споры об экстерриториальной юрисдикции продолжают не одно десятилетие, но в настоящее время их политическое значение значительно и велико. Это вызвано в известной степени тем, что в мировой экономике, основанной на разделении труда, национальное регулирование, которое в первую очередь касается внутренних рынков, также имеет трансграничные последствия. Именно поэтому государственная политика также проявляется как вторичный конфликт в глобальной экономике, если одна противоречит другой на международном уровне [Mestmäcker E.-J., 1988: 206].

Экстерриториальные законы затрагивают международную, внутреннюю, публичную и частную сферы права, и их действие усиливается растущей взаимозависимостью национальных экономик [Senz D., Charlesworth H., 2001: 69]. Не будет преувеличением сказать, что во все более взаимосвязанном мире применение государствами законов за пределами своих территориальных границ становится повседневной реальностью. Экстерриториальность стала «новой нормой» регулирования производных финансовых инструментов (деривативов), ценных бумаг вследствие корреляции современных рынков. Например, некоторые директивы ЕС о требованиях к капиталу распространяют принцип национальности на дочерние компании и филиалы европейских фирм, базирующихся в третьих странах и оффшорных зонах [Hornkohl L., 2022: 15]. Цифровая экономика стала еще одной областью, в которой применение национальных законов за пределами границ государств рассматривается как важное и необходимое средство защиты местных интересов [Takeuchi M., 2023: 164–179]. В некоторых странах, например, в США и Китае, действуют законы, прямо предусматривающие трансграничный характер процедур банкротства, которые применяются ко всем активам должника, включая активы, находящиеся в других государствах.

Иначе говоря, экстерриториальное применение национальных законов является распространенной практикой в современном мире. Это неотъемлемая часть систем регулирования в эпоху мировой интеграции рынков, их взаимопроникновения и взаимозависимости, и экстерриториальные притязания все чаще рассматриваются как ценный инструмент для решения различных общих проблем, таких как транснациональная коррупция, размывание налоговой базы и изменение климата. Вместе с тем чем больше цель национального закона отклоняется от правовых ценностей, применяемых в других странах, тем более тесной должна быть территориальная привязка правовой нормы. С другой стороны, чем больше норма служит целям международного сообщества, тем ниже требования международного права к отношениям между регулирующим государством и регламентируемой ситуацией [Basedow J., 1983: 165–166]. По мнению Э.-Й. Местмекера, если национальное законодательство применяется к отечественным и иностранным компаниям без дискриминации в случае значительных внутренних последствий их деятельности, такое осуществление государственного суверенитета также заслуживает уважения международного юридического сообщества [Mestmäcker E.-J., 1988: 250].

Разумеется, не следует предполагать, что все законы должны вписываться в одни и те же юрисдикционные рамки, границы. Надо думать, что в случаях экстерриториальной юрисдикции существуют разные уровни формальной коллизии между национальными законами и политикой, которые необходимо иметь в виду. Взять, например, получившие закрепление в законодательстве и прецедентной практике некоторых государств и международных документах правила универсальной гражданской юрисдикции за серьезные нарушения международного права, вызывающие всеобщее беспокойство, реализация которых позволяет жертве международных преступлений (пиратство, геноцид и пытки, военные преступления, трудовое рабство) добиться и получить возмещение гражданского вреда, рассказать свою историю и предстать перед гражданским национальным судом вне концепции территориальности³⁶.

Ни один из подходов к разрешению юрисдикционных коллизий в настоящее время не является оптимальным, поскольку ни один из них пока не способен выработать всеобъемлющего международно-приемлемого свода правил, определенных и конкретных для со-

³⁶ Например, см.: Обеспечение прав человека и осуществление публичной власти в современных условиях: проблемы и решения / под ред. Т.А. Васильевой, Н.В. Варламовой. М., 2023. С. 135–164; Судебная юриспруденция: от доктрины к единообразию судебной практики / отв. ред. Н.С. Бондарь. М., 2024. С. 358–379.

блюдения национальных законов в надлежащих пределах и позволяющих тем, кого эти законы затрагивают, определить свое правовое положение по отношению к ним. Соответственно случаи, когда корпорации и предприниматели из одного государства обязаны соблюдать законы другого, будут иметь место и впредь. В некоторых из этих случаев «родное» государство будет возражать против того, что в общем плане будет рассматриваться как вмешательство в его внутренние дела.

Едва ли от государств следует требовать, как это иногда предлагается, отказа от всех возможных форм экстерриториального применения их национальных законов в экономической сфере. В противном случае регулирование поведения даже их собственных граждан и организаций, участвующих в международной торговле, как отметил Э.-Й. Местмекер, стало бы затруднительным или невозможным [Mestmäcker E.-J., 1988: 252].

Очевидно, что в современных условиях недостаточно провозгласить принцип исключительной юрисдикции государства на своей территории в качестве отправной точки при решении большинства вопросов, касающихся международных экономических отношений. Ощущается потребность в модернизированной теоретической основе для распределения государственной юрисдикции по регулированию внешнеэкономических торговых и финансовых операций. Ее можно рассматривать как отход от попыток ограничить осуществление суверенитета путем соблюдения противоречивых правил юрисдикции в сторону установления границ рациональной и действительной юрисдикции посредством осуществления национального суверенитета. Сказанное свидетельствует о непригодности крайне консервативных правил юрисдикции государств к регулированию международной торговли, финансов и внешнеэкономической деятельности в условиях трансформации миропорядка.

Заключение

Блокирующие законы являются важными вехами в продолжающихся дебатах о нелегитимности вторичных санкций. В настоящее время российским государством принято значительное количество правовых актов о противодействии иностранным санкциям, что свидетельствует о формировании новейшей модели антисанкционного правового регулирования для борьбы с ограничительными мерами. Чрезвычайно важна дальнейшая гармонизация этого законодательства, а именно его систематизация, выстраивание в иерархию

по юридической силе и взаимосвязанность между собой, необходима кристаллизация легальных понятий, преодоление их неопределенности путем официального толкования.

Пропорциональность должна выступать одной из базовых идей, лежащих в основании антисанкционного правового регулирования и оценки легитимности контрмер. Взвешенный и гибкий подход к решению практических вопросов может способствовать созданию множества путей продуктивного противодействия экстерриториальным санкциям недружественных России государств в сочетании с антисанкционными мерами. Такой путь способен не только продемонстрировать бескомпромиссную позицию в отношении иностранного вмешательства во внутренние дела, но и свести к минимуму избыточные барьеры в повседневных, обыденных коммерческих операциях и в целом улучшить регуляторную среду для бизнеса.

Хотя юрисдикционные контрмеры — законы о блокировании наступают на те же грабли, что и экстерриториальные законы, они образуют необходимый шаг к устранению прежних следов экстерриториальности односторонних иностранных санкций. В их основе лежит имплицитное или эксплицитное предположение, что эти ограничительные меры нарушают суверенитет государства. Внутренний интерес государства в случае антисанкционного регулирования заключается в сокращении количества нормативных обязательств, которые его граждане и организации должны порой выполнять *vis-à-vis* к другим недружественным государствам, главным образом путем сокращения коллизионных отсылок к блокируемым иностранным несправедливым законам. Тем временем геополитическая конкуренция в этом контексте породила интенсивное, острое юридическое соперничество и коллизии при регламентации экономических отношений в глобальном трансграничном пространстве, современной цивилизации.



Список источников

1. Бакулина П.В., Кузьмина К.А. Политика экономических санкций КНР: правовое регулирование и правоприменительная практика // Финансовый журнал. 2021. № 4. С. 24–38.
2. Бутакова Я.С. Контрсанкции как межотраслевой институт российского права // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2023. № 4. С. 72–80.
3. Габов А.В. Антисанкционные меры в российском праве // Труды Института государства и права РАН. 2023. Т. 18. № 3. С. 96–141.

4. Зараев П.А. Контрсанкционные ограничения свободы договора // Вестник Удмуртского университета. Серия «Экономика и право». 2024. Т. 34. Вып. 5. С. 913–920.
5. Кешнер М.В. Вопросы легитимности ограничения контрмерами экстерриториальной юрисдикции государства // Журнал российского права. 2021. № 3. С. 152–171.
6. Старженецкий В.В., Бутырина В.А., Курицына К.С. Российское антисанкционное регулирование: современное состояние и пути совершенствования // Закон. 2021. № 3. С. 119–142.
7. Basedow J. Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht Niederlande: Pres. Rb. Den Haag 17. 9.1982 (Fall Sensor). *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1983, 47. H. 1, S. 141–172.
8. Bélin M., Hanousek J. Imposing sanctions versus posing in sanctioners' clothes: the EU sanctions against Russia and the Russian counter-sanctions. In: Bergeijk P. van (ed.). *Research Handbook on Economic Sanctions*. Cheltenham: Edward Elgar, 2021, pp. 249–263.
9. Borlini L. Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH. *American Journal of International Law*, 2024, vol. 118, no. 1, pp. 160–167.
10. Bowett D.W. Economic Coercion and Reprisals by States. *Virginia Journal of International Law*, 1972, vol. 13, no. 1, pp. 1–12.
11. Bowett D.W. International law and economic coercion. *Virginia Journal of International Law*, 1976, vol. 16, no. 2, pp. 245–260.
12. Buxbaum H.L. Extraterritoriality in Comparative Context: Defining the Scope of State Law in a Global Era. In: Buxbaum H.L. (ed.). *Extraterritoriality in Comparative Perspective*. Leiden: Brill, 2025, pp. 3–31.
13. Hartwell C.A. The Economic Effect of Secondary Sanctions on Firms Theory and (Scarce) Evidence. In: T.Ruys et al. (eds.) *The Cambridge Handbook of Secondary Sanctions and International Law*. Cambridge: University Press, 2024, pp. 37–63.
14. Hemler A. Deconstructing blocking statutes: why extraterritorial legislation cannot violate the sovereignty of other states. *Journal of Private International Law*, 2025, vol. 21, no. 1, pp. 115–134.
15. Hornkohl L. The Extraterritorial Application of Statutes and Regulations in EU Law (February 16, 2022). *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law. Research Paper Series*. No. 2022 (1). 47 p.
16. Hufbauer G.C., Jung E. Economic sanctions in the twenty-first century. In: Bergeijk P. van (ed.). *Research Handbook on Economic Sanctions*. Cheltenham: Edward Elgar, 2021, pp. 26–43.
17. Kamminga M.T. Extraterritoriality. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Available at: URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040?prd=MPIL> (дата обращения: 15.12.2024)
18. Katselli Proukaki E. The problem of enforcement in international law: countermeasures, the non-injured state and the idea of international community. London: Routledge, 2010. 331 p.
19. Liu G.A. Critical Appraisal on China's Blocking Statutes from a Private Actor's Perspective. *Chinese Journal of Transnational Law*, 2024, iss. 2. pp. 154–175.
20. Lowe A.V. Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980. *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, no. 2, pp. 257–282.

21. Lowe A.V. The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution. *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, vol. 34, iss. 4, pp. 724–746.
22. Meagher D. Caught in the Economic Crosshairs: Secondary Sanctions and the American Sanctions Regime. *Fordham Law Review*, 2020, vol. 89, iss. 3, pp. 999–1030.
23. Meng W. Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1984, Bd. 44, S. 675–783.
24. Mestmäcker E.-J. Staatliche Souveränität und offene Märkte: Konflikte bei der extraterritorialen Anwendung von Wirtschaftsrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1988, H. ½, S. 205–255.
25. Ryngaert C. Interpreting an unsatisfactory EU Blocking Statute: Bank Melli Iran. *Common Market Law Review*, 2023, vol. 60, issue 2, pp. 517–531.
26. Ryngaert C., Ruys T., Rodríguez Silvestre F. Secondary Sanctions in the International Legal Order. In: T. Ruys et al. (eds.) *The Cambridge Handbook of Secondary Sanctions and International Law*. Cambridge: University Press, 2024, pp. 1–10.
27. Senz D., Charlesworth H. Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation. *Melbourne Journal of International Law*, 2001, vol. 2, iss. 1, pp. 69–121.
28. Seyed Y.Z. Jurisdictional Countermeasures versus Extraterritoriality in International Law. *Russian Law Journal*, 2016, vol. 4, no. 4, pp. 27–45.
29. Takeuchi M. Asian experience with extraterritoriality. In: Parrish A., Ryngaert C. (eds.) *Research Handbook on Extraterritoriality in International Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2023, pp. 164–179.
30. Toms B.C. The French Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws. *International Lawyer*, 1981, vol. 15, no. 4, pp. 585–608.
31. Volkov S. Between Scylla and Charybdis: Sanctions Compliance for International Companies Divesting from Russia. *Virginia Journal of International Law*, 2024, vol. 64, iss. 2, pp. 453–454.



References

1. Bakulina P.V., Kuzmina K.A. (2021) China's Policy of Economic Sanctions: Legislation and Enforcement. *Finansovyj zhurnal*=Financial Journal, vol. 13, no. 4, pp. 24–38 (in Russ.)
2. Basedow J. (1983) Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht Niederlande. Pres. Rb. Den Haag 17.9.1982 (Fall Sensor). *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 47. Jahrg, H. 1, pp. 141–172.
3. Bělin M., Hanousek J. (2021) Imposing sanctions versus posing in sanctioners' clothes: the EU sanctions against Russia and the Russian counter-sanctions. In: P. van Bergeijk (ed.) *Research Handbook on Economic Sanctions*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 249–263.
4. Borlini L. (2024) Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH. *American Journal of International Law*, vol. 118, issue 1, pp. 160–167.
5. Bowett D.W. (1972) Economic Coercion and Reprisals by States. *Virginia Journal of International Law*, vol. 13, no. 1, pp. 1–12.
6. Bowett D.W. (1976) International Law and Economic Coercion. *Virginia Journal of International Law*, vol. 16, no. 2, pp. 245–260.

7. Butakova Ya. S. (2023) Counter-sanctions as an Inter-Sectoral Institution of Russian Law. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo*=Journal of Voronezh State University. Series: Law, no. 4, pp. 72–80 (in Russ.)
8. Buxbaum H. L. (2025) Extraterritoriality in Comparative Context: Defining the Scope of State Law in a Global Era. In: H.L. Buxbaum (ed.) *Extraterritoriality in Comparative Perspective*. Leiden: Brill, pp. 3–31.
9. Gabov A.V. (2023) Anti-Sanction Measures in Russian Law. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN*=Works of the Institute of State and Law, vol. 18, no. 3, pp. 96–141 (in Russ.)
10. Hartwell C. A. (2024) The Economic Effect of Secondary Sanctions on Firms Theory and (Scarce) Evidence. In: Cambridge Handbook of Secondary Sanctions and International Law, pp. 37–63.
11. Hemler A. (2025) Deconstructing Blocking Statutes: why Extraterritorial legislation cannot violate the sovereignty of other states. *Journal of Private International Law*, vol. 21, no. 1, pp. 115–134.
12. Hornkohl L. (2022) Extraterritorial Application of Statutes and Regulations in EU Law. Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law. Research Paper Series, no.1, 47 p.
13. Hufbauer G., Jung E. (2021) Economic sanctions in the twenty-first century. In: P. van Bergeijk (ed.) *Research Handbook on Economic Sanctions*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 26–43.
14. Kamminga M. Extraterritoriality. In: Max Planck Encyclopedias of International Law. Available at: URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1040?prd=MPIL> (дата обращения: 15.12.2024)
15. Katselli Proukaki E. (2010) *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*. London: Routledge, 331 p.
16. Keshner M.V. (2021) Legitimacy of Restriction by Countermeasures of Extraterritorial Jurisdiction of the State. *Zhurnal rossijskogo prava*=Journal of Russian Law, vol. 25, no. 3, pp. 152–171 (in Russ.)
17. Liu G. (2024) A Critical Appraisal on China's Blocking Statutes from a Private Actor's Perspective. *Chinese Journal of Transnational Law*, issue 2, pp. 154–175.
18. Lowe A.V. (1981) Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980. *American Journal of International Law*, vol. 75, no. 2, pp. 257–282.
19. Lowe A.V. (1985) The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, issue 4, pp. 724–746.
20. Meagher D. (2020) Caught in the Economic Crosshairs: Secondary Sanctions and the American Sanctions Regime. *Fordham Law Review*, vol. 89, issue 3, pp. 999–1030.
21. Meng W. (1984) Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. 44, pp. 675–783.
22. Mestmäcker E.-J. (1988) Staatliche Souveränität und offene Märkte: Konflikte bei der extraterritorialen Anwendung von Wirtschaftsrecht. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, H. 1/2, pp. 205–255.

23. Ryngaert C. (2023) Interpreting an Unsatisfactory EU Blocking Statute: Bank Melli Iran. *Common Market Law Review*, vol. 60, issue 2, pp. 517–531.
24. Ryngaert C. et al. (2024) Secondary Sanctions in the International Legal Order. In: T. Ruys (eds.) *The Cambridge Handbook of Secondary Sanctions and International Law*. Cambridge: University Press, pp. 1–10.
25. Senz D., Charlesworth H. (2001) Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 2, issue 1, pp. 69–121.
26. Seyed Y. Z. (2016) Jurisdictional Countermeasures Versus Extraterritoriality in International Law. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Russian Law Journal, vol. 4, no. 4, pp. 27–45.
27. Starzhenetsky V.V., Butyrina V.A., Kuritsyna K.S. (2021) Russian Anti-Sanctions Regulation: Current State and Ways of Improvement. *Zakon=Statut*, no. 3, pp. 119–142 (in Russ.)
28. Takeuchi M. (2023) Asian Experience with Extraterritoriality. In: A. Parrish, C. Ryngaert (eds.). *Research Handbook on Extraterritoriality in International Law*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 164–179.
29. Toms B. C. (1981) The French Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws. *International Lawyer*, vol. 15, no. 4, pp. 585–608.
30. Volkov S. (2024) Between Scylla and Charybdis: Sanctions Compliance for International Companies Divesting from Russia. *Virginia Journal of International Law*, vol. 64, issue 2, pp. 453–454.
31. Zaraev P.A. (2024) Counter-Sanctional Restrictions on Freedom of Contract. *Vestnik Udmurtskogo universiteta. Seriya: Ekonomika i pravo*=Bulletin of Udmurt University. Series: Economics and Law, vol. 34, no. 5, pp. 913–920 (in Russ.)

Информация об авторе:

А.И. Щукин — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

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

Статья поступила в редакцию 23.06.2025; одобрена после рецензирования 30.07.2025; принята к публикации 04.08.2025.

The article was submitted to editorial office 23.06.2025; approved after reviewing 30.07.2025; accepted for publication 04.08.2025.

Научная статья

УДК: 341

JEL: K 33

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.181.204

Устные международные договоры в российской правовой системе



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

Важное значение для правового регулирования межгосударственных отношений имеют устные международные договоры. Практика их заключения имеет давнюю историю. Вместе с тем в науке исследованию этого уникального источника международного права уделяется незаслуженно мало внимания (по сравнению с письменными международными договорами). Это накладывает отпечаток на практику использования устных международных договоров, в том числе и на изучение этих вопросов в высших учебных заведениях. В науке международного права недостаточное внимание уделяется также уяснению места устных международных договоров в российской правовой системе, а также оценке возможности их использования в российской практике межгосударственных отношений. Чтобы восполнить этот пробел, в настоящей работе с позиций диалектического подхода и использования общенаучных и специально-юридических методов исследования произведена попытка раскрыть этот вопрос. Показано, какое место занимают устные международные договоры в современном международном праве. Приводятся примеры устных международных договоров в практике российского государства. Раскрыты вопросы правопреемства в отношении ранее заключенных устных международных договоров. Произведена оценка возможности использования устных договоров в российской правовой системе применительно к положениям Конституции России. Выдвинуты предложения по совершенствованию российского законодательства, позволяющие более плодотворно осуществлять международную правотворческую деятельность, используя в необходимых ситуациях устные международные договоры. Показано, что несмотря на то, что в российском законодательстве отсутствуют нормы, посвященные устным международным договорам, Россия имеет неотъем-

лемое право на их заключение. Данное право, как и существование устной формы международных договоров, основывается на общепризнанных принципах и нормах международного права, подтверждено в международных договорах, участником которых является Российская Федерация. Отмечено, что порядок заключения, действия, изменения и прекращения устных международных договоров пока регулируется нормами международных обычаев и общими принципами права, большинство которых применимо и к письменным международным договорам.



Ключевые слова

международное право; источники международного права; международный договор; устный международный договор; джентльменское соглашение; международные отношения.

Для цитирования: Ромашев Ю.С. Устные международные договоры в российской правовой системе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 181–204. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.181.204

Research article

Oral International Treaties in the Russian Legal System



Yuri S. Romashev

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitsky Str., Moscow 101000, Russian Federation,

romashev-yus@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9059-584X>



Abstract

Oral international treaties are of great importance for the legal regulation of interstate relations. The practice of concluding them has a long history. At the same time, in the science of international law the study of this unique source of international law, in comparison with written international treaties, is undeservedly given quite little attention. This leaves a special imprint on the practice of their use, including the study of issues devoted to oral international treaties in higher education institutions. In the science of international law, insufficient attention is paid to clarifying the place of oral international treaties in the Russian legal system, as well as to assessing the possibility of their use in the Russian practice of interstate relations. In order to fill this gap, in this work, from the position of a dialectical approach, the use of general scientific and special legal research methods, an attempt was made to reveal this issue. The place occupied by oral international treaties in modern international law is shown. Numerous examples of oral international treaties in the practice of the Russian state are given. The article reveals the issues of legal succession in relation to oral international treaties previously concluded by the predecessors of the Russian Federation. An assessment is made of the possibility of using oral treaties in the Russian Legal System in relation to the provisions of the Constitution of the Russian Federation. Proposals are presented for improving Russian legislation, allowing for more effective and flexible implementation of international law-making activities, using oral international

treaties in necessary situations when solving problems of international cooperation. It is shown that despite the fact that Russian legislation does not contain provisions devoted to oral international treaties, the Russian Federation has an inalienable right to conclude them. This right, as well as the very existence of the oral form of international treaties, is based on generally recognized principles and norms of international law, confirmed in international treaties to that the Russian Federation is a party. It is especially noted that the procedure for concluding, validity, modification and termination of oral international treaties is currently regulated by the norms of international customs and general principles of law, most of which are also applicable to written international treaties.



Keywords

international law; sources of international law; international treaty; oral international treaty; gentleman agreement; international relations.

For citation: Romashev Yu. S. (2025) Oral International Treaties in the Russian Legal System. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 181–204 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2025.3.181.204

Введение

Международный договор наряду с международным обычаем и общими принципами права является основным и главным источником международного права [Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В., 2019: 32]. Вместе с тем в практике международных отношений и доктрине международного права недостаточно внимания уделяется устным договорам, являющимся одной из форм международных договоров [Буткевич О. В., 2008: 253].

На межгосударственном уровне устные международные договоры довольно часто применялись в прошлом и часто имеют место в настоящее время. Масштабы заключения таких соглашений и их разнообразие подтверждают, что они являются важной частью мировой жизни. Неформальность устных соглашений высвечивает черты международной политики. Они демонстрируют постоянно продолжающийся поиск путей международного сотрудничества, обилие форм, которые оно принимает [Lipson C., 1991: 498].

Следует также подчеркнуть, что российские правоприменители часто сталкиваются с вопросами о месте устных международных договоров в российской правовой системе, а также о возможности их использования в отечественной практике межгосударственных отношений. Российское законодательство, в отличие от советского, о них не говорит. В настоящей работе на базе диалектического подхода, общенаучных и специально-юридических методов исследования сделана попытка ответить на эти вопросы.

1. Устные международные договоры в современном международном праве

Российская Федерация (далее — Россия, РФ), как и другие государства, обладает правоспособностью заключать международные договоры, в том числе и устные. По мнению С.В. Черниченко, право выступать на международной арене от собственного имени означает право заключать международные договоры [Черниченко С.В., 2014: 31]. Оно также предусматривает участие в формировании обычных норм международного права. Договороспособность государств нередко определяется как их правоспособность заключать договоры. Они должны делать это в соответствии с условиями договора, внутренними законами и процедурами, регулирующими их способность соглашаться на условия договора¹.

В межгосударственных отношениях сформировалась норма международного обычая, подтверждающая существование устных международных договоров как одной из форм международных договоров. При этом они обладают той же обязательной силой, что и договоры в письменной форме [Лукашук И.И., 2004: 393].

Устные международные договоры во многих случаях являются полезным средством международно-правового регулирования. Они более мобильны, чем письменные договоры, и гибко воспринимают оперативные потребности международно-правового регулирования. Конфиденциальность устных договоров позволяет им осуществлять правовое регулирование межгосударственных отношений, если имеет место острая конкуренция государств, а также позволяет избегать ненужных внутриполитических дискуссий и публичных споров о необходимости их заключения. Например, неформальные отношения США с Советским Союзом в сфере безопасности в значительной степени опирались, наряду с письменными договорами, на негласные устные соглашения. Самая опасная проблема ядерной эры — Карибский кризис — была урегулирована путем неформальных и тайных соглашений сверхдержав. Сделка с выводом ракет с Кубы была заключена путем обмена письмами, дополненными закрытыми устными обещаниями [Lipson C., 1991: 496, 523]².

¹ См.: Available at: URL: http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/themes_recently_concluded_Binding_and_Non-Binding_Agreements_GUIDELINES.pdf (дата обращения: 30.04.2024)

² Вместе с тем Государственный департамент отрицал существование соглашения между Соединенными Штатами и Советским Союзом о Кубе. Ни одно такое соглашение не было указано в ежегодных документах Государственного департамента о действующих договорах США. См.: *Treaties and other International Agreements: The Role*

Неформальность устных международных договоров приводит к тому, что стороны избегают их регистрации в Секретариате ООН. Однако отсутствие такой регистрации не лишает их юридической силы. При этом неписаный характер этих договоров, несмотря на их общую обязательность, довольно часто затрудняет их использование.

В науке международного права всегда существовали различные мнения об устных международных договорах, их юридической обязательности и содержании. Вместе с тем большинство ученых признавало существование устных договоров [Мартенс Ф.Ф., 1996: 280]. Е. Ульман подчеркивал допустимость устных соглашений [Ullmann E., 1908: 271]. Ф.И. Кожевников отмечал, что устная форма договоров известна современной практике [Кожевников Ф.И., 1957: 257].

В доктрине также можно встретить утверждение, согласно которому международное право регулируется принципом свободы договора, который не предусматривает для него специальной формы. При этом признается действительность устных соглашений при наличии доказательств³. Согласно позиции А.Н. Талалаева, форма международного договора определяется согласием сторон. Она не оказывает влияния на обязательную силу договора и на его юридическую действительность. При этом устные договоры подлежат соблюдению, как и письменные [Талалаев А.Н., 1997: 19, 27]. По утверждению Межамериканского юридического комитета Организации американских государств (ОАГ), концепция устного договора может включать любые устные договоры, если они впоследствии будут зафиксированы в письменной форме⁴. В руководстве по международным договорам, изданным МИД Швейцарии, отмечается, что принцип договорной свободы не предусматривает их специальной формы. Данный принцип предусматривает действительность устных договоров («джентльменских соглашений») при условии наличия доказательств⁵.

of the United States Senate / Prepared for the Committee on foreign relations United States Senate. Washington, 2001. P. 232–233. Available at: URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-106SPRT66922/pdf/CPRT-106SPRT66922.pdf> (дата обращения: 11.12.2024)

³ Practice Guide to International Treaties / Federal Department of Foreign Affairs. Directorate of International Law. Washington, 2015. P. 4. Available at: URL: https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_en.pdf (дата обращения: 30.12.2024)

⁴ Guidelines of the inter-american juridical committee for binding and non-binding agreements. Annex 1. P. 16. Available at: URL: http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/themes_recently_concluded_Binding_and_Non-Binding_Agreements_GUIDELINES.pdf (дата обращения: 30.04.2024)

⁵ Practice Guide to International Treaties. P. 4. Available at: URL: https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_en.pdf (дата обращения: 30.04.2024)

Различные доктринальные подходы к такому источнику международного права создают питательную почву для расширения круга его скептиков [Коровин Е.А., 1951: 399]. Однако такие взгляды, по мнению автора настоящей статьи, имеют исключительно субъективный характер и не отражают объективных процессов, происходящих в международном праве и практике межгосударственных отношений.

Сегодня большинство государств придерживаются позиции, что международное обычное право допускает устные договоры. В частности, они предусмотрены законодательством США⁶. Можно утверждать, что право государств заключать устные международные договоры отражает объективную потребность в регулировании межгосударственных отношений. Оно подтверждается всеобщей практикой и является сложившейся обычной нормой международного права. Отсутствие в законодательстве норм, регулирующих устные договоры и их заключение, не свидетельствует об отсутствии у государств данного права. Государства вправе прибегать к реализации такого права, когда сочтут, что данное средство является более пригодным, чем письменные договоры, или же когда заключение последних невозможно по тем или иным обстоятельствам.

Устные международные договоры по характеру являются явно выраженным соглашением его сторон — субъектов международного права. Они являются либо нормативными, либо индивидуальными международно-правовыми актами, которые рассчитаны на однократное применение. Наименование устных договоров — «устный международный договор», «устное соглашение», «джентльменское соглашение», «устная сделка» и проч. — не влияет на их юридическую силу.

Как правило, основные стороны устных международных договоров — государства. На практике они представлены главами государств, правительствами, руководителями ведомств иностранных дел и иных ведомств. Однако такие договоры вправе заключать и иные уполномоченные субъектами международного права должностные лица. Их полномочия заключать устные международные соглашения могут вытекать из положений письменных международных договоров, а также из международных обычаев. Не так часто сторонами устных договоров являются международные межправительственные организации, государствовподобные образования, нации и народы, борющиеся за самоопределение. В материалах Комиссии междуна-

⁶ В США по Закону Кейса-Заблонки требуется передавать в Конгресс текст любого устного международного соглашения. См.: *Treaties and other International Agreements: The Role of the United States Senate*.... P. 52.

родного права отмечалось, что такими субъектами могут становиться и повстанческие движения⁷. С этой целью нередко заключаются устные соглашения *ad hoc*, в частности, соглашения между государством и стороной, которую они не признают в качестве субъекта международного права, но с которой вынуждены вступать в отношения по различным вопросам (военным, политическим, экономическим и т.п.).

Важными для устного договора являются установки, которых придерживаются его стороны, значение соглашения и намерения сторон, а также придают ли они устному соглашению юридически обязательную силу. Чтобы стать стороной устного договора, государство должно соответствующим актом продемонстрировать готовность возложить на себя предусмотренные в договоре юридические права и обязанности.

В основе намерения заключить устный международный договор, несомненно, лежат жизненно важные интересы его участников. Государство, если это только не связано с недооценкой обстоятельств, не стремится заключать юридически значимое соглашение, которое угрожает его безопасности, ухудшает его экономическое и политическое положение, снижает уровень жизни граждан, затрагивает интересы элит. Довольно часто неблагоприятные последствия заключенного договора проявляются позднее. Это требует корректировки договора, выхода из него или его отмены сторонами.

Не вызывает сомнения, что устный международный договор обязателен для его участников и должен добросовестно выполняться. Договор должен налагать на его участников юридические обязательства. Этим он отличается от необязательных международных соглашений, носящих исключительно политический, моральный и иной характер. Для придания юридической обязательности международным соглашениям как содержание договора, так и процедура его заключения должны подтверждать намерения сторон заключить устный международный договор, выполнение которого должно быть обеспечено принудительной силой каждого из государств—сторон договора. При этом целесообразно, чтобы существовали объективные причины отказа от письменного международного договора на ту же тему. Стороны должны явно демонстрировать отказ от заключения письменного договора в пользу устного. Необходима убежденность его участников в юридической силе такого соглашения, его положений. Намерение сторон заключить устный договор

⁷ Yearbook of the International Law Commission. 1966. Vol. II. P. 189.

подкрепляется их волей это сделать с дальнейшим согласованием таких волеизъявлений. Необходимо не только обозначить намерение заключить устный договор, но и оценить его правомерность в соответствии с международным правом и законодательством государств—участников договора.

Устные международные договоры могут быть устными договорами в их прямом смысле и устными производными договорами (соглашениями), целью которых является осуществление ранее заключенных письменных международных договоров и международных обычаев. Производные соглашения часто рассчитаны на отдельные случаи и могут рассматриваться как индивидуальные акты, т.е. предназначенные для одноразового использования. Так, в законодательстве США предусмотрен специальный вид производных международных договоров — «соглашения в соответствии с договорами». К ним относят отдельные исполнительные международные соглашения США, к которым причисляются и устные соглашения, которые непосредственно отмечены в заключенных этой страной международных договорах⁸. Также положения исполнительных соглашений могут содержаться в тексте ранее заключенных договоров США и быть выведены из них. Полномочия Президента США заключать соглашения в соответствии с договорами считаются «хорошо установленным в стране правилом». Вместе с тем иногда отмечаются разногласия насчет того, входят ли соглашения в сферу действия договора⁹.

Обычно производные соглашения охватывают вопросы перемирия, прекращения огня или иные вопросы, имеющие интерес для воюющих сторон на участке военных действий; обмена военнопленными в ходе и по окончании вооруженных конфликтов, интер-

⁸ Подавляющее большинство международных соглашений, которые заключают США, являются не договорами, а исполнительными соглашениями, заключаемыми исполнительной властью и не направляемые в Сенат для получения его согласия. В Конституции США не говорится об исполнительных соглашениях, но они по-прежнему считаются действительными международными соглашениями в соответствии с практикой США. Соединенные Штаты заключали исполнительные соглашения с первых дней своего существования, и их использование значительно возросло после Второй Мировой войны. По оценкам экспертов, более 90% международных соглашений США были заключены в форме исполнительных соглашений, в их числе: исполнительное соглашение, заключенное в соответствии с договором (исполнительное соглашение, основанное на полномочиях Президента в договоре, ранее одобренном Сенатом); единоличное исполнительное соглашение (исполнительное соглашение, основанное на конституционных полномочиях Президента). Available at: URL <https://www.congress.gov/crs-product/RL32528> (дата обращения: 27.07.2024)

⁹ Treaties and other International. Agreements: The Role of the United States Senate... P. 5.

нирования лиц в период вооруженных конфликтов международного характера на территории нейтральных государств; установления дипломатических (консульских) отношений, открытия дипломатических представительств, консульских учреждений, преобразования миссий в посольства; межгосударственных отношений, требующих оперативного реагирования сторон (борьба с преступностью и др.)¹⁰.

Предмет устных международных договоров охватывает самый широкий круг межгосударственных отношений — политических, военных, связанных с безопасностью государств, и другие актуальные вопросы международного сотрудничества. Нередко государства заключают устные соглашения об обмене или передаче отдельных лиц, осужденных в иностранных государствах¹¹. В большинстве случаев устные международные договоры заключаются на незначительный срок и не являются долгосрочными.

Устные международные договоры имеют упрощенную форму заключения. Они должны отвечать как общим требованиям, предъявляемым ко всем формам международных договоров, так и специфическим, присущим только устным договорам. Прежде всего они не должны вступать в коллизию с императивными нормами общего международного права, другими его общепризнанными принципами и нормами, с Уставом ООН и другими письменными договорами, заключенными соответствующими государствами. Положения устных договоров могут соотноситься с такими принципами и нормами как частное и общее, т.е. должны им соответствовать. Кроме того, следует избегать противоречия устных договоров договорам, заключенным с третьими сторонами, чтобы не создавать ненужных в межгосударственных отношениях коллизий норм. Желательно, чтобы такого рода договоры носили дополнительный характер к пись-

¹⁰ Так, например, 9-12 июня 1953 г. в Москве было заключено Соглашение (устное) между Заместителем Министра Иностранных дел СССР и Временным Повременным в делах Политического Представительства Австрии в СССР о преобразовании политических представительств в посольства. См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1953. № 6. В 1955 г. в Москве Председатель Совета Министров СССР и канцлер ФРГ заключили устное соглашение, направленное на установление дипломатических отношений между государствами, при условии репатриации из СССР немецких военнопленных [Li Наореi, 1987: 17].

¹¹ По информации NBC News от 8 декабря 2024 г. соглашение об обмене баскетболистки Бриттни Грайнер, осужденной в России за контрабанду наркотиков, на находящегося в тюрьме в США россиянина Виктора Бута, было заключено в Объединенных Арабских Эмиратах по согласованию с Президентом США: «Байден согласовал соглашение о сделке, которая состоялась в Объединенных Арабских Эмиратах». Available at: URL: <https://ria.ru/20221208/soglashenie-1837270085.html> (дата обращения: 02.08.2024)

менным договорам. Это позволяет заполнять пробелы в договорном правовом регулировании.

Устные договоры не должны противоречить и законодательству государств—сторон устного договора. Государства, преследуя цель защиты своих интересов, суверенитета и безопасности, а также исходя из особенностей своей правовой системы, на законодательном уровне ставят под особый контроль заключение международных договоров в отдельных областях.

Заключение устных договоров должно осуществляться в рамках полномочий должностных лиц. Такие полномочия должны быть определены законодательством сторон договора и международным правом, при этом должно подчеркиваться намерение заключить устный договор. Уполномоченные на заключение договора должностные лица выражают не индивидуальную волю, а волю их доверителя — государства. С этой точки зрения индивидуальная психология поверенных не имеет юридического значения. Субъектами международных договоров отдельные лица не являются. Ими являются прежде всего государства. Хотя процедуры заключения международных договоров осуществляются физическими лицами (уполномоченными государств, должностными и иными официальными лицами), обязанности, вытекающие из договоров, несут не заключившие их лица, а государства и другие субъекты международного права. Уполномоченные лица выступают в качестве выразителей государственной воли только на основе соответствующим образом оформленных полномочий со стороны того или иного государства [Талалаев А.Н., 1963: 47–49]. Указанное с соответствующими изменениями относится и к иным субъектам международного права.

Устные договоры должны регулировать значимые вопросы отношений между странами, а не отношений их лидеров. Необходимо, чтобы заключаемый устный договор касался обязательств государств и иных субъектов международного права, а не имел исключительно рекомендательного характера. Возможное дальнейшее подтверждение в письменных документах факта и содержания устных договоров не изменяет их правовой природы.

Интересы лиц, заключающих устные международные договоры, не должны лежать в их основе. На практике, однако, очень трудно их отделить от государственных интересов. Личные интересы нередко тесно связаны с политикой, проводимой лидерами государств. Иногда должностные лица заключают устный договор, чтобы урегулировать важный вопрос межгосударственных отношений и в то же время повысить собственный авторитет внутри своего государства.

Недопустимо заключение устного договора в ситуации, когда договор может быть заключен только в письменной форме. Большой объем информации в планируемом устном договоре может привести к ошибкам при его реализации. Итогом могут стать и межгосударственные споры. Договорное оформление может требоваться по трудным или наиболее важным вопросам межгосударственных отношений, например, по вопросам международной безопасности, прохождения государственной границы или внешней границы исключительной экономической зоны. Договорное закрепление может требоваться для числовых показателей или обязательств, требующих оформления. В таких и во многих других случаях устные договоры нецелесообразны.

К сожалению, несмотря на длительную историю применения в практике межгосударственных отношений устных международных договоров, лица, их заключающие, недостаточно усваивают вышеизложенные требования, предъявляемые к устным международным договорам и их заключению.

Устные международные договоры заключаются согласно международному праву. Международные обычаи и общие принципы права лежат в основе этого процесса. Многие их нормы свойственны и письменным международным договорам. Нормы, регулирующие порядок их заключения, действия, изменения и прекращения, составляют основу института международного права — право устных международных договоров. Данный институт является неотъемлемой составной частью права международных договоров.

В отличие от письменных договоров устные международные договоры предполагают особую процедуру их заключения. Это обусловлено их характером, а также тем, что содержательная сторона данного вопроса существенно проще используемой при заключении письменных договоров¹².

2. Устные международные договоры в российской правовой системе

В настоящее время устные международные соглашения с участием Российской Федерации, как ранее Российской империи и Со-

¹² В Древней Руси договоры с иностранными государствами заключались изначально в самой простой и устной форме [Лихачев Д.С., 1947: 144]. Это происходило с совершением некоторых символических действий: рукобития, связывания рук. В ряде случаев договоры заключались в присутствии свидетелей. Available at: URL: https://www.tsutmb.ru/nayk/nauchnyie_meropriyatiya/int_konf/vseross/ (дата обращения: 11.12.2024)

ветского Союза, пронизывают международные отношения в самых различных областях. Вместе с тем имеют место и проблемы их применения, связанные прежде всего с сохраняющимся недоверием к этому источнику международного права, с недостаточным уровнем научных знаний об устных международных договорах, а также с несовершенством российского законодательства в данном вопросе.

Геополитические изменения в мире сопровождаются процессом распада и объединения государств. Из них выделяются части территорий, в результате чего образуются новые государства или они входят в состав других государств. Этот процесс, видимо, не остановить, как и необходимость осуществления правопреемства в отношении прежних международных обязательств государств. Территориальные изменения, произошедшие на территории прежнего Советского Союза, также повлекли за собой международно-правовые последствия. Так, в рамках правопродолжательства к Российской Федерации перешли обязательства Российской империи и Советского Союза. Это касается и заключенных ранее устных международных договоров.

Согласно ч. 1 ст. 67.1 Конституции Российская Федерация является правопреемником (правопродолжателем) Союза ССР в отношении участия в международных договорах, а также в отношении предусмотренных международными договорами обязательств и активов Союза ССР за пределами российской территории. Речь здесь идет о правопродолжательстве в отношении международных договоров СССР (известном как континуитет России), при этом теоретически такой континуитет возможен в отношении как письменных, так и устных договоров дореволюционной России, которые Советский Союз признавал действующими.

Устные международные договоры, заключенные до образования современной России, сыграли историческую роль. На каждом этапе развития нашего государства с их помощью решались те или иные значимые вопросы межгосударственных отношений. Ценным для понимания современных устных международных договоров советского периода является заключенное 11 сентября 1969 г. в ходе переговоров в Пекинском аэропорту устное советско-китайское соглашение между А. Косыгиным и Чжоу Энь-лаем.

Данное соглашение охватывало события вооруженного конфликта, который происходил на советско-китайской границе с марта по август 1969 г. Чтобы не допустить его перерастания в войну, в сентябре этого года два государства договорились провести встречу на высшем уровне. В соответствии с договоренностями сторон 11 сентября 1969 г., когда председатель Совета Министров СССР А. Косы-

гин завершал визит в Северный Вьетнам и возвращался в Москву, он остановился в аэропорту Пекина и встретился с премьер-министром Китая Чжоу Энь-лаем. Премьер-министры двух стран провели срочные переговоры, названные «Встречей в аэропорту Пекина». Стороны достигли устного соглашения об урегулировании конфликта на границе. Кроме того, данное соглашение было направлено на возобновление телефонной связи между высшими руководителями СССР и Китая. Согласно его положениям были восстановлены ежегодные торговые переговоры между двумя государствами, заключены ежегодные торговые протоколы. Был осуществлен также обмен послами [Qin Xiaocheng, 2005: 465, 476-478]¹³.

Трудно говорить о применимости многих ранее заключенных устных соглашений в настоящее время. Довольно часто они были рассчитаны на разовые события. Многие устные договоры прекратили существование по различным причинам и обстоятельствам. К их числу относятся появление письменных договоров по тем же самым вопросам. Возможно и коренное изменение обстоятельств, существовавших при заключении устных договоров.

Вместе с тем большая группа ранее заключенных устных договоров до сих пор продолжает действовать. Например, это касается правоотношений, связанных с функционированием отдельных посольств государств, преобразованных из миссий, с установлением дипломатических и консульских отношений, а также с другими важными событиями международной жизни, которые и ныне актуальны.

Обязательства в рамках правопреемства перешли к современной России также и в отношении сформировавшихся ранее норм обычного международного права. Это касается и норм, предполагающих возможность заключения устных международных договоров, а также регла-

¹³ Можно привести много примеров заключения устных международных договоров в советское время. Например, устное соглашение по финансовым вопросам между СССР и США, заключенное в Белом доме 15 ноября 1933 г. См.: Документы внешней политики СССР. Т. XVI. 1 января — 31 декабря 1933 г. / М., 1970. С. 640. 27 ноября 1934 г. было заключено советско-монгольское соглашение о взаимной военной помощи. См.: Советско-китайские отношения. 1917-1957. Сб. документов. М., 1959. С. 8. Используя заинтересованность Афганистана в урегулировании пограничного вопроса с СССР, послу К. Михайлову удалось в 1938 г. заключить с премьер-министром Афганистана Хашим-ханом «джентльменское» соглашение, по которому афганское правительство обязалось не допускать японских граждан, включая посланника Японии, в Северный Афганистан. Кабул также гарантировал, что вдоль советско-афганской границы будет создана 30-километровая особая зона, въезд в которую иностранцам, находившимся в Афганистане, будет закрыт. Это соглашение сыграло большую роль в срыве планов стран «оси» использовать афганскую территорию как плацдарм для подрывной деятельности против СССР [Наумкин В.В., 2010: 218].

ментирующих порядок их заключения, действия, изменения и прекращения действия. Распад Советского Союза затронул обязательства государств в отношении как международных договоров, так и международных обычаев. После территориальных изменений новые государства унаследовали обязательства и по обычным нормам, признаваемым ранее. Принцип чистой доски (*tabula rasa*) здесь не применялся.

В Преамбуле Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» 1995 г.¹⁴ (далее — Федеральный закон 1995 г.) отмечено, что Россия выступает за неукоснительное соблюдение договорных и обычных норм. Это, на взгляд автора статьи, является одним из подтверждений приверженности России в вопросах правопреемства в отношении международных обычаев, сформировавшихся ранее и поныне действующих, а также лежит в основе ее правопродолжательства в отношении устных международных договоров, заключенных предшественниками Российской Федерации. Таким образом, ранее сформировавшиеся нормы обычного международного права, в том числе касающиеся права устных международных договоров, действуют и в отношении современной России. При этом Россия не имеет возможности отказаться от взятых ее предшественниками обязательств по международным обычаям, если, конечно, коренным образом не изменились обстоятельства, которые имели место при формировании обычных норм в данной области. Международный обычай является продуктом общественного развития, и его нормы могут эволюционировать или прекращать свое действие, соотносясь с процессами, протекающими в мире.

Согласно ч. 4 ст. 15 Конституции России общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются составной частью ее правовой системы. В этом положении отсутствует разделение международных договоров на письменные и устные. В Конституции содержится и другие положения, касающиеся международных договоров России. Например, из ст. 71 следует, что в сфере федеральной компетенции находятся международные договоры. Ст. 86 определяет, что Президент Российской Федерации ведет переговоры и подписывает международные договоры. Вместе с тем на практике довольно часто обращается внимание на то, что в Федеральном законе 1995 г. и подзаконных нормативных актах речь идет только о письменных международных договорах. Нередко встает вопрос о месте устных международных договоров в правовой системе современной России и о возможности их применения в нашем государстве.

¹⁴ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

Обращаясь к конституционным положениям, на первый взгляд, не видно, идет ли речь в Конституции о письменной или устной форме международных договоров. Непосредственно в самом Федеральном законе 1995 г. в его ст. 2 («Употребление терминов») указано, что *для целей* (курсив мой.—Ю.Р.) настоящего Закона «международный договор Российской Федерации» означает международное соглашение, заключенное в письменной форме. Здесь подчеркнуто, что определение международного договора дается «для целей настоящего Федерального закона», т.е. применительно к его тексту. Из этого следует, что данное определение может являться не всеобъемлющим и применяться не во всех случаях, оно ограничено рамками предмета регулирования данного Закона.

Аналогичный подход использования терминов и раскрытия их содержания применительно к конкретному нормативному акту имеет место не только во внутригосударственном праве, но и в международном праве. Так, например, в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее — Конвенция 1969 г.)¹⁵ (ст. 2 «Употребление терминов») также определено, что *для целей* (курсив мой.—Ю.Р.) настоящей Конвенции «договор» означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме. Однако ст. 3 («Международные соглашения, не входящие в сферу применения настоящей Конвенции») поясняет: тот факт, что настоящая Конвенция не применяется к международным соглашениям, заключенным между государствами и другими субъектами международного права или между такими другими субъектами международного права, и к международным соглашениям не в письменной форме, не влияет на юридическую силу таких соглашений. Кроме того, отмечено, что данная Конвенция не затрагивает применения к такого рода соглашениям любых норм, изложенных в ней, под действие которых они подпадали бы в силу международного права, независимо от ее положений.

Таким образом, в Конвенции 1969 г. указывается на ограниченный характер содержащегося в ней определения международного договора. Она допускает, точнее, констатирует возможность неписьменной, т.е. устной формы международных договоров¹⁶. При этом можно рассматривать положения ст. 3 и как акт одностороннего договорного признания государствами—участниками такой практики.

¹⁵ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 11.12.2024)

¹⁶ В доктрине международного права допускается возможность существования также и молчаливых соглашений, как одной из форм неписьменных соглашений.

Заметим, что данная Конвенция требует ратификации, которая в государствах обычно осуществляется в форме закона. Поэтому приходится говорить о подтверждении признания устных международных договоров государствами еще и на законодательном уровне, что способствует расширению не только практики органов исполнительной власти государства, но и законодательной практики в данном вопросе. Следует также заметить, что советское законодательство рассматривало международные договоры СССР независимо от их формы¹⁷.

Таким образом, определения понятия «международный договор», которые даются как в Конвенции 1969 г., так и в Федеральном законе 1995 г. носят целевой, ограниченный характер. Они не являются исчерпывающими, что также находило отражение в доктрине международного права [Qin Xiaocheng, 2005: 472].

Устные международные договоры как разновидность международных договоров, несомненно, являются элементом российской правовой системы. Россия, как и другие государства, имеет право заключать такие договоры. Такого рода договоры не запрещены ни российским законодательством, ни Конвенцией 1969 г. Заметим, что Россия является участником данной Конвенции в рамках правопродолжательства. Конечно, государство может предусмотреть правовой запрет заключения устных договоров, как это, например, осуществили Нидерланды¹⁸. Однако в силу действия в настоящее время обычной нормы о праве государств заключать международные договоры, такой запрет не будет считаться отзывом ранее сделанного им признания данной нормы. Государство не может отозвать признание обычной нормы международного права, если ранее оно настойчиво не возражало против ее существования в процессе формирования обычая. Это не затрагивает отдельных случаев, прямо предусмотренных международным правом. Обычно государства не прибегают к заключению устных договоров. Однако регулирование на внутригосударственном уровне порядка заключения исключительно письменных международных договоров не является свидетельством запрета устных соглашений.

Устные договоры, несмотря на их специфику, являются действенным средством правового регулирования. Государства не должны

¹⁷ См.: Закон СССР от 6 июля 1978 г. № 7770-IX «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров СССР». Available at: URL: <https://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=1515#XvkytYUy12c07frI> (дата обращения: 30.08.2024)

¹⁸ Guidelines of the inter-american juridical committee for binding and non-binding agreements... P. 16.

лишать себя возможности их заключения, поскольку это ограничивает их суверенные права в области международного нормотворчества. Реализация такого права не может нанести ущерба государству, если договор заключен в соответствии с вышеуказанными требованиями. Она может принести только положительные плоды сотрудничающим странам.

Конечно, заключаемые устные международные договоры не должны противоречить конституциям своих стран—участниц договоров. Положения конституций обычно имеют приоритет как над иными нормативными правовыми актами государства, так и над международными договорами. Это касается и порядка их заключения. Международные договоры нашего государства, не соответствующие российской Конституции, не подлежат введению в действие и применению.

При заключении Конвенции 1969 г. СССР оговорок о недопустимости устной формы международных договоров и невозможности их заключения не делал. Во многих международных договорах современной России (а ранее — и СССР) речь идет только о термине «международный договор», в целом без уточнений его формы. Кроме того, как СССР, так и ранее Российская империя (хотя, может быть, не так активно) все же прибегали к заключению такого рода договоров, тем самым признавая их правомерность¹⁹.

Государства знают различные внутренние процедуры заключения международных договоров. Считается, что каждое государство должно оставаться свободным в разработке и поддержании таких процедур. Они могут вытекать из конституции государства, его законов или практики²⁰. Таким образом, вопросы заключения устных международных договоров, их действия, изменения и прекращения в каждом отдельном государстве, как и в отношении письменных международных договоров, определяются его законодательством. Его анализ показывает, что не столь часто можно встретить подобного рода законы или подзаконные акты.

¹⁹ Так, 10-14 августа 1698 г. в Раве-Русской было заключено Равское соглашение — устное соглашение между Петром I и польским королем и саксонским курфюрстом Фридрихом Августом II о совместных военных действиях против Швеции. См.: Советская историческая энциклопедия. Т.12. М., 1968. С. 415. 1 мая 1697 г. в Пиллау было заключено устное соглашение между Россией и Пруссией о взаимодействии в вооруженной борьбе со Шведами [Мартенс Ф.Ф., 1996: 280]; [Dörr O., Schmalenbach K., 2012: 51].

²⁰ Guidelines of the inter-american juridical committee for binding and non-binding agreements... P. 6.

Отечественное законодательство таких процедур не предусматривает, как и упоминания устных международных договоров, так как они не входят в предмет его правового регулирования. По мнению И.И. Лукашука, договоры не в письменной форме остались за пределами Федерального закона 1995 г., что может вести к осложнениям. Чтобы избежать этого, целесообразно признать, что данный Закон применяется к устным соглашениям в той мере, в какой это возможно [Лукашук И.И., 2004: 394]. Важно здесь помнить и положения ст. 3 Конвенции 1969 г. о применении к международным соглашениям, заключенным не в письменной форме, любых предусмотренных данной Конвенцией норм, вытекающих из общего международного права.

Право заключать устные международные договоры, как и порядок его реализации пока носят обычно-правовую природу. Однако в ч. 4 ст. 15 российской Конституции международный обычай не упоминается. Вместе с тем там говорится об общепризнанных принципах и нормах международного права. Как известно, формой таких принципов и норм является в основном международный обычай, в том числе касающийся устных договоров. Различие в обычно-правовом и договорном понимании понятий «общепризнанные принципы и нормы международного права» проясняет положение п. 1 Декларации о принципах международного права 1970 г. Согласно его положениям каждое государство обязано добросовестно выполнять обязательства, вытекающие из международных договоров, действительных согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Советский Союз признавал и поддерживал использование понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права»²¹.

Таким образом, по нашему мнению, в ч. 4 ст. 15 Конституции (в первом ее предложении), как и в целом в международном праве, под общепризнанными принципами и нормами международного права следует понимать нормы обычного международного права. В соответствии с такими нормами заключаются, действуют и прекращают действие и устные международные договоры. С отдельными исключениями под общепризнанными принципами могут пониматься и общие принципы права, которые затрагивают сферу устных договоров. В этой статье Конституции под международными

²¹ См.: Закон от 6 июля 1978 года № 7770-IX «О порядке заключения, исполнения и денонсации международных договоров СССР». Available at: URL: <https://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=1515#XvkytYUy12c07frI> (дата обращения: 30.12.2024)

ми договорами можно понимать и устные международные договоры. Они, на взгляд автора статьи, имеют такую же правовую природу, что и письменные договоры России, и являются составной частью российской правовой системы.

Необходимо заметить, что многие из современных международных обычаев, содержащих общепризнанные принципы и нормы международного права, ранее признавались предшественниками РФ, а ныне признаются ею самой. Международные обычаи, касающиеся права устных международных договоров (как и доставшиеся современной России в наследство от СССР и Российской империи, так и другие международные обычаи), по-прежнему являются одним из средств правового регулирования как в пределах российской территории, так и за ее границами, где распространяется ее юрисдикция. СССР довольно редко отказывался от обычных норм международного права, сформировавшихся в период дореволюционной России. Российская Федерация также не отказывалась от международных обычаев, сформировавшихся в период Советского Союза.

Рассматривая вопрос о соотношении устных международных договоров и российских законов применительно к содержанию второго предложения ч. 4 ст. 15 Конституции (по которому если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора), важно обратить внимание, что государства стремятся, чтобы положения устных договоров априори не противоречили их законам. Следует избегать таких ситуаций. Иначе такие договоры обычно требовали в государствах—участниках ратификации, придания тем самым им гласности, что, естественно, несовместимо с характером и необходимостью заключения такого рода обычно конфиденциальных договоров.

Сказанное применимо и к отечественному законодательству. Хотя Федеральный закон 1995 г. посвящен письменным международным договорам, на взгляд автора, заключение устных договоров, исполнение которых требует изменения действующих или принятия новых федеральных законов, а также которые устанавливают иные правила, чем предусмотренные законом, обязательно предполагает необходимость их ратификации. Не следует заключать устных международных договоров и по иным вопросам, соглашения по которым согласно российскому законодательству также потребовали бы ратификации. Как известно, каждое государство самостоятельно устанавливает свод международных договоров, подлежащих ратификации.

Если, например, появилась необходимость заключения устного международного договора по важным вопросам, противоречащего законодательству какой-либо стороны договора или всех его участников, то его вступление в силу обычно потребовало бы внесения необходимых изменений в национальное законодательство или ратификации договора. Иначе устный договор не мог бы считаться заключенным.

Если у главы государства появляется необходимость заключить устный международный договор, противоречащий нормативному акту более низкого, чем межгосударственный уровень, например, межправительственному или ведомственному акту, то, на наш взгляд, это возможно. Вместе с тем это потребует необходимых изменений в таких правовых актах. Иначе их реализация на внутригосударственном уровне будет весьма затруднительной. Следует избегать такого рода коллизий.

Чтобы повысить действенность применения устных международных договоров, целесообразно внести изменения в Федеральный закон 1995 г. и иные нормативные акты, регулирующие данную сферу. Такие изменения в законодательстве могли бы подтвердить правомерность заключения устных договоров. Кроме того, они бы отразили специфические стороны их заключения, выполнения и прекращения. Возможен и более простой вариант — внести в ст. 3 данного Закона («Международные договоры Российской Федерации») следующие положения:

«3. В силу того, что настоящий Федеральный закон не применяется к международным соглашениям не в письменной (устной) форме, его положения не затрагивают:

- а) юридической силы таких соглашений в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права;
- б) применения к ним положений настоящего Федерального закона, вытекающих из норм общего международного права».

Данные изменения в законодательстве также позволят России более гибко осуществлять международную правотворческую деятельность, использовать все возможные в каждой ситуации правовые средства. Это не только упорядочит вопросы, связанные с устными международными договорами, но и позволит предупредить ошибки при их заключении. Внутригосударственное регулирование вопросов, связанных с устными международными договорами России, будет способствовать расширению практики их заключения с зарубежными партнерами, повышению привлекательности и авторитета этого источника права на международной арене.

Кроме того, и мировому сообществу потребуются предпринять совместные усилия в данной области. Как по объективным, так и по субъективным причинам кодификация норм обычного международного права, связанных с устными международными договорами, как и внесение соответствующих изменений в Конвенцию 1969 г. весьма затруднительны. Это обусловлено различным отношением государств к данному вопросу, организационными препятствиями, отсутствием по многим аспектам заключения устных международных договоров общепризнанной практики, а также с недостаточным развитием соответствующих теоретических положений.

Вместе с тем Комиссия международного права в состоянии разработать проект Выводов, касающихся устных международных договоров, который мог бы в дальнейшем быть принят во внимание и рекомендован ООН посредством резолюции Генеральной Ассамблеи. В данном документе могли бы найти отражение прогрессивные нормы, призванные упорядочить процесс заключения устных договоров, требования, предъявляемые к данному источнику международного права. Проект Выводов мог бы стать основой для дальнейшего формирования всеобщей практики использования государствами в необходимых ситуациях устных международных договоров.

Заключение

Исследование вопросов, связанных с устными международными договорами и практикой их заключения, показывает, что такие договоры являются одним из древнейших источников международного права, в том числе свойственным современной России. Несмотря на не столь широкое по сравнению с письменными договорами распространение устных договоров, они во многих случаях остаются одним из средств правового регулирования межгосударственных отношений.

В законодательстве России отсутствуют нормы, посвященные устным международным договорам, процедуре их заключения, действия, изменения и прекращения, иным вопросам, которые имеют отношение к таким договорам. Вместе с тем устные договоры, несомненно, являются составной частью российской правовой системы.

Право России и других государств на заключение такого рода договоров, а также процедура их заключения и дальнейшее функционирование основывается на общепризнанных принципах и нормах международного права, существующих в форме международного обычая и общих принципов права, которые являются составной ча-

стью правовой системы России (как это предусмотрено в Конституции). Данное право основывается на общепризнанном принципе права — свободе договоров.

Устные договоры не запрещены ни российским законодательством, ни международным правом, в частности, Конвенцией 1969 г., участником которой ранее являлся СССР, а ныне в рамках правопродолжательства — Российской Федерации. Такого рода договоры подтверждены ее положениями как возможная форма международных договоров.

Наряду с письменными договорами в ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации под международными договорами понимаются и устные международные договоры. Кроме того, является правопродолжателем в отношении устных международных договоров, заключенных СССР и Российской империей. Многие из них уже не действуют, но сыграли свою историческую роль.

Россия является правопреемником в отношении ранее сформировавшихся международных обычаев, касающихся в том числе и порядка заключения, действия, изменения и прекращения действия устных международных договоров. Наблюдается процесс дальнейшего формирования международных обычаев, регулирующих данную сферу. Однако для упорядоченности заключения устных международных договоров целесообразно внести изменения в Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 г. и подзаконные акты, регулирующие данную сферу. Это позволит более гибко осуществлять международную правотворческую деятельность, использовать все возможные в каждой ситуации международно-правовые средства. Решению этой задачи будет способствовать и более пристальное обращение к изучению этого источника международного права в высших образовательных организациях страны²².



Список источников

1. Буткевич О.В. У истоков международного права. СПб: Юридический пресс центр, 2008. 881 с.
2. Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В. Международное право. М.: Юрайт, 2019. 560 с.
3. Данельян А.А., Егоров С.А. (ред.) Международное право. М.: Проспект, 2023. 752 с.

²² В настоящее время устные договоры рассматриваются только в учебнике международного права под редакцией А.А. Данельяна и С.А. Егорова [Данельян А.А., Егоров С.А., 2023: 752].

4. Кожевников Ф.И. Русское государство и международное право (до XX века). М.: Юридическое издательство, 1947. 336 с.
5. Коровин Е.А. (ред.) Международное право. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1951. 600 с.
6. Лихачев Д.С. Русские летописи и их культурно-историческое значение. М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1947. 499 с.
7. Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Том I. Заключение международных договоров. М.: Волтерс Клувер, 2004. 658 с.
8. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1. М.: Юридический колледж МГУ, 1996. 313 с.
9. Наумкин В.В. (ред.) СССР и страны Востока накануне и в годы Второй Мировой войны. М.: Институт востоковедения РАН, 2010. 460 с.
10. Талалаев А.Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М.: Юрид. лит., 1997. 334 с.
11. Талалаев А.Н. Юридическая природа международного договора. М.: МГИМО, 1963. 264 с.
12. Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
13. Dörr O., Schmalenbach K. Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary. Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag, 2012. 1423 p.
14. Li Haopei. An Introduction to the Law of Treaties. Beijing: Law Press of China, 1987. 286 p.
15. Lipson Ch. Why are some International Agreements Informal? International Organization, 1991, vol. 45, no. 4, pp. 495–538.
16. Qin Xiaocheng. Oral International Agreement and China's Relevant Practice. Chinese Journal of International Law, 2005, vol. 4, issue 2, pp. 465–480.
17. Ullmann E. Völkerrecht. Tübingen: Mohr, 1908. VIII, 555 p.



References

1. Butkevich O.V. (2008) *At the Origins of International Law*. Saint Petersburg: Yuridicheskii center press, 881 p. (in Russ.)
2. Chernichenko S.V. (2014) *Contours of international law*. Moscow: Nauchnaya kniga, 592 p. (in Russ.)
3. Dörr O., Schmalenbach K. (2012) Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary. Berlin — Heidelberg: Springer, 1423 p.
4. Getman-Pavlova I.V., Postnikova E.V. (2019) International Law. Moscow: Yurait, 560 p. (in Russ.)
5. International law: textbook (1951) E.A. Korovin (ed.) Moscow: Gosudarstvennoe izdatelstvo yuridicheskoi literatury, 600 p. (in Russ.)
6. International law: textbook (2023) A.A. Danelyan, S.A. Egorov (eds.). Moscow: Prospekt, 752 p. (in Russ.)
7. Kozhevnikov F.I. (1947) *Russian State and International Law (before the 20th Century)*. Moscow: Yuridicheskoe izdatelstvo, 336 p. (in Russ.)
8. Li Haopei (1987) An Introduction to the Law of Treaties. Beijing: Law Press of China, 286 p.

9. Lihachev D.S. (1947) *Russian Chronicles and their Cultural and Historical Significance*. Moscow — Leningrad: Academy of Sciences, 499 p. (in Russ.)
 10. Lipson Ch. (1991) Why are Some International Agreements Informal? *International Organization*, vol. 45, no. 4, pp. 495–538.
 11. Lukashuk I.I. (2004) *Modern law of international treaties. Conclusion of international treaties*. Vol. 1. Moscow: Wolters Kluwer, 658 p. (in Russ.)
 12. Martens F.F. (1996) *Modern international law of civilized peoples*. Moscow: University Press, 313 p. (in Russ.)
 13. Naumkin V.V. et al. (2010) SSSR and the Eastern states on the Eve and in period of the Second World War. Moscow: Nauka, 460 p. (in Russ.)
 14. Qin Xiaocheng (2005) Oral International Agreement and China's Relevant Practice. *Chinese Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 465–480.
 15. Talalaev A.N. (1963) *Legal Nature of an International Treaty*. Moscow: MGIMO, 264 p. (in Russ.)
 16. Talalaev A.N. (1997) Vienna Convention on the Law of Treaties. Commentary. Moscow: Yurid. lit., 334 p. (in Russ.)
 17. Ullmann E. (1908) *Völkerrecht*. Tübingen: Mohr, VIII, 555 p.
-

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 20.03.2025; одобрена после рецензирования 26.05.2025; принята к публикации 23.07.2025.

The article was submitted to editorial office 20.03.2025; approved after reviewing 26.05.2025; accepted for publication 23.07.2025.

Научная статья

УДК: 341.1/8

JEL: K33

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.205.225

Развитие международного морского права после Конвенции 1982 года



Галина Георгиевна Шинкарецкая

Институт государства и права Российской академии наук, Россия 119019, Москва, ул. Знаменка, 10,

gshink@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7459-1120>



Аннотация

Конвенцию ООН по морскому праву 1982 года нередко называют «Конституцией океанов»: она регулирует все виды использования Мирового океана и признана практически всеми государствами. Прошедшие полвека были временем интенсивного развития технологий и появления новых видов морской деятельности; потепление климата привело к подъему уровня моря и изменению делимитации во многих местах. Необходимо внесение поправок. Самым действенным средством являются ежегодные совещания государств-участников Конвенции, в которых принимают участие и государства, не участвующие в Конвенции, и международные организации. Совещание обсуждает отчеты органов, созданных Конвенцией, и это способствует выработке общего мнения. Принимаются также имплементационные соглашения. В ходе последнего по времени Совещания было отмечено, что растущее количество дел на рассмотрении Международного трибунала по морскому праву свидетельствует о доверии, которое ему оказывают государства. Отмечена также важность работы Органа по морскому дну, в мандат которого входит осуществление концепции общего наследия человечества, по разработке нормативной базы добычи минеральных ресурсов в Районе. Обсуждению подвергся также новый, не урегулированный Конвенцией вопрос, — о сохранении придонной среды в процессе разработок морского дна. Объектом обсуждения стали проблемы правопорядка в Северном Ледовитом океане, который в ходе Третьей конференции ООН по морскому праву был оставлен без внимания, поскольку тогдашняя ледовая обстановка не привлекала внимания к Арктике. Теперь, вследствие таяния полярных льдов, популярной стала идея распространения на Арктику общего морского правопорядка. По мнению автора статьи, это не соответствует междуна-

родному праву: Конвенцию ООН по морскому праву следует квалифицировать как замкнутый договорный режим. Это обособленная часть международного права, и содержащиеся в ней нормы в принципе не распространяются на Северный Ледовитый океан. В целом же процесс внесения изменений в правовопорядок, установленный Конвенцией — это обычно-правовое развитие договорных положений.



Ключевые слова

Конвенция ООН по морскому праву; Мировой океан; правовопорядок; Международный трибунал по морскому праву; Комиссия ООН по границам континентального шельфа; Международный орган по морскому дну; Совецание участников Конвенции.

Для цитирования: Шинкарецкая Г.Г. Развитие международного морского права после Конвенции 1982 года // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 205–225. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.205.225

Research article

Development of the Law of Sea after the UNCLOS 1982



Galina G. Shinkaretskaya

Institute of State and Law, 10 Znamenka Str., Moscow, Russia 119019,
gshink@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-7459-1120>



Abstract

The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea is often referred to as the “Constitution of the Oceans”: it regulates all uses of the oceans and is recognized by almost all States. The past half century has been a time of intense technological development and new types of marine activities have emerged; climate warming has led to sea level rise and a change in delimitation in many places. Amendments are needed. The most effective means is the annual meetings of the States parties to the Convention, which are attended by both States not parties to the Convention and international organizations. The Meeting discusses the reports of the bodies established by the Convention, and this contributes to the development of a common opinion. Implementation agreements are also being adopted. During the most recent Meeting, it was noted that the growing number of cases pending before the Tribunal attests to the trust placed in it by States. Regarding the Seabed Authority, whose mandate includes the implementation of the concept of the common heritage of mankind, the importance of the Authority’s work on the development of a regulatory framework for the extraction of mineral resources in the Area was noted. A new issue, not regulated by the Convention norms, was also discussed — the preservation of the bottom environment in the process of seabed mining. The subject of discussion was the problems of law and order in the Arctic Ocean, that was ignored during the Third Conference because the ice conditions at that time made the issue unimportant one. Now, given the melting of the polar ice caps, the idea of extending the general maritime law and order to the Arctic has become popular. In

our opinion, this does not comply with international law. The UN Convention on the Law of the Sea should be qualified as a closed contractual regime. This is a separate part of international law and the norms contained in it, in principle, do not apply to the Arctic Ocean. In general, the process of making changes to the legal order established by the Convention is usually the legal development of contractual provisions.



Keywords

United Nations Convention on the Law of the Sea; oceans; rule of law; International Tribunal for the Law of the Sea; United Nations Commission on Limits of Continental Shelf; International Seabed Authority; Meeting of the Parties to the Convention.

For citation: Shinkaretskaya G.G. (2025) Development of the Law of Sea after the UNCLOS 1982. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 205–225 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.205.225

Введение

Заключение Конвенции ООН по морскому праву в 1982 г. (далее — Конвенция) было беспрецедентным событием: человечество, можно сказать, самому себе удивилось, что оказалось способно на такое сотрудничество и на принятие такого документа. В рамках Третьей конференции ООН по морскому праву над Конвенцией трудились в течение 15 лет практически все государства мира. Конференция была организована как никакая другая ни до, ни после: никаких голосований, никаких официальных документов, все проекты и предложения неформальны, причем на предварительные документы или переговоры ссылаться было нельзя, а оговорки к принятым документам не разрешались. Это значит, что царствующим принципом был консенсус: нужно вести переговоры, пока не будут гарантированы все интересы, или, по крайней мере, не будут достигнуты все возможные компромиссы [Колодкин А.Л., 2007: 15].

История создания и применения Конвенции показывают, что при добросовестном намерении прийти к соглашению все возможно, пусть путем длительных, изматывающих переговоров. В результате был создан документ из тысячи статей и его действие распространяется на две трети поверхности нашей планеты.

1. Основные характеристики Конвенции

Конвенция вступила в силу 16 ноября 1994 года, через 12 месяцев после сдачи Гайаной на хранение Генеральному секретарю ООН 60-

го документа о ратификации. Конвенция открыта для подписания как государствами, так и другими субъектами в соответствии со ст. 303 (1). Кроме членов ООН, Конвенцию ратифицировали: Намибия, представленная Советом ООН по Намибии; все самоуправляющиеся ассоциированные государства, которые избрали данный статус в результате акта самоопределения, осуществляемого под наблюдением и с одобрения ООН в соответствии с резолюцией 1514 (XV) Генеральной Ассамблеи¹; самоуправляющиеся ассоциированные государства, которые обладают компетенцией в вопросах, регулируемых Конвенцией; все территории, которые пользуются полным внутренним самоуправлением, признанным в качестве такового ООН, но не достигли полной независимости в соответствии с Резолюцией 1514-й (XV) Генеральной Ассамблеи; международные организации в соответствии с Приложением IX «Участие международных организаций». Всего в настоящий момент в Конвенции участвует 170 государств и Европейский союз.

Характерная черта Конвенции — ее всеобъемлющий характер [Churchill R.R., 2019: 450]. Регулированию подлежат все морские пространства, кроме Арктики, и все виды деятельности в Мировом океане. В свете ее всеобъемлющего характера Конвенцию часто называют «конституцией Мирового океана». В структурном плане Конвенция разделена на 17 частей. Первые 11 частей устанавливают правовые режимы, регулирующие отдельные категории морских пространств: внутренние воды, территориальное море, воды архипелагов, исключительную экономическую зону и открытое море. Выделение этих пространств характеризуется наделением прибрежного государства права на осуществление в них суверенных прав или суверенитета.

Еще одна группа морских пространств характеризуется распространением на них специальных правовых режимов. Это — прилежащая зона, международные проливы, континентальный шельф и Район (все дно Мирового океана за пределами континентальных шельфов и его недр). Как отмечает И. Танака, структура морского права была преобразована из дуалистической (в каждом пространстве все сообщество государств зависит от одного прибрежного государства) в множественную, определяя права и полномочия всех пользователей морем [Tanaka Y., 2012: 134].

¹ Декларация о предоставлении независимости колониальным странам и народам. Принята резолюцией 1514 (XV) Генеральной Ассамблеи 14.12. 1960.

1.1. Необходимость и возможность изменения Конвенции

В целом Конвенция более или менее успешно действует уже почти полвека. Однако современный мир совсем другой в сравнении с тем, в котором она была создана. Документ, сформулированный в 1970-х годах, уже не полно соответствует действительности [Harrison J., 2023: 216]. Причина кроется прежде всего в развитии технологий. Сейчас в морской деятельности используются технологии, о которых 50 лет назад никто и не слышал. Это ведет к неопределенности в понимании того, как эти технологии должны регулироваться международным правом. Именно развитие технологий привело к расширению и появлению целых новых областей морской деятельности. Ныне значительную роль играют спутниковая связь, спутниковая навигация, дистанционное зондирование Земли, в том числе океанов из космоса [Виноградова Е.В., Полякова Т.А., 2021: 33].

В последние годы появилась очень серьезные проблемы потепления климата, подъема уровня моря и, возможно, грядущего преобразования большей части делимитационных положений Конвенции. По мере развития мира разработчикам морской политики необходимо находить способы достижения нового, действенного и устойчивого регулирования морской деятельности [Вылегжанин А.Н., Гаврилов В.В., 2023: 21].

В настоящее время выявляются некоторые наиболее очевидные проблемы [Klein N., 2021: 278]: 1) управление данными в связи с активным развитием Интернета; 2) поиск согласования различных правовых систем и разных подходов к морской политике, без чего невозможно международное сотрудничество; 3) устранение пробелов в законодательстве разных стран; 4) налаживание международного сотрудничества и координации; 5) преодоление политических барьеров и геополитической напряженности, порождаемых противоречащими друг другу государственными интересами и приоритетами; 6) всемерный учет этических и социально-экономических доводов (вопросы, связанные с конфиденциальностью, справедливостью, согласием и потенциальными непредвиденными последствиями для морских экосистем и сообществ).

Формальная возможность внесения поправок в Конвенцию предусмотрена, но структура соответствующих статей не дает большой свободы действий. Процедуры внесения поправок изложены в ст. 312–316. По статье 312 по истечении 10 лет с даты вступления Конвенции в силу государство-участник вправе предложить, направив письменное сообщение в ООН Генеральному секретарю,

поправки к Конвенции, кроме тех, которые касаются деятельности в Районе. Генеральный секретарь должен распространить такое сообщение среди всех государств-участников; если не менее половины государств-участников положительно ответят на запрос в течение 12 месяцев, Генеральный секретарь должен созвать Конференцию. Конференция должна приложить все усилия для достижения согласия по любым поправкам путем консенсуса. Как бы ни была принята поправка, для вступления ее в силу необходимы ратификации или присоединение двух третей всех государств-участников или шести-десяти из них.

Упрощенная процедура предусмотрена в ст. 313: заинтересованное государство направляет через Генерального секретаря соответствующее предложение всем участникам Конвенции, что делает возможным внесение поправок в Конвенцию без созыва конференции. Однако такое предложение может быть отклонено, если выдвинуто хотя бы одно возражение. Жесткое ограничение поставлено в п. 6 ст. 311: не должно быть никаких поправок, относящихся к основному принципу общего наследия человечества, изложенному в ст. 136, и государства-участники не должны являться стороной какого-либо соглашения в нарушение указанного положения. Однако п. 2 говорит, что Конвенция не изменяет прав и обязательств государств-участников, которые вытекают из других соглашений, совместимых с Конвенцией, и которые не влияют на осуществление другими участниками их прав или выполнение их обязательств в соответствии с Конвенцией.

В ст. 309 и 310 сделана попытка урегулировать один из самых трудных в праве международных договоров вопрос [Лукашук И.И., 2004: 433], а именно — вопрос об оговорках (хотя попытка оказалась не самой успешной). В ст. 2 Венской конвенции о праве международных договоров (1969) оговорка определяется как одностороннее заявление в любой формулировке и под любым наименованием, сделанное государством при подписании, ратификации, принятии или утверждении договора или присоединении к нему, посредством которого оно желает исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора в их применении к данному государству. В ст. 309 Конвенции сказано твердо: «Никакие оговорки к настоящей Конвенции или исключения из нее не могут делаться, кроме случаев, когда они явно допустимы в соответствии с другими статьями настоящей Конвенции». Значит, если оговорки запрещены, исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора никакой участник Конвенции не может.

Однако согласно ст. 311 (4) два или более государства-участника могут заключать соглашения, изменяющие или приостанавливающие действие ее положений, при условии, что такие соглашения не приведут к отступлению от эффективного осуществления объекта и цели Конвенции. Более того, такие соглашения не затрагивают применения основных принципов, закрепленных в ней, и положения таких соглашений не затрагивают осуществления другими государствами-участниками их прав и выполнения ими их обязательств по Конвенции. Государства-участники, намеревающиеся заключить такое соглашение, обязаны уведомить других участников через депозитария Конвенции о своем намерении заключить соглашение и о внесении изменений или приостановлении действий, которые оно предусматривает в соответствии со ст. 311(4).

Ситуация осложняется положениями ст. 310, которая позволяет государствам делать заявления с целью, в частности, приведения национальных законов и нормативных актов в соответствие с положениями Конвенции. В ней говорится, что кроме оговорок, государства могут использовать также заявления для уточнения своего отношения к Конвенции: запрет оговорок «не препятствует государству при подписании, ратификации настоящей Конвенции или присоединении к ней выступать с декларациями или заявлениями в любой формулировке и под любым наименованием с целью, среди прочего, приведения своих законов и правил в соответствие с положениями настоящей Конвенции, при условии, что такие декларации или заявления не предполагают исключения или изменения юридического действия положений настоящей Конвенции в их применении к этому государству». Значит, заявления не должны быть направлены на исключение или изменение юридической силы положений Конвенции в их применении к данному государству [Malanczuk P., 1997: 467].

На практике запрещение оговорок вкупе с разрешением заявлений создают запутанные ситуации. Иногда бывает трудно провести различие между заявлением или констатацией и оговоркой, запрещенной Конвенцией. Например, подобная ситуация образовалась в споре между Румынией и Украиной в 2009 году. Спор касался делимитации пространств Черного моря², и Румыния сделала заявление: островок Змеиный, который принадлежал Украине, не должен учитываться при проведении исходных линий: «Румыния заявляет, что в соответствии с требованиями справедливости, вытекающими

² Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine). Judgment of 3 February 2009. ICJ Rep, 2009. P. 19.

из ст. 74 и 83 Конвенции по морскому праву, необитаемые острова, на которых отсутствует экономическая жизнь, никоим образом не могут повлиять на делимитацию морских пространств, принадлежащих материковым берегам прибрежных государств». Это явная отсылка к ст. 7 Конвенции, где говорится о том, что в отдельных случаях могут приниматься в расчет особые экономические интересы данного района, реальность и значение которых ясно доказаны их длительным осуществлением (п. 5), а также что высыхающие только при отливе возвышения принимаются во внимание как часть берега, если на них возведены маяки или подобные сооружения, находящиеся всегда над уровнем моря (п. 4). Змеиный, несмотря на крошечные размеры, находился постоянно над уровнем моря, но не использовался людьми. По сути, заявление Румынии было актом толкования Конвенции [McDougal M.S., 1987: 389].

И. Синякин и А. Шаронина справедливо отмечают, что недостатком запрета, закрепленного статьями о поправках к Конвенции, является свойственная всей Конвенции «рамочность»: отсутствует четкий критерий, несоответствие которому делает заявление недозвоненной оговоркой³.

Ясно, что в процессе толкования Конвенции заявления могут иметь те же последствия, что и оговорки.

В свете этих трудностей не удивительно, что до сих пор не предпринималось попыток использовать процедуры внесения поправок и оговорок. Однако режим, заложенный Конвенцией, меняется. Перемены можно проследить по двум направлениям: путем принятия имплементационных соглашений [Nordquist M.H., 2003: 532]; путем обсуждения особенностей действующих положений Конвенции на всеобщих совещаниях ее участников.

1.2. Имплементационные соглашения

Такие соглашения стали появляться вскоре после принятия Конвенции, еще до вступления ее в силу, и выразились в двух имплементационных соглашениях.

Первое из них — Соглашение 1994 года об осуществлении Части XI Конвенции, принятое Генеральной Ассамблеей ООН 28 июля 1994 года. Суть дела состояла в том, что Частью XI Конвенции все дно Мирового океана за пределами континентальных шельфов го-

³ Синякин И.И., Шаронина А.М. Правомерность недопустимых заявлений государств (на примере конвенции ООН по морскому праву) // Available at: URL: <https://inter-legal.ru/o-zhurnale> (дата обращения: 19.05.2025)

сударств и его недра были объявлены «общим наследием человечества». Это было довольно неуклюжей попыткой развивающихся стран запретить односторонние устремления промышленно развитых стран начать казавшуюся тогда очень соблазнительной добычу некоторых полезных ископаемых, которые выпадают из морской воды в виде камней (казалось, что очень выгодно вычерпывать их драгой). Статус «общего наследия человечества» обязывал всех участников Конвенции подчиниться создаваемой международной организации — Органу по морскому дну, который бы управлял разведкой ископаемых и раздачей соответствующих квот на их добычу, а часть прибыли от добычи шла бы развивающимся странам, которые добывают те же ископаемые на суше.

Крайняя юридическая непроработанность концепции насторожила многие страны. Крупные развитые государства, включая США, выразили решительное несогласие с режимом, регулирующим глубоководную деятельность на морском дне, изложенным в Части XI, и эти государства отказались участвовать в Конвенции. В целях содействия как можно большей ратификации Конвенции было принято имплементационное соглашение⁴. Его принятие действительно способствовало ратификации Конвенции развитыми государствами (Германией, Японией, Францией, Италией, Нидерландами и Соединенным Королевством). Главное изменение, внесенное в режим использования морского дна (в противовес принципу, согласно которому ресурсы Района являются общим наследием человечества) — Соглашение предусматривало, что освоение ресурсов Района осуществляется в соответствии с разумными коммерческими принципами.

Второе — это Соглашение по рыбным запасам (1995) [Бекашев К.А., 2011: 40–47]. Оно направлено на разработку положений, касающихся сохранения рыбных запасов и управления ими, предусмотренных в частях V и VII Конвенции.

Продолжением этого Соглашения стали события, связанные с идеей сохранения биологического разнообразия в открытом море. 19.06.2023, после 20 лет напряженных обсуждений, Межправительственная конференция единогласно приняла Соглашение в рамках Конвенции ООН по морскому праву о сохранении и устойчивом использовании морского биоразнообразия в районах за пределами

⁴ Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10.12.1982. Принято резолюцией 48/263 Генеральной Ассамблеи 28.07.1994.

действия национальной юрисдикции. 1.08.2023 Генеральная Ассамблея ООН провела пленарное заседание для принятия резолюции по данному Соглашению при поддержке 150 из 193 государств-членов⁵. С 20.09.2023 Соглашение открыто для подписания в течение двух лет и вступит в силу через 120 дней после того, как не менее 60 государств-членов подадут документы о ратификации, одобрении, принятии или присоединении.

Главное содержание Соглашения: предусматривается создание морских охраняемых территорий в международных водах. Кроме того, предлагается установить правила, регулирующие потенциально разрушительные виды морской деятельности, включая глубоководную добычу ресурсов. Самое главное, с точки зрения автора — что все основные решения будут приниматься не отдельными государствами, а на конференциях. Первая такая конференция должна состояться в течение года после вступления Соглашения в силу. На ней будут определены основные механизмы управления, а также созданы органы, ответственные за рассмотрение и реализацию предложений об охране морских экосистем.

Российская Федерация считает данное Соглашение неприемлемым и не подписала его⁶. Тем не менее Соглашение уже набрало почти 50 ратификаций. Пока остается важный вопрос: как будут регулироваться отношения между участниками Соглашения и прочими государствами.

2. Совещания государств-участников как продолжение Конференции

Самое важное, с точки зрения автора, явление в пост-конвенционном мире — ежегодное Совещание участников Конвенции. Юридическая природа этого органа довольно неопределенна. Пунктом 2 «е» статьи 319 Конвенции предусмотрено право депозитария, которым назначен Генеральный секретарь ООН, созывать «необхо-

⁵ Соглашение на базе Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву о сохранении и устойчивом использовании морского биологического разнообразия в районах за пределами действия национальной юрисдикции. Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 1.08. 2023. (A/77/L.82). Док ООН 77/321.

⁶ Выступление представителя России в связи с предложением поправки к проекту резолюции ГА ООН «Соглашение о сохранении и устойчивом использовании морского биологического разнообразия за пределами национальной юрисдикции». Available at: URL: https://russiaun.ru/ru/news/unga_010823 (дата обращения: 14.06.2025)

димые совещания государств-участников в соответствии с настоящей Конвенцией». Больше статей или приложений относительно Совещания в Конвенции нет. Оно упоминается только в Приложении VI применительно к Международному трибуналу по морскому праву: по ст. 35 Приложения Совещание выполняет некоторые организационные функции, а именно — проводит выборы членов Международного трибунала по морскому праву и определяет их финансовое обеспечение, а также решает вопросы об условиях и порядке покрытия расходов Трибунала и избирает членов специального Арбитража и Комиссии по границам континентального шельфа.

Первое из совещаний — «Специальное совещание государств-участников», состоялось через неделю после вступления Конвенции в силу и работало 21–25.11.1994⁷. В докладе Первого совещания о причинах его созыва говорилось: «Первое совещание государств-участников Конвенции ООН по морскому праву 1982 года было создано в качестве Специального совещания в соответствии с пунктом 2е статьи 319 Конвенции и рекомендацией Подготовительной комиссии для Международного органа по морскому дну и Международного трибунала по морскому праву⁸.

Генеральный секретарь ООН направил приглашения для участия в этом Совещании всем государствам, которые были или станут участниками Конвенции на дату запланированного Совещания — 21.11.1994. Приглашения для участия в качестве наблюдателей в соответствии с решениями и правилами, принятыми Совещанием Государств-участников, были направлены другим государствам (в том числе не участвующим в Конвенции), международным организациям, указанным в приложении IX и субъектам, указанным в п. с, d и e ст. 305 Конвенции в русле стремления достичь универсального участия в Конвенции, а также положений ст. 2 и 3 Приложения VI.

Таким образом, действия по сбору участников Совещания были произведены Генеральным секретарем ООН, хотя в Конвенции этого и не предусмотрено. В дальнейшем после каждого доклада Совещания Генеральный секретарь заявляет, что «принимает доклад к сведению» и просит Совещание опять собраться через год.

Совещание стало популярным не только среди участников Конвенции, но и всех пользователей Мирового океана. Совещание обычно многочисленно по составу и очень скоро вышло за пределы

⁷ Док ООН SPLOS/3 28 February 1995. Available at: URL: <https://docs.un.org/ru/SPLOS/3> (дата обращения 28.05.2025)

⁸ Док. ООН LOS/PCN/L.115/ Rev.1 (п. 43).

своего мандата; теперь ежегодные отчеты ему подают Международный трибунал по морскому праву, Генеральный секретарь ООН и Комиссия по границам шельфа. Эти отчеты всесторонне обсуждаются, причем к обсуждению допускаются практически все желающие.

Для иллюстрации полезно обратиться к материалам последнего по времени, 34-го Совещания, которое состоялось 10–14.06.2024⁹. Совещание рассмотрело вопросы, предусмотренные его мандатом: административные и бюджетные проблемы Трибунала по морскому праву, заполнение вакансий в Комиссии по границам шельфа, целевые фонды и программы стипендий, гендерный баланс в Бюро совещания. Кроме этого, в повестке дня стояли отчеты Органа по морскому дну, Трибунала по морскому праву и Комиссии по границам шельфа. Эти отчеты не только были заслушаны и приняты к сведению, но и фактически обсуждены по существу.

К сожалению, Совещание, как и многие другие органы ООН, в отчетах и докладах не указывает поименно высказавшихся государств, говоря: «одно государство...», «группа государств...», так что уточнить расстановку сил невозможно; однако общее их соотношение обрисовано убедительно.

Относительно деятельности Международного трибунала по морскому праву Совещание заняло явно одобрительную позицию: многие делегации признали важнейшую роль Трибунала в толковании и применении Конвенции и высоко оценили его вклад в мирное урегулирование споров, в обеспечение глобальной безопасности и верховенства права и в развитие международного права. Было отмечено, что растущее количество дел на рассмотрении Трибунала свидетельствует о доверии, которое ему оказывают государства¹⁰. Была выражена позиция относительно консультативного заключения Трибунала об обязательствах государств в связи с изменением климата¹¹.

Многие делегации положительно отметили Консультативное заключение Трибунала по делу № 31, констатируя предусмотренные Конвенцией обязательства участников по предотвращению, сокращению и сохранению под контролем загрязнения морской среды в

⁹ Конвенция ООН по морскому праву SPLOS/34/12 Совещание государств-участников. Тридцать четвертое Совещание. Доклад тридцать четвертого Совещания.

¹⁰ O'Brien P. The Åland Islands Solution. A precedent for successful international disputes settlement. 2012. Available at: URL: http://legal.un.org/ola/media/info_from_lc/POB%20Aalands%20Islands%20Exhibition%20opening.pdf (дата обращения: 17.06.2025)

¹¹ МТМП. Консультативное заключение от 21.05. 2024 по делу № 31 «Просьба о вынесении консультативного заключения, направленная Комиссией малых островных государств по изменению климата и международному праву».

результате антропогенных выбросов парниковых газов. Было отмечено, что консультативное заключение является исторической вехой и отправной точкой в отношении связанных с изменением климата обязательств государств по Конвенции. Важным существенным элементом обсуждения стало выраженное признание, что антропогенные выбросы парниковых газов могут квалифицироваться как запрещенные Конвенцией по морскому праву¹².

Значительную часть дискуссий заняли вопросы деятельности Органа по морскому дну, в мандат которого входит осуществление концепции общего наследия человечества. Подавляющее большинство участников заявило о приверженности продолжению переговоров в духе доброй воли для создания прочной и всеобъемлющей правовой базы, как это предусмотрено Конвенцией и Соглашением 1994 года. Несколько делегаций признали важность работы Органа по разработке нормативной базы, обеспечивающей правовую определенность добычи минеральных ресурсов в Районе [Зигарев А.В., 2024: 166 – 171].

Генеральный секретарь Органа заявил о решимости вносить вклад в достижение целей Соглашения о биоразнообразии за пределами национальной юрисдикции, в том числе на основе межведомственного сотрудничества и координации. Многие делегации подчеркнули, что добыча в Районе может начаться только при необходимой нормативной базе, обеспечивающей защиту морской среды. Несколько делегаций также выразили обеспокоенность недостаточным количеством научных знаний о последствиях такой деятельности. Ряд делегаций обратился с призывом ввести мораторий или выдержать «паузу из соображений предосторожности» в отношении добычной деятельности в Районе, пока не будет получена солидная научная информация для оценки потенциальных экологических последствий и не будет принята надежная правовая база, содержащая необходимые экологические гарантии. С такими призывами обратились 26 государств.

Вопросы экологической безопасности при разработке морского дна действительно оказались острыми, чего не ожидали 50 лет назад, когда морское дно казалось неисчерпаемой сокровищницей. За время изучения морского дна в придонном слое ученые предполагают жизнь 5 580 видов животных, из которых официально названы только 438. Их можно разделить на 49 классов, 163 отряда, 501 семейство и 1 119 родов. Из названных видов, перечисленных в списке, только шесть зарегистрированы как обитающие за пределами Международ-

¹² Конвенция ООН по морскому праву SPLOS/34/12 Совещание государств-участников. Тридцать четвертое Совещание... П. 124.

ного района морского дна. Значит, большинство перечисленных не идентифицированных видов также являются эндемиками региона¹³.

Интересные события развернулись в ходе обсуждения отчета Комиссии по границам континентального шельфа. Комиссия работает весьма интенсивно. Общее число рекомендаций, вынесенных Комиссией в процессе решения вопросов о возможности расширения государствами их шельфов, достигло 40, но промежуток времени между подачей рекомендаций и учреждением соответствующей подкомиссии составляет более 14 лет. Ряд делегаций выразил мнение, что отставание является результатом того, что на этапе согласования текста Конвенции трудность задач и объем работы Комиссии были недооценены. Акцентировались последствия задержек в осуществлении ст. 76 Конвенции, в том числе для правовой определенности в отношении внешних границ континентального шельфа и Района, делимитации морских границ в районах наложения шельфа одного государства на шельф другого и планов освоения.

Одно из государств поставило вопрос о правомерности ограничительных линий для определения внешней границы подводной окраины материка на основе Заявления о взаимопонимании относительно метода, который следует применять при установлении внешней границы подводной окраины материка, сопровождающего Заключение Третьей конференции ООН по морскому праву. Это явное вторжение в критерии делимитации морских границ, которые до сих пор воспринимались как общепринятые. Такое обсуждение может иметь значительные последствия в связи с подъемом уровня Мирового океана и наступления его на сушу.

Интересные подробности выяснились относительно права обращения в Комиссию государств, не участвующих в Конвенции. В Докладе Сопровождающего сказано завуалированно: «Одна из делегаций-наблюдателей напомнила, что ее правительство объявило о внешних границах своего континентального шельфа за пределами 200 морских миль и подготовило представление в Комиссию на основании статьи 76 Конвенции, которая отражает нормы обычного международного права, а также научно-технического руководства Комиссии. Делегация добавила, что была бы благодарна за рассмотрение ее предложения Комиссией».

Эта неназванная делегация выразила мнение: все прибрежные государства пользуются неотъемлемыми правами на континенталь-

¹³ Available at: URL: <https://www.raise-ranepa.ru/270525/novosti-mezhdunarodnyj-organ-po-morskemu-dnu/> (дата обращения: 29.05.2025)

ный шельф и в соответствии с Конвенцией Комиссии предписано выносить рекомендации и поставлять консультации всем прибрежным государствам, а не только государствам-участникам. Отметив, однако, что не все участники придерживаются единого мнения о том, следует ли Комиссии рассматривать представления, подаваемые государствами, не являющимися участниками, эта делегация пояснила, что она направит свое представление в Комиссию после того, как станет участником Конвенции.

Обсуждение ситуации было довольно бурным: одни делегации считали эти действия позитивным вкладом в урегулирование разграничения шельфа и выражали надежду, что данный наблюдатель вскоре станет участником Конвенции. Две делегации возразили против заявления наблюдателя, указав, что оно не имеет силы и является серьезным нарушением международного права, и добавив, что государства, не являющиеся участниками Конвенции, не могут избирательно пользоваться правами ее участников, уклоняясь при этом от выполнения налагаемых ею обязанностей.

Хотя государство не названо в Докладе, нетрудно догадаться, что речь идет о США, поскольку американское законодательство 2000-х гг. неоднократно подвергалось критике, в частности, российскими специалистами и российским Министерством иностранных дел. На том же 34-м Совещании представитель России С.А. Леонидченко заявил: «В декабре 2023 года США без обращения в КГКШ объявили об установлении внешних границ своего континентального шельфа за пределами 200 морских миль от исходных линий, от которых отмеряется ширина территориального моря, в семи районах Мирового океана. Совокупная площадь морского дна, на которую США в одностороннем порядке заявили свои права, составляет около 1 млн. кв. км.»¹⁴.

Решения совещаний не являются официальными поправками. Тем не менее, есть основания полагать, что эти решения имеют практический результат в виде внесения изменений в некоторые положения Конвенции.

3. Арктика

Это один из немногих регионов, судьба которого определяется именно в настоящее время. Регион всегда считался недоступным из-за ледовой обстановки. Однако он активно использовался местным

¹⁴ Available at: URL: <https://russiaun.ru/news/list/page/24/lang/ru> (дата обращения: 01.06.2025)

населением для добычи живых ресурсов, а в конце XX века Советским Союзом — для добычи полезных ископаемых и плавания вдоль арктического побережья. Такая ситуация привела к тому, что Арктика получила всеобщее юридическое признание как район интересов и прав приарктических государств.

Ныне ввиду таяния льдов Северный Ледовитый океан становится предметом острого интереса многих стран, прежде всего в силу двух причин: 1) неожиданно открылись новые места рыболовства; 2) данный океан становится доступным современному флоту, в том числе беспилотным судам. Теперь довольно часто раздаются голоса, что Северный Ледовитый океан за пределами установленных государствами зон национальной юрисдикции должен иметь статус открытого моря, на которое должны распространяться нормы Конвенции ООН по морскому праву [Тодоров А.А., 2019: 90].

С точки зрения автора это неверно. Конвенцию ООН по морскому праву следует квалифицировать как замкнутый договорный режим. Это обособленная часть международного права и содержащиеся в ней нормы и принципе не распространяются на Северный Ледовитый океан: в период работы Третьей Конференции ООН по морскому праву Северный Ледовитый океан не затрагивался и не обсуждался. Во всей Конвенции только одна статья косвенно его затрагивает: ст. 234 дает специальные природоохранные полномочия государствам, расположенным в сложной ледовой обстановке. Тот факт, что приарктические государства в большинстве своем произвели отграничение своих зон юрисдикции по тем правилам, предусмотренным Конвенцией, не изменяет общей ситуации: любое государство имеет право вводить в национальное законодательство такие положения, которые не противоречат общепризнанным нормам международного права.

Поэтому правовой режим деятельности в Арктике должен формироваться самими приарктическими государствами на основе международного права [Стрельникова И.А., 2022: 57–66]. Некоторые особенности должны быть приняты во внимание в отдельных областях морской деятельности.

Судоходство требует понимания множества факторов, среди них первостепенное значение имеет внимательное отношение к научному и техническому потенциалу, уже сформированному Советским Союзом и впоследствии Россией при освоении Северного морского пути (СМП). Данная водная артерия должна иметь специальный статус, возможно, на основе заключения международного договора. Северный морской путь по количеству вложенных в него усилий и

по степени признания исключительной юрисдикции России над ним приближается к статусу международного канала, таких как Панамский, Суэцкий, Лорелея (вдоль побережья Норвегии) или как множество каналов, устраиваемых в местах подходов к портам.

Две проблемы обозначились в последние годы. Во-первых, потепление климата и в связи с этим таяние льдов ведет к подъему уровня воды. Затопление побережья Северного Ледовитого океана создает ряд совершенно новых проблем как в международных отношениях, так и в международном праве. Хотя уровень вод в данном регионе повышается не так значительно, как в среднем по Мировому океану или тем более в Тихом океане, и затопление не грозит такими серьезными проблемами, как, например, угроза утраты государственности некоторыми странами Тихого океана, территория которых возвышается над уровнем моря только на 4–6 метров, все же встает ряд чисто юридических вопросов. Очевидно, что затопление преобразует всю картину побережья, поскольку исходные линии скрываются под водой и становятся чисто умозрительными. Зоны юрисдикции, очевидно, окажутся более широкими, чем до затопления. При этом не наносится ущерба никаким государствам, а потому такое расширение правомерно. Затопление поставит ряд экономических проблем, поскольку понадобится строительство новых защитных сооружений либо добывающих предприятий или портов.

Во-вторых, исследования последних лет наглядно показали хрупкость и уязвимость полярной природы. Повышение интенсивности использования СМП означает серьезные опасности экосистемам региона. Необходимо совершенствовать правовые механизмы по минимизации потенциальных негативных последствий для окружающей среды. В условиях нарастания борьбы за рынки и ресурсы активизируется практика недобросовестной конкуренции. Акцент на климатических изменениях используется для ограничения доступа российских компаний к экспортным рынкам и для контроля над их развитием, а также для создания препятствий в освоении Арктики [Савинцева Я.А., 2024: 56–68].

Таким образом, для сохранения природы Арктики требуется целая система целенаправленных мер. Конечно, они могут приниматься коллективно, но логично предположить, что коллективные методы всегда требуют времени, а совершенствование защиты арктической природы не терпит промедления в свете массового стремления предпринимательских кругов к использованию арктических ресурсов. Это значит, что наиболее полезным является осуществление юрисдикции России на всем протяжении трассы СМП.

Рыболовство можно успешно регулировать заключением международных соглашений при тщательном учете трудных условий существования живых организмов в Северном Ледовитом океане. Таяние льдов привело к доступности новых районов рыболовства, и многие воды оказались перед угрозой истощения. Только в 2018 году удалось заключить Соглашение о запрете коммерческого рыболовства в центральной зоне Северного Ледовитого океана¹⁵. Оно было принято приарктическими странами (Россией, Норвегией, Данией, Канадой и США), а также пятью неарктическими государствами (Исландией, КНР, Республикой Корея, Японией) и Европейским союзом. Этот документ закрепляет временное прекращение добычи рыбы в силу отсутствия научных знаний о рыбных запасах в суровых условиях и необходимости исключения нанесения ущерба морским экосистемам, который может принести вред биосфере всей планеты. Исследования запасов рыбных ресурсов, их миграционные пути, влияние изменений на жизнь других морских животных и растений из-за потепления климата и мер к предотвращению экологических рисков в Арктике становится объективной реальностью для активизации деятельности в научной сфере и бизнесе [Дусаева Е.М., 2024: 56–67].

Заключение

Морская деятельность, как никакая другая, служит объектом пристального внимания, потому что до 90% всех перевозок в мире осуществляется морем, а живые морские ресурсы служат либо исключительной пищей, либо значительной добавкой к пище целых народов. «Конституция Мирового океана» — Конвенция ООН по морскому праву 1982 года — сыграла важную роль в регулировании сотрудничества государств в море, но с течением времени стали необходимыми ее изменения. В этом процессе методы ее изменений оригинальны, как и многое другое в ней.

Хотя по многим международным договорам действуют наблюдательные комитеты, только для Конвенции ООН по морскому праву каждый год собирается совещание участников Конвенции, причем неучастники также присутствуют. Бывают там и делегаты множества международных организаций, потому что морская деятельность — это и навигация, и спутниковая связь и дистанционное зондиро-

¹⁵ Соглашение о предотвращении нерегулируемого промысла в открытом море в центральной части Северного Ледовитого океана от 03.10.2018. Available at: URL: https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/international_contracts/international_contracts/multilateral_contract/53453/ (дата обращения: 16.06.2025)

вание Земли, и запуск космических кораблей. Мнения участников совещаний — это фактически формирующиеся элементы *opinio iuris*.

Ежегодно относительно морской деятельности принимаются и обязательные (в виде договоров) и рекомендательные (в виде резолюций и докладов ООН) документы. Они, по мнению автора, составляют материальную часть формирующихся норм. В целом автор видит процесс обычно-правового развития морского права.

Необходимо отметить и своеобразное признание Конвенции государствами, не участвующими в ней. От участия в Конвенции отказалось очень немного государств, самое заметное из них — США. Однако отказ от участия этого государства, как и других, очень лукавый: они заявили о намерении признать все статьи Конвенции, которые отражают обычное, т.е. общепризнанное международное право. Получилось, что вне признания оказалась в основном Часть XI, относящаяся к режиму добычи полезных ископаемых на глубоководном морском дне, которое было объявлено общим наследием человечества и за разработку которого индустриальные страны должны были отчислять часть прибыли развивающимся странам. Была создана целая бюрократическая структура для управления добычей минеральных ресурсов, но за прошедшие 30 лет на практическую добычу никто не вышел, а морское дно оказалось объектом очень внимательного научного изучения. Опять же человечеству на пользу. Идея создать нечто неясное, но привлекательное, оказалась неисполнимой (например, что это за субъект права — человечество? И что за объект права — наследие?).

Популярная в последние годы идея распространения норм Конвенции на Арктику несостоятельна. Конвенцией создан эксклюзивный, замкнутый договорный режим, который применяется ко всему Мировому океану, кроме Северного Ледовитого океана. Относительно покрытых льдом районов Конвенция позволяет принимать только специальные экологические нормы.



Список источников

1. Бекашев К.А., Бекашев Д.К. Итоги обзорной Конференции ООН по контролю за выполнением Соглашения 1995 года о трансграничных рыбных запасах и запасах далеко мигрирующих видов // Евразийский юридический журнал. 2011. № 3. С. 42–47.
2. Виноградова Е.В., Полякова Т.А. О месте информационного суверенитета в конституционно-правовом пространстве современной России // Правовое государство: теория и практика. 2021. № 1. С. 32–49. DOI: 10.33184/pravgos-2021.1.3

3. Вылегжанин А.Н., Гаврилов В.В. (ред.). Актуальные проблемы международного морского права и морского законодательства государств Евразии. М.: МГИМО, 2023. 142 с.
4. Дусаева Е.М. Рыболовство в Арктике: угрозы, вызовы, перспективы // *Russian Journal of Management*. 2024. № 2. С. 56–67.
5. Зигарев А.В. Основные направления деятельности Международного органа по морскому дну // *Транспортное право и безопасность*. 2024. № 4. С. 166–171.
6. Колодкин А.Л. и др. Мировой океан: международно-правовой режим. М.: Статут, 2007. 339 с.
7. Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Т. 1. Заключение международных договоров. М.: Wolters Kluwer, 2004. 672 с.
8. Мовчан А.П., Янков А. (отв. ред.) Мировой океан и международное право. Правовой режим морских прибрежных пространств. М.: Наука, 1987. 224 с.
9. Савинцева Я.А., Ельмендеева Л.В. Правовые аспекты государственной охраны окружающей среды в Арктике при использовании Северного морского пути // *Арктика — 2035: актуальные вопросы, проблемы, решения*. 2024. № 3. С. 57–68.
10. Стрельникова И.А., Поляков В.Д. Продвижение Европейского союза в Арктику: вызовы и риски для России // *Арктика — 2035: актуальные вопросы, проблемы, решения*. 2022. № 2. С. 57–66.
11. Тодоров А.А. Перспективы деятельности Международного органа по морскому дну в контексте управления Арктикой // *Арктика и Север*. 2019. № 34. С. 90–109.
12. Churchill R.R., Lowe A.V. *The law of the sea*. Manchester: University Press, 2019. 450 p.
13. Harrison J. *Making law of the sea, a study in the development of international law*. Cambridge: University Press, 2023. 216 p.
14. Klein N. *Maritime security and the law of the sea*. Oxford: University Press, 2021. 278 p.
15. Malanczuk P. *Akenhurst's Modern introduction to International Law*. 7th ed. London: Routledge, 1997. 467 p.
16. McDougal M.S., Burke W.T. *The public order of the oceans. A contemporary international law of the sea*. New Haven: Yale University Press, 1987. 389 p.
17. Nordquist M.H. et al. *UN Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*. Vol. II. Leyden: Nijhoff Publishers, 2003. 532 p.
18. Tanaka Y. *The International Law of the Sea*. Cambridge: University Press, 2012. 134 p.



References

1. Bekiashev K.A., Bekiahev D.K. (2011) The results of the UN Conference on Control over fulfilling the Agreement about transborder fish reserves and migrating animals. *Evroziskiy juridicheskiy zhurnal*=Euroasian Law Journal, no.3, pp. 42–47 (in Russ.)
2. Churchill R.R., Lowe A.V. (2019) *The law of the sea*. Manchester: University Press, 450 p.
3. Ducaeva E.M. (2024) Fishing in Arctic: threats, challenges, perspectives. *Russkiy zhurnal menedzhmenta*=Russian Journal of Management, no. 2, pp. 46–67 (in Russ.)

4. Harrison J. (2023) *Making law of the sea, a study in development of international law*. Cambridge: University Press, 216 p.
5. Klein N. (2021) *Maritime security and the law of the sea*. Oxford: University Press, 278 p.
6. Kolodkin A.L. et al. (2007) *The World Ocean: international law regime*. Moscow: Statut, 339 p. (in Russ.)
7. Lukashuk I.I. (2004) *Contemporary law of the international treaties*. Vol. 1. Concluding of the international treaties. Moscow: Wolters Kluwer, 672 p. (in Russ.)
8. Malanchzuk P. (1997) *The Akehurst's modern introduction to international law*. 7th ed. L.: Routledge, 497 p.
9. McDougall M.S., Burke W.T. (1987) *The public order of the oceans. A contemporary international law of the sea*. New Heaven (Conn.): Yale University Press, 389 p.
10. Movchan A.P. et al. (1987) *World Ocean and international law. The legal regime of the coastal spaces*. Moscow: Nauka Publishers, 224 p. (in Russ.)
11. Nordquist W.H. et al. (2003) *The UN Convention on the law of sea 1982. A commentary*. Vol. II. Leyden: Nijhoff Publishers, 532 p.
12. Savintzeva Ya.A. (2024) Legal aspects of state protecting Arctic nature along the Northern Sea Route. *Arktika-2035: voprocy, problemy, reshenia*=Arctic-2035: questions, problems, decisions, no. 3, pp. 57–68 (in Russ.)
13. Strelnikova I.A., Polyakov V.D. (2022) Promoting European Union in Arctic: challenges and risks for Russia. *Arktika-2035: voprocy, problemy, reshenia*=Arctic-2035: questions, problems, decisions, no. 2, pp. 57–66 (in Russ.)
14. Tanaka Y. (2012) *The international law of the sea*. Cambridge: University Press, 134 p.
15. Todorov A.A. (2019) Perspectives of activities of the International Body on sea bottom in a context of administering Arctic. *Arktika i Sever*=Arctic and North, no. 34, pp. 90–109 (in Russ.)
16. Vinogradova E.V., Polyakova T.A. (2021) About place of information sovereignty in the constitutional field of contemporary Russia. *Pravovoye gosudarstvo: teoria i praktika*=Rule of Law: Theory and Practice, no. 1, pp. 32–49 (in Russ.)
17. Vylegzhanin A.N., Gavrilov V.V. et al. (2023) Hot issues of international sea law and sea legislation of the Eurasian states. Moscow: MGIMO Publishers, 142 p. (in Russ.)
18. Zigarev A.V. (2024) Main spheres of activities of the International Body on sea bottom. *Transportnoe pravo i bezopasnost*=Transport Law and Security, no. 4, pp. 166–171 (in Russ.)

Информация об авторе:

Г.Г. Шинкарецкая — доктор юридических наук, главный научный сотрудник.

Information about the author:

G.G. Shinkaretskaya — Doctor of Sciences (Law), Chief Researcher.

Статья поступила в редакцию 12.05.2025; одобрена после рецензирования 16.06.2025; принята к публикации 08.07.2025.

The article was submitted to editorial office 12.05.2025; approved after reviewing 16.06.2025; accepted for publication 08.07.2025.

Научная статья

УДК: 347.736.5

JEL: K35

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.226.251

Цифровые активы в личном банкротстве: опыт Австралийского Союза



**Станислав Валерьевич Одинцов¹,
Мария Сергеевна Грибановская²**

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

¹ odintsov_sv@pfur.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3403-3519>

² gracefulmind@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3583-7033>



Аннотация

Статья посвящена исследованию на примере Австралийского Союза проблем работы с цифровыми активами в процедурах личного банкротства. Исследуются правовые и практические аспекты выявления, идентификации, установления контроля над цифровыми активами должника-физического лица с целью их включения в конкурсную массу для реализации в интересах кредиторов. Используются диалектический метод, формально-юридический и юридико-догматический методы, а также методы системного анализа и правового моделирования. Ключевые результаты исследования демонстрируют, что цифровые активы существенно усложняют процедуру банкротства из-за своей децентрализованной природы, анонимности и трансграничности. Авторы выделили основные проблемные моменты, связанные с идентификацией владельцев активов, отслеживанием транзакций, получением контроля над криптокошельками должника, включением и возвращением цифровых активов в конкурсную массу, а также с оценкой их стоимости с целью реализации в рамках процедур банкротства, применяемых к физическим лицам. Установлено, что в Австралийском Союзе цифровые активы считаются имуществом в контексте банкротства, но при этом отсутствуют специальные нормы их регулирования в соответствующих процедурах. Правовой режим цифровых активов с точки зрения австралийского конкурсного права регулируется правовыми нормами, касающимися имущества должника в целом, которые приходится адаптировать ввиду уникальной нематериальной и децентрализованной природы цифровых активов. Разработанные регулятором практические рекомендации для

лиц, управляющих активами должника и администрирующих соответствующие процедуры личных банкротств, включающие в себя различные методы выявления цифровых активов, рекомендации по анализу доказательств транзакций, механизмы взаимодействия с должником, охватывают далеко не весь спектр потенциальных проблем, которые могут возникнуть на практике. Основные выводы исследования подчеркивают необходимость создания сбалансированного регуляторного подхода, который бы стимулировал добровольное раскрытие информации о цифровых активах и препятствовал недобросовестному поведению должников. Для недобросовестных должников следует развивать комплекс существующих мер, направленных на принудительное обнаружение цифровых активов и их включение или возврат в конкурсную массу.



Ключевые слова

личное банкротство; неплатежеспособность; цифровые активы; криптовалюта; криптокошельки; кастодиан; невзаимозаменяемые токены; австралийское законодательство.

Благодарности: Статья подготовлена в рамках научной школы «Компаративистика частного права и цивилистического процесса».

Для цитирования: Одинцов С.В., Грибановская М.С. Цифровые активы в личном банкротстве: опыт Австралийского Союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С.226–251. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.226.251

Research article

Digital Assets in Personal Bankruptcy: Experience of the Commonwealth of Australia



Stanislav V. Odintsov¹, Maria S. Gribanovskaya²

Peoples' Friendship Lumumba University, 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow 117198, Russia,

¹ odintsov_sv@pfur.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3403-3519>

² gracefulmind@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3583-7033>



Abstract

The article is devoted to the study of the issues that arise in process of working with digital assets in personal bankruptcy procedures based on the example of the Australian Union. The legal and practical aspects of identifying and establishing control over the digital assets of an individual debtor are being investigated in order to include them in the bankruptcy estate for sale in the interests of creditors. The dialectical method, formal legal and legal dogmatic methods, as well as methods of system analysis and legal modeling are implemented in the research. The key results of the study demonstrate that digital assets significantly complicate the bankruptcy procedure due to their decentralized nature, anonymity and cross-border nature. The authors identified the main

problematic issues related to the identification of asset owners, tracking transactions, gaining control over the debtor's crypto wallets, including and returning digital assets to the bankruptcy estate, as well as assessing their value in order to implement bankruptcy procedures applied to individuals. It has been established that in the Australian Union, digital assets are considered property in the context of bankruptcy, but there are no special rules for their regulation in bankruptcy procedures. From the point of view of Australian competition law, the legal regime of digital assets is governed by legal norms relating to the debtor's property as a whole, which have to be adapted due to the unique intangible and decentralized nature of digital assets. The practical recommendations developed by the regulator for persons managing the debtor's assets and administering the relevant personal bankruptcy procedures, which include various methods for identifying digital assets, recommendations for analyzing transaction evidence, and mechanisms for interacting with the debtor, do not cover the full range of potential problems that may arise in practice. The main conclusions of the study emphasize the need to create a balanced regulatory approach that would encourage voluntary disclosure of information about digital assets and discourage unfair behavior by debtors. For unscrupulous debtors, a set of existing measures should be developed to force the discovery of digital assets and their inclusion or return to the bankruptcy estate.



Keywords

personal bankruptcy; insolvency; digital assets; cryptocurrency; crypto-wallet; custodian; NFT, Australian legislation.

Acknowledgements: The article was drafted within the framework of the research school «Comparativistics of private law and civilian process».

For citation: Odintsov S.V., Gribovskaya M.S. (2025) Digital Assets in Personal Bankruptcy: Experience of the Commonwealth of Australia. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol.18, no. 3, pp. 226–251. DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.226.251

Введение

Австралийский Союз (далее — Австралия) стремится демонстрировать лидерство в области применения инновационных финансовых технологий (Financial technology/FinTech). По мере того, как цифровые активы, прежде всего криптовалюта и невзаимозаменяемые токены (Non-fungible token, далее — NFT), становятся более востребованными объектами имущественного оборота, все больше их владельцев задаются вопросом, что может произойти с этими активами в случае банкротства. Стремительный рост оборота цифровых активов порождает множество потенциальных проблем и дискуссионных вопросов, в том числе в сфере личной неплатежеспособности (далее — личное банкротство).

Безусловно, больше всего правоприменительных сложностей возникает, когда законодательство об обороте цифровых активов

вступает в противоречие с конкурсным правом. Возникают, в частности, проблемы, как следует классифицировать и рассматривать криптовалюты («самый ранний и самый известный пример крипто-активов», «особый тип виртуальных валют») [Ермакова Е. П., Фролова Е.Е., 2019: 613] и иные цифровые активы, являются ли они имуществом, должны ли они вообще входить в состав конкурсной массы, как можно идентифицировать должников — владельцев таких активов, какие есть сложности изъятия и распределения цифровых активов между кредиторами. Большинство инноваций связано с внедрением цифровых технологий (с соответствующими принципами и алгоритмами функционирования), в частности, блокчейн — это разновидность технологии масштабируемых распределенных реестров (distributed ledger technology, далее — DLT), которая обладает соответствующими технологическими особенностями (использование криптографии, децентрализация и как следствие относительно высокий уровень анонимности). «Можно сомневаться в надежности сохранности цифровых валют, но все согласны с тем, что лежащая в их основе технология распределенного реестра (включая блокчейн) имеет большие перспективы» [Hill J., 2018: 53].

Трудности также связаны с трансюрисдикционностью правоотношений и отсутствием единообразной нормативной базы и колебаниями стоимости (волатильностью) цифровых активов. В рамках децентрализованных финансов (DeFi) для использования цифровых валют (криптовалют) не требуется открывать в традиционных банковских (финансовых) организациях счета на конкретное лицо с проведением комплаенс-процедур (know your customer), т.е. с раскрытием информации о нем. Для депонирования, хранения и перевода достаточно программного приложения, которое не фиксирует персональных данных пользователей, а использует уникальную учетную запись в качестве идентификатора владельца так называемого «виртуального криптокошелька» (virtual crypto-wallet, далее — криптокошелек).

Таким образом, присущая большинству криптовалют анонимность противоречит прозрачности, необходимой при судебных процедурах корпоративной несостоятельности и личного банкротства, которые в Австралии рассматриваются либо федеральным окружным судом (при обращении кредиторов), либо судом по семейным делам (при добровольном банкротстве). Процедура добровольного личного банкротства с задолженностью в пределах 10 000 австралийских долл. находится в ведении Австралийского управления финансовой безопасности (Australian Financial Security Authority, далее — AFSA)¹.

¹ Available at: URL: <https://www.afsa.gov.au/> (дата обращения: 30.07.2025)

Так вырисовывается регуляторная дилемма — или сохранять децентрализованный характер оборота криптовалют и иных цифровых активов, или привести его в соответствие с существующими правовыми стандартами транспарентности и деанонимизации. Несмотря на ограничение свободы и анонимности регулированием оборота криптовалют, исследователи отмечают положительное влияние такого регулирования, способствующее «профессионализации и становлению криптосектора» [Knoll-Csete E., Birher N., Varga N., 2024: 15]. Вместе с тем, регулирование предлагается свести к минимуму, чтобы «позволить инновациям процветать в этой области» [Subramanian R., Chino T., 2015: 35].

Дела о неплатежеспособности предполагают необходимость точного определения убытков (кредиторской задолженности) и своевременность выявления активов должников и обращения на них взыскания, а также обоснованность того, достаточны ли активов для максимального покрытия как требований кредиторов, так и затрат на проведение процедур. Нормативно регламентированные правомочия лиц, управляющих активами должника и администрирующих соответствующие процедуры личных банкротств включают действия по выявлению активов, оспариванию сделок и иные, связанные с формированием и увеличением конкурсной массы. Забота о своевременном и наиболее экономически эффективном процессе идет рука об руку с более общей целью — максимизировать стоимость активов должника (имущества конкурсной массы) в целом, чтобы минимизировать убытки его кредиторов.

Цифровые активы существенно усложнили процесс банкротства в указанной части — новый тип объектов имущественного оборота, который может вписываться или не вписываться в рамки нормотворчества и правоприменения. Права на них регистрируются в блокчейн-системе, и их децентрализованная природа также означает, что они могут перемещаться и/или храниться вне досягаемости традиционных финансовых организаций и национальных регуляторов («криптовалюты функционируют вне устоявшихся финансовых систем» и «не регулируются центральными финансовыми институтами» [Shahzad M.F., Xu S., Lim W. et al., 2024: 2]). Это часто делает их невидимыми и/или неуловимыми с точки зрения положений законодательства о несостоятельности (банкротстве).

Если у «фиатных» валют и иных активов, охраняемых статутным правом, есть условно бумажный/физический след, указывающий на фактическое наличие такого имущества, то в отношении цифровых активов такое далеко не всегда возможно определить. К примеру, мо-

гут отсутствовать документы, удостоверяющие (верифицирующие) процедуры (алгоритмы, коды и тому подобные), иные уникальные идентификаторы, позволяющие выявлять такие активы и опосредовать их принадлежность определенному лицу — должнику. Это, безусловно, самым негативным образом влияет на возможность включения такого имущества в конкурсную массу и управления им, в том числе его последующую реализацию.

Цифровые активы нематериальны, универсальны и существуют в Интернете, что означает возможность непредсказуемых транзакций (переводов), в том числе по времени и скорости совершения. Глобальный (трансграничный) или, если корректнее, отчасти виртуальный и трансюрисдикционный характер криптовалютных транзакций, совершаемых в так называемых одноранговых/пиринговых (P2P) сетях непосредственно между их участниками, также усложняет обозначенную выше ситуацию. Хотя, с другой стороны, ввиду открытого (публичного) кода большинства блокчейн-систем практически вся историческая транзакционная информация может быть потенциально доступна суду, правоохранительным и иным компетентным органам.

Настоящее исследование направлено на рассмотрение особенностей правового режима цифровых активов в производстве по делам о личном банкротстве в Австралии с акцентом на препятствия, возникающие в процессе их выявления, идентификации и установления контроля над ними для целей включения в конкурсную массу и последующей реализации в интересах кредиторов. Правовые механизмы и регуляторные подходы к сфере личного банкротства недостаточно адаптированы к специфике цифровых активов, что создает существенные препятствия формированию и управлению конкурсной массой должника. Децентрализованная природа, псевдонимность и трансграничный характер цифровых активов существенно осложняют процедуры их выявления, оценки и реализации.

Авторы используют диалектический подход, позволяющий проанализировать регулирование цифровых активов в контексте личного банкротства в Австралии. Формально-юридический метод, юридико-догматический, а также методы системного анализа и правового моделирования позволяют выявить особенности правового режима цифровых активов как элемента имущественного комплекса должника в рамках целостной системы конкурсных правоотношений, а также выделить потенциальные проблемы, которые могут возникать в сфере работы с цифровыми активами в процедурах личного банкротства, и сценарии их разрешения.

1. Понимание цифровых активов в австралийском конкурсном праве

Появление и широкое применение цифровых активов вынуждает правовую систему адаптироваться. Один из основополагающих вопросов в делах о личных банкротствах, связанных с цифровыми активами, заключается в том, можно ли идентифицировать цифровые активы как имущество. Австралийский законодатель не отвечает напрямую, в законе не указано, что цифровые активы следует относить к имуществу, но судебная практика по делам, не связанным с банкротством, признает их имуществом (например, в делах *Hague v Cordiner*² и *Commissioner of the Australian Federal Police v Bigatton*³). Что касается доктрины, то исследователи [Allen J.G., Rauchs M., Blandin A. et al., 2020: 2, 3–4] полагают, что признавать цифровые активы имуществом возможно и для целей банкротства. Это справедливо и логично, так как для целей налогообложения криптовалюты также рассматриваются как актив [Reeves P., O’Grady R., Shen E., 2024: 215–217].

О токенах отмечается, что хотя их функциональность не определяет юридической природы или режима в рамках производства по делу о несостоятельности, но понимание их особенностей может стать отправной точкой к пониманию криптоактивов, их природы и режима при банкротстве [Remolina N., Gurrea-Martínez A., Liu D. et al., 2024: 2]. Одной из особенностей цифровых активов как имущества является возможность отделения владения такими активами от контроля над ними. Концепция контроля (исключительный контроль над информацией в реестре) по мнению некоторых авторов [Allen J.G., Rauchs M., Blandin A. et al., 2020: 25, 48] подходит для цифровых активов больше концепции владения, а средства защиты, характерные для владения, не подходят для владельцев цифровых активов.

В Австралии, как и в большинстве государств мира, цифровые активы не оставлены без внимания ключевых целей процедур банкротства. Это означает, что, если в отношении физического или юридического лица, владеющего цифровыми активами, будет введена одна из процедур, применяемых в деле о несостоятельности

² *Hague v Cordiner* (No. 2) [2020] NSWDC 23. Available at: URL: <https://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NSWDC/2020/23.html> (дата обращения: 10.07.2025)

³ *Commissioner of the Australian Federal Police v Bigatton* [2020] NSWSC 245. Available at: URL: <https://jade.io/article/722013> (дата обращения: 10.07.2025)

(банкротстве), соответствующие активы могут быть включены в конкурсную массу для последующей реализации, как и любое иное имущество должника, а вырученные средства должны быть распределены между кредиторами. Для производства по делу о несостоятельности (банкротстве) основополагающее значение имеют сбор информации об активах должника, их поиск, сохранение, а также управление и распоряжение ими в интересах кредиторов специально уполномоченным лицом. Иными словами, практически во всех юрисдикциях активы должника помещаются под особый режим, часто называемый конкурсной массой (*insolvency estate*), и Австралия не является исключением.

На официальном сайте AFSA⁴ подчеркивается, что в случае банкротства криптовалюта, как и любые другие цифровые активы, переходит управляющему конкурсной массой, и может быть реализована с целью извлечения прибыли для кредиторов, независимо от того, когда была приобретена — до банкротства или во время банкротства.

2. Проблемы выявления цифровых активов и установления контроля над ними

Одна из первоначальных проблем, с которой сталкиваются лица, управляющие активами должника и администрирующие соответствующие процедуры личных банкротств, заключается в установлении того, владеет ли должник цифровыми активами. После их выявления следующая задача — получение доступа к такому активу и установление контроля над ним, особенно при нежелании должника раскрывать цифровые активы, либо в случае смерти должника. Существует множество инструментов, доступных в разных правовых порядках, но в основном они сводятся к облегчению доступа к информации для определения местонахождения активов, к защите активов путем временного замораживания транзакций или возможности распоряжения активами (*freezing orders*), если есть риск их сокрытия или растраты, а также к действиям по возвращению активов, отмене/оспариванию незаконных транзакций, производимых с целью сокрытия активов, обмана кредиторов и наносящих ущерб их имущественным интересам [Sarraj J., Madaus S., Mevorach I., 2023: 256].

⁴ What happens to my money? Available at: URL: <https://www.afsa.gov.au/i-cant-pay-my-debts/bankruptcy/consequences-bankruptcy/what-happens-my-money> (дата обращения: 10.07.2025)

Доступ к информации об активах зачастую не является проблемой, если должник, действуя добросовестно, исполняет обязательства в соответствии с законодательством о несостоятельности: сообщает точную, достоверную и полную информации, касающуюся его финансового положения, включая активы, пассивы, доходы и выплаты, и сотрудничает с управляющим с целью возврата активов, «где бы они ни находились». Подобная обязанность должника предусмотрена законодательством многих государств, включая Австралию. Обычно эта обязанность включает требование о подготовке документов и обмене ими, передаче бухгалтерской документации и записей управленческого учета, а также любой другой информации, связанной с активами. Нарушение данной обязанности дает основание уполномоченному в деле о личном банкротстве лицу на обращение в суд с требованием о предоставлении необходимой информации.

По нормам австралийского Закона о банкротстве (Bankruptcy Act) 1966 года⁵ существует обязанность сотрудничать с лицами, управляющими активами должника и администрирующими соответствующие процедуры личных банкротств, в плане раскрытия информации об активах, которые были из владения должника в периоды, подпадающие под действие правил об оспаривании и признании недействительными сделок. Соответствующая информация о существовании и местонахождении активов часто также находится в руках, записях и/или известна третьим лицам. Права на доступ к этим источникам информации, как и возможность замораживания таких активов (приостановление действия права на передачу, обременение или иное распоряжение любыми активами должника) различаются в зависимости от юрисдикции.

Все эти правила при добросовестности (good faith) должника-банкрота могут без затруднений реализовываться в пределах территории государства, где введена процедура банкротства. Однако при его недобросовестности, включая бездействие, в том числе при сокрытии имущества за рубежом, а также при ненадлежащем ведении документации и учета активов и обязательств необходимы механизмы оценки документации должника и способы выявления активов и возвращения в конкурсную массу в интересах кредиторов. Кредиторы вправе ходатайствовать перед судом, который в соответствии с частями IX, X или XI Закона о банкротстве обладает пол-

⁵ Bankruptcy Act, 1966 (version 21 February 2025). Available at: URL: <https://www.legislation.gov.au/C1966A00033/latest/text> (дата обращения: 14.07.2025)

номочиями издавать приказы (включая декларативные приказы или приказы о наложении судебных запретов или других справедливых средств правовой защиты). В частности, суд вправе распорядиться о расследовании и сборе отчетности для целей любого судебного разбирательства, которое сочтет необходимым, и указать, как следует вести учет имущества должника-банкрота. При этом суд вправе заслушивать и выносить решения в открытом заседании по вопросам, указанным в п. 1 ст. 31 Закона о банкротстве, и присуждать судебные издержки в соответствии со ст. 32 Закона.

В Австралии обязанности должника, связанные с информированием об активах (и соответствующие правомочия управляющего), предусмотрены положениями ст. 55 Закона о банкротстве, согласно которой должник при подаче заявления о банкротстве должен предоставить отчет о состоянии дел (statement of affairs), содержащий информацию в том числе и об активах, а обновленная форма такого отчета предусматривает раскрытие информации о владении (доле владения) должника в любых цифровых активах, включая криптовалюты. Сообщение подробных сведений обо всех доходах, включая дополнительные льготы, как и информирование по поводу состояния дел на регулярной основе являются обязанностью должников. Так, согласно ст. 77 Закона о банкротстве предусмотрена обязанность должника по передаче бухгалтерских книг и иных документов, информации о состоянии дел и о любых изменениях (в том числе в составе активов), о приобретении активов. Таким образом, должник обязан сообщить своему управляющему, если он владеет криптовалютой или иными цифровыми активами или приобретает их, и предоставить по запросу ключ безопасности для доступа к криптокошельку. В соответствующих случаях управляющие вправе также использовать данные им Законом о банкротстве полномочия: по запросу на доступ к бухгалтерским книгам (на основании ст. 77А), на публичный допрос в суде, в том числе для получения информации об имуществе (на основании ст. 81), и на ордер на обыск и конфискацию имущества и бухгалтерских книг банкрота (на основании ст. 130).

Отдельно следует упомянуть возможность управляющего имуществом должника-банкрота использовать полномочия статуса «публичного» / «государственного» управляющего («Official Receiver» — как и в Соединенном Королевстве часто используется аббревиатура «The OR»), по сути, судебного исполнителя (распорядителя). Для использования таких полномочий необходимо подавать заявку по определенной форме, и за это взимается плата в размере 480 ав-

стралийских долл.⁶ Для работы с банкротами, владеющими цифровыми активами, могут быть применены полномочия на получение информации, доказательств и документов, регламентированные ст. 77С Закона о банкротстве. Нормы данной статьи обязывают любое лицо сообщать информацию/пройти проверку и/или предоставить документы, касающиеся любого вопроса, связанного с выполнением функций государственного управляющего или управляющего имуществом должника (к примеру, передать «закрытый» ключ от криптокошелька и/или данные о транзакциях). Право государственного управляющего на полный и бесплатный доступ ко всем помещениям и документам должника и третьих лиц, а также право делать копии таких документов и выписки из них (как и соответствующая обязанность должника и третьих лиц) регламентированы в ст. 77АА Закона о банкротстве (например, ордер на обыск дает возможность изъять и скопировать данные с электронных устройств).

К должнику применяются различные санкции (от штрафов до тюремного заключения и отказа в освобождении от долговой нагрузки) за сокрытие активов, непредоставление, уничтожение или сокрытие документов, отчета о состоянии дел, неисполнение иных обязанностей, связанных с информацией об активах и передачей таковых управляющему конкурсной массой (*trustee of estate of bankrupt*) (в таком качестве может выступать либо назначенный судом государственный управляющий, либо частный управляющий, назначенный решением собрания кредиторов — *registered trustee*).

В Австралии (наряду с другими государствами системы общего права) суды готовы выносить постановления (судебные приказы — *writs of injunction*) о замораживании криптоактивов и счетов в блокчейне⁷. При этом судьи акцентируют внимание на весомости оснований такой меры, в частности, есть ли риск отчуждения активов, опасность невозможности исполнения впоследствии судебных решений или иных законных действий вследствие направленных на изъятие активов действий/бездействия ответчиков. Учитывается также распоряжение цифровыми активами таким образом, чтобы умышленно снизить их стоимость. Судьи отмечают, что предотвра-

⁶ См.: п. 2.01 Bankruptcy (Fees and Remuneration) Determination, 2015 (version 01 April 2021). Available at: URL: <https://www.legislation.gov.au/F2015L00680/latest/versions> (дата обращения: 27.07.2025)

⁷ См., напр.: *Chen v Blockchain Global Ltd* [2025] VSC 216. Available at: URL: <https://jade.io/article/1130225> (дата обращения: 10.07.2025); *Rhino Trading Pty Ltd v Lotte Enterprise Pty Ltd* [2024] VSC 52. Available at: URL: <https://jade.io/article/1063441> (дата обращения: 10.07.2025)

щение растраты активов особенно актуально в контексте криптовалют⁸. В некоторых юрисдикциях данной системы права стало возможным принимать меры против «неизвестных лиц», в том числе замораживать цифровые активы, владелец которых остается неизвестным⁹. Полагаем, что подобные меры могут быть приняты и при рассмотрении дел о личном банкротстве в Австралии, так как прецеденты одних стран системы общего права являются убеждающими для других [Богдановская И.Ю., 2010: 83–84]; [Коршунова П.В., 2020: 191]; [Рожкова М.А., 2009: 326–327]; [Киселев А.А., 2025: 36].

Принудительное взыскание цифровых активов поднимает проблемы. Право владения ими определяется «открытым» и «закрытым» ключами (криптографическими кодами). Первый — это адрес криптокошелька (которым можно поделиться с другими), он похож на номер счета, а «закрытый» хранится у владельца и используется для доступа и управления кошельком. Лицо, ответственное за управление конкурсной массой неплатежеспособного должника, обретает контроль над активами лишь после получения «закрытого» ключа, а это в большой степени зависит от добросовестности должника. В свете децентрализованной природы таких активов невозможно добиться физического (фактического) обладания ими, а также трудно получить контроль над ними, если должник-банкрот скрывает их существование, либо не желает передавать «закрытый» ключ от своего криптокошелька. Цифровые активы могут храниться в криптокошельках различных типов, в частности, существуют так называемые «горячие» (hot storage) и «холодные» (cold storage); для первых необходимо подключение к Интернету, вторые хранятся в автономном режиме, и каждый разделяется на подвиды («горячие» могут включать «онлайн», «мобильные» или «с мульти-подписью», «холодные» — «аппаратные» или «бумажные»), отличающиеся собственным уровнем безопасности, обеспечивающим защиту «закрытого» ключа [Jokić S., Cvetković A.S., Adamović S. et al, 2019: 67].

⁸ См.: Australian Securities and Investments Commission v NGS Crypto Pty Ltd [2024] FCA 373 [39]. Available at: URL: <https://jade.io/article/1071865> (дата обращения: 10.07.2025); Australian Securities and Investments Commission v A One Multi Services Pty Ltd [2021] FCA 1297 [19]. Available at: URL: <https://jade.io/article/843656> (дата обращения: 10.07.2025)

⁹ См., напр.: CMOС Sales & Marketing Ltd v Persons Unknown and 30 Others, [2018] EWHC 2230 (Com.) (England). Available at: URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2018/2230.html> (дата обращения: 25.07.2025); ChainSwap v Persons Unknown, BVIHC (COM) 2022/031 (British Virgin Islands). Available at: URL: <https://www.eccourts.org/judgment/chainswap-limited-v-the-owner-of-digital-wallet-et-al> (дата обращения: 25.07.2025)

Владелец цифровых активов может выбрать хранение активов в криптокошельке, которым он управляет самостоятельно, также известном как самостоятельное (или «прямое») хранение, а может воспользоваться услугами профессионального хранителя (кастодиана, Custodian Wallet Providers). Когда цифровые активы, принадлежащие неплатежеспособному должнику, хранятся в блокчейн-системе (на платформе DLT), в том числе опосредованно с участием биржевых площадок или кастодиана, выявление и обращение взыскания на цифровые активы банкрота значительно проще. Это связано с тем, что должник является клиентом соответствующей блокчейн-системы, и присутствует высокая вероятность возможности обращения взыскания на цифровые активы и включения их в конкурсную массу, направив запрос непосредственно оператору (администратору) блокчейн-системы. Если владелец цифровых активов автономно осуществляет хранение, то их выявление и передача в конкурсную массу сильно зависит от его добросовестности (готов ли он добровольно раскрыть информацию о принадлежащих ему цифровых активах, об их местонахождении, согласится ли содействовать их передаче под контроль лица, управляющего конкурсной массой в пользу кредиторов).

Выявление, отслеживание и возвращение активов в интересах заинтересованных лиц, в том числе в интересах кредиторов в деле о личном банкротстве весьма затруднительны в эпоху цифровых технологий из-за относительной простоты перемещения активов между юрисдикциями. При этом несмотря на механизмы отслеживания и возвращения таких активов в различных государствах, такие механизмы могут отличаться и не признаваться на международном уровне. Ряд исследователей указывает на необходимость принятия «корректирующих мер для достижения устойчивого уровня финансовой и экономической безопасности в условиях применения блокчейн-технологий с учетом внешних и внутренних угроз» [Burkaltseva D.D., Borshch L.M., Frolova E.E. et al, 2017: 12]. Вместе с тем зачастую даже ранее возбуждения производства по делу о банкротстве крайне целесообразно обладать информацией о наличии у должника активов, например, чтобы узнать, достаточно ли их для погашения расходов, непосредственно связанных с процедурой (в том числе на поиск, отслеживание и возвращение активов в конкурсную массу), а также чтобы гарантировать сохранение имущества в интересах кредиторов.

Все значительно усложняется, если в отношениях, связанных с банкротством, появляется иностранный элемент (что весьма ве-

роятно при наличии у должника цифровых активов), т.е. в случае с трансграничной несостоятельностью. Управляющему конкурсной массой может потребоваться помощь иностранных судов для поиска и обеспечения сохранности цифровых активов посредством подачи заявлений в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности¹⁰ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, далее — MLCBI), имплементированным в законодательство различных государств всего мира. Австралия приняла его в 2008 году. MLCBI является основой сотрудничества судов и управляющих разных государств в делах о трансграничной несостоятельности, регламентирует признание иностранного производства и судебных актов, помощь в отслеживании и возвращении активов, различные меры защиты активов в интересах кредиторов (приостановление исполнения в отношении имущества должника, возложение полномочий управления скоропортящимся или быстро теряющим стоимость имуществом и его реализации на иностранное уполномоченное лицо, мораторий на различные действия с активами, получение доказательств или информации об активах должника и др.), возможность обращения непосредственно в суды и уполномоченные органы иностранных государств без необходимости соблюдения формальных требований и предварительного признания иностранного производства.

При отслеживании перемещения цифровых активов одной из первостепенных проблем является отсутствие единого мнения о том, считается ли переданный актив новым, т.е. в который был преобразован первоначальный актив (ввиду изменения числовой последовательности в коде при транзакции), или изначальный актив сохраняется на протяжении всей цепочки транзакций. Данная проблема, конечно, не касается NFT. Передача актива возможна не только путем транзакции, но и путем фактической смены контроля над активом, например, если владелец передает другому лицу фактически доступ к «холодному» криптокошельку или иным формам хранения криптовалюты. При этом будут отличаться способы отслеживания такого актива и его возвращения в конкурсную массу. Отслеживание возможно в двух вариантах: одного и того же цифрового актива по мере его передачи из рук в руки (following) либо путем идентификации нового актива в качестве замены старого (tracing). По мнению

¹⁰ Available at: URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf> (дата обращения: 18.07.2025)

Д. Фокса, когда речь идет о цифровых активах, применяется tracing [Fox D., 2018: 30–31, 42].

Активы, которые не получилось включить в состав конкурсной массы, могут перемещаться различными способами. К примеру, они могут передаваться по цепочке транзакций и переведены на кошельки кастодиана, где смешиваются/микшируются с другими цифровыми активами, а затем снова выводятся. Кастодиан может смешивать активы разных владельцев, что также может негативно сказаться на возможности возвращения такого имущества в конкурсную массу. Помимо указанного перемешивания эксперты международной межправительственной организации Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (Financial Action Task Force, далее — FATF) приводит пример с использованием «прокси или протокола DNS (domain name system) явно с целью сокрытия, а также использование шифровальных программ, частое изменение IP-адресов и иной идентификационной информации»¹¹.

Всегда есть высокая вероятность того, что недобросовестные должники могут прибегнуть к использованию цифровых активов в качестве средства защиты активов от кредиторов, и встает вопрос: являются ли способы их выявления адекватными для целей борьбы с этой проблемой или требуются новые индивидуальные механизмы. Управляющим в деле о личном банкротстве крайне необходимо использовать различные методы выявления и возвращения цифровых активов в конкурсную массу — поиск банковских выписок, корреспонденции, мобильных приложений, электронных писем, истории поиска в Интернете и др. Может потребоваться помощь операторов/провайдеров информационно-коммуникационных платформ, поставщиков облачных услуг, криптовалютных бирж, суда или государственных органов для обеспечения раскрытия «закрытых» ключей, кодов, паролей, информации о криптокошельке, для помощи в выявлении, включении/возвращении в конкурсную массу, а также для управления цифровыми активами. Суд вправе в том числе обязать должника раскрыть свои пароли или перевести свои активы управляющему в деле о банкротстве.

Правила контроля транзакций (crypto travel rule), выпущенные в качестве рекомендаций FATF и устанавливающие требование о включении финансовой организацией проверенной и достоверной

¹¹ Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. Available at: URL: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-rba-virtual-assets.html> (дата обращения: 20.07.2025)

информации об отправителе (плательщике) и/или о бенефициаре (получателе платежа) по всей цепочке транзакций, были введены во внутреннее регулирование в ряде юрисдикций с 2019 года, но пока не приняты в Австралии¹². Технологические решения, позволяющие поставщикам услуг по обороту цифровых активов соблюдать правило контроля транзакций, все еще находятся в стадии разработки и только начинают внедряться во всем мире. Поддержание подобной инициативы приведет к колоссальной нагрузке на операторов/провайдеров платформ DLT, администраторов биржевых площадок, кастодианов, которые в настоящее время не имеют доступа к подробной информации о фактических бенефициарах, а также будет препятствовать развитию данной сферы. С другой стороны, это уравнило бы транзакции в блокчейн-системе с безналичными платежами в русле борьбы с отмыванием денег и финансированием терроризма, а также упростило бы процедуру поиска и включения цифровых активов в конкурсную массу при личном банкротстве.

Потенциальные возможности управляющего имуществом должника-банкрота по возвращению в конкурсную массу цифровых активов могут быть различными в зависимости от их вида. Несколько проще будет с подконтрольными эмитенту активами, а также с активами, хранящимися в блокчейн-системе, где известна личность владельцев, в рамках закрытых публичных либо закрытых частных платформ DLT, т.е. при отступлении от принципа децентрализации. Знание личностей владельцев/получателей в любом случае помогает свести к минимуму ущерб для формирования конкурсной массы. Если получатель цифровых активов известен или они были впоследствии переведены на централизованную криптобиржу (centralized exchange, CEX), это упростит управляющему в деле о личном банкротстве запросы о раскрытии информации в адрес администратора/оператора соответствующей биржевой площадки (как и подачу иска в перспективе), поскольку не будет проблем с идентификацией владельца/получателя. Возможное банкротство получателя (нового владельца) цифровых активов, в свою очередь, может как минимум значительно усложнить процедуру их возврата в конкурсную массу должника-бывшего владельца таких активов, если не сделать ее совсем маловероятной или даже невозможной.

Кроме того, возможность возврата цифровых активов всегда сопряжена с ограничениями, и есть опасность, что получатель пере-

¹² Explore Travel Rule Implementation. Available at: URL: <https://sumsub.com/blog/what-is-the-fatf-travel-rule/> (дата обращения: 22.07.2025)

даст их далее, например, они будут переведены на некастодиальный виртуальный счет третьей стороны. Тогда возможность установления контроля над цифровыми активами будет зависеть от контроля над «закрытыми» ключами от этого счета/криптокошелька. Если лицо, владеющее ключами, не может быть идентифицировано или найдено или не желает совершать обратную транзакцию (и не может быть принуждено к этому), установление контроля над цифровыми активами может оказаться невозможным, даже если суд вынесет в соответствии с частями IX, X или XI Закона о банкротстве декларативный приказ об их возврате.

Перевод цифровых активов может быть осуществлен также в пользу третьих лиц, которых законодатель защищает как добросовестных, тогда такая транзакция подпадет под одно из исключений, связанных с процедурами оспаривания сделок. В этом случае усилия управляющего в деле о личном банкротстве по возвращению активов могут быть сведены на нет. Теоретически это не наносило бы ущерба правам кредиторов, поскольку правило о добросовестном приобретателе защищало бы только последующих получателей, и суды все еще могли взыскать стоимость активов с первоначального получателя. Однако при исчерпании иных средств правовой защиты вещных (владельческих) прав останется лишь возможность заявить требование в рамках обязательственных правоотношений (право требовать у кастодиана передачи цифровых активов). В этом случае вероятность взыскания значительно ниже.

С цифровыми активами, хранящимися в блокчейн-системах, где не известна личность владельцев, на открытых публичных и децентрализованных платформах DLT, у управляющего в деле о личном банкротстве могут быть значительные трудности с идентификацией владельца/получателя и возвратом таких активов. Вместе с тем нельзя утверждать, что это невозможно. Даже использование в аккаунтах (учетных записях) псевдонимов не обеспечивает значительной степени анонимности. Как отмечают исследователи, «хотя одним из заявленных преимуществ использования криптовалют является их анонимность, они не могут быть полностью анонимными» [Edwards F.R., Hanley K., Litan R. et al., 2019: 15].

Постоянно разрабатываются новые способы идентификации транзакций, их цепочек и совокупностей, и отслеживания цифровых активов с помощью истории транзакций, записанной в реестре блокчейн-системы. При этом они не ограничиваются анализом входных и выходных данных при передаче цифровых активов в реестр, но также позволяют отслеживать действия при их переме-

щении по различным платформам DLT. Существует возможность идентифицировать владельца/получателя даже при замене одного цифрового актива на другой тип и перемещении из одного реестра в другой, отслеживать транзакции на платформе, привязывать криптокошельки к идентификационным (верифицирующим) данным и, следовательно, отслеживать как субъектов, так и определенные объекты виртуального имущественного оборота. К примеру, если получатель цифровых активов является посредником, либо их передача была осуществлена сторонним посредником и отражена у него во внутренних записях, суды могут потребовать его содействия в раскрытии личности владельцев счетов или опосредующих активов, подлежащих возвращению под контроль управляющего в деле о личном банкротстве, т.е. в конкурсную массу.

3. Автоматизированные скрипты

При формировании конкурсной массы и включении в нее цифровых активов использование машинно-программных сценариев и криптографических алгоритмов (далее — автоматизированные скрипты), включая смарт-контракты, порождает проблемы с оценкой добросовестности должника, особенно когда цифровые активы предопределенно отчуждаются в пользу кредиторов и/или третьих лиц. Использование указанных скриптов может поставить под сомнение концепцию априорного приостановления взыскания на имущество должника (моратория). Автоматизированные скрипты — это фрагменты кода в распределенном реестре блокчейн-системы, которые в изначально запрограммированном режиме выполняют задачи (перевод цифровых активов должника, к примеру, в счет встречного предоставления, или обращение взыскания на предоставленное должником обеспечение надлежащего исполнения обязательств) при выполнении определенных условий или наступлении определенных событий (обстоятельств). Так, в качестве условия/события, запускающего автоматизированный скрипт, может быть дата, факт неисполнения обязательств, просрочка исполнения и прочее. Если автоматизированная система самозащиты права условно обеспечивает защиту от неисполнения обязательств, то автоматизированное исполнение полностью исключает возможность неисполнения обязательств.

Такие скрипты чаще всего используются для второго варианта. Автоматизированный характер скриптов позволяет выполнять передачу цифровых активов без необходимости вмешательства челове-

ка, т.е. антропогенного фактора, как например, в рамках концепций управления с помощью алгоритмов (algorithmic legal order/algocracy) и децентрализованных автономных корпораций (decentralized autonomous corporation — DAC). Проблема в том, что такие скрипты не предназначены для обеспечения гибкости, и после их запуска любое изменение или приостановление их исполнения практически невозможны, если такая возможность не была предусмотрена изначально. Когда автоматизированный скрипт создается до введения процедуры личного банкротства, а запуск исполнения происходит после подачи заявления, он может выполнить транзакцию, которая обычно должна была бы быть приостановлена из-за моратория или ограничения на распоряжение активами должника.

Если стороны изначально не предусмотрели и не включили функцию приостановления выполнения такого скрипта, то соответственно и не смогут предотвратить его выполнение. Цифровые активы не только немедленно в таком случае переходят к отдельному кредитору или третьему лицу, но и могут быть реализованы владельцем/получателем в ускоренном режиме, что может привести к отсутствию гарантированной возможности включения/возвращения их в конкурсную массу. Для понимания того, нарушает ли транзакция указанный мораторий на обращение взыскания на имущество должника, необходимо установить, подпадает ли она по срокам под действие моратория. Тогда приобретает значение толкование даты выполнения автоматизированного скрипта — считать таковой дату его запуска; дату выполнения соответствующего условия, запускающего скрипт; дату непосредственно самой транзакции.

В любом случае выбытие цифровых активов из-под контроля должника после начала действия автоматического приостановления взыскания на его имущество и ограничения на распоряжение активами (в том числе в результате действия автоматических скриптов) влечет необходимость принятия управляющим в деле о личном банкротстве необходимых мер к оспариванию сделок, взысканию таких активов и возвращению их в конкурсную массу должника-банкрота. Это может быть весьма затруднительно и затратно (с точки зрения и времени, и средств) ввиду особенностей таких активов. Но в целом при осуществлении должником-владельцем цифровых активов транзакции по их передаче уже после введения ограничений на распоряжение средствами и моратория на обращение взыскания на его имущество, а также при осуществлении транзакции вследствие выполнения автоматического скрипта, стороны по-прежнему могут иметь возможность искать средства правовой защиты за пределами

блокчейн-системы. Цифровые активы, которые должны были быть частью конкурсной массы, могут быть утрачены также и из-за неправомерных действий должника или против его воли. Если в первом случае требуется перед включением либо возвращением активов в конкурсную массу сперва оспорить сделку, то во втором этого не требуется.

4. Рекомендации AFSA

В силу высокой вероятности того, что криптовалюта будет среди активов должника, и управляющим имуществом должника придется иметь с ней дело, в том числе в рамках личного банкротства, AFSA выпустило практические рекомендации¹³ по работе с криптовалютой. В частности, рассматривается вопрос о выявлении данного вида активов, о сохранении их стоимости в интересах кредиторов неплатежеспособного лица, о реализации активов на нестабильном рынке и распределении выручки между кредиторами в соответствии с их правами. Для установления контроля над криптовалютой управляющему имуществом банкрота потребуются соответствующие «открытый»/«закрытый» ключи, поэтому крайне важно, чтобы должник сотрудничал с управляющим. Вместе с тем AFSA называет ряд инструментов, которые помогают управляющему выполнять обязанности; например, вышеупомянутая обязанность должника информировать о цифровых активах (неисполнение которой влечет применение санкций).

Поскольку цифровыми активами можно владеть и отчуждать их под псевдонимом, а единого централизованного «реестра цифровых активов» не существует, постольку управляющим также предстоит целый комплекс мер по их выявлению. В частности, на каждого банкрота необходимо составить профиль должника, и, если это целесообразно (например, для должников с высоким доходом или с высоким соотношением долга к доходу), сразу при назначении управляющего немедленно запросить и изучить банковские выписки банкрота, чтобы выявить любые операции, которые могут быть, в частности, связаны с криптовалютой или криптовалютной биржей (например, операции с такими ключевыми словами, как «биткоин», «монета», «криптовалюта» и «электронная валюта»). Рекомендуются также рассмотреть возможность сбора электронных доказательств

¹³ Dealing with cryptocurrency in a bankrupt estate. Available at: URL: <https://www.afsa.gov.au/professionals/dealing-cryptocurrency-bankrupt-estate> (дата обращения: 20.07.2025)

для проведения расследований. К потенциальным доказательствам владения (например, подтверждениям покупки) относятся электронные письма, мобильные приложения, QR-коды, кодовые слова восстановления, история просмотров в браузере и аппаратные средства для получения цифровых активов. При проверке электронных устройств также могут быть обнаружены вышеупомянутые «открытые» и «закрытые» ключи от криптокошельков.

Если управляющий подозревает наличие цифровых активов у банкрота, ему следует незамедлительно запросить информацию о владельце и получить доступ к соответствующим «открытым» и «закрытым» ключам (от банкрота и/или третьих лиц, таких как криптовалютная биржа, при условии, что криптовалюта хранится с использованием кастодиального кошелька), и отследить с их помощью прошлые транзакции на биржевой площадке, выявляя соответствующие транзакции, прежде всего такие, которые можно отменить. AFSA предлагает лицам, управляющим активами должника и администрирующим соответствующие процедуры личных банкротств использовать специальные программы/ресурсы выявления и анализа транзакций: Numisite.com, Blockchain explorer (Blockchain.com), Chainalysis.com, Ciphertrace/Neutrino X Flow), а также иные доступные в Интернете инструменты с открытым исходным кодом, в том числе для определения IP-адресов и их пользователей (DNS-записи и утилиты Traceroute). При этом управляющий сможет лишь отследить определенные транзакции, а подтверждение характера и содержание этих транзакций уже требует содействия должника.

Что касается дохода должника после признания его банкротом, то AFSA отмечает, что хотя такие доходы не переходят к управляющему имуществу, но криптовалюта, приобретенная на них, может переходить ему, если не будет доказано, что приобретение и использование криптовалюты были направлены на замену легальной «фиатной» валюты, т.е. на использование криптовалюты для накопления и/или в качестве платежного средства для оплаты товаров (работы/услуг). Относительно должников с высоким уровнем дохода рекомендуется периодически (в идеале — во время каждой проверки доходов) запрашивать и просматривать выписки по их банковским счетам с целью выявления инвестиций в криптовалюту, чтобы впоследствии установить цель использования криптовалюты и определить, является ли она активом в рамках процедуры банкротства.

После выявления цифровых активов для получения над ними контроля лицам, управляющим активами должника и соответствующими процедурами личных банкротств, необходимо незамедли-

тельно обеспечить их сохранность, переведя на свой криптокошелек (предпочтительнее «холодный» для снижения риска утраты), после чего продать на криптовалютной бирже и перевести вырученные средства на банковский счет управляющего. В случае нахождения цифровых активов должника за пределами Австралии AFSA напоминает о возможности использования вышеупомянутых положений MLCBI для обеспечения сохранности и продажи криптовалюты. Вместе с тем признается, что намного проще выявить и отследить криптовалюту, если она будет куплена и продана через австралийскую биржу. Если криптовалюта будет приобретена и продана за наличные или через одноранговую сеть (P2P), отследить и реализовать ее будет практически невозможно.

После выявления и возврата цифровых активов управляющий может столкнуться с проблемой реализации данных активов на нестабильном или неликвидном рынке. Время влияет на цену продажи, потому что для некоторых цифровых активов (таких как NFT или токенов/криптовалюты), которые недоступны на крупных биржах, будет крайне трудно найти потенциальных покупателей или обеспечить текущую ликвидность для цели избежания уменьшения стоимости конкурсной массы. Из-за неустойчивости криптовалюты также необходимо будет рассмотреть вопрос: стоит ли удерживать или продавать цифровые активы. Может потребоваться использование криптовалютных брокерских и внебиржевых сервисов, кастодианов для реализации некоторых цифровых активов значительной стоимости.

Для реализации любых активов в рамках процедур несостоятельности (банкротства) требуется предварительная экспертная оценка их фактической стоимости, что опять же может быть затруднительно ввиду высокой волатильности цифровых активов (стоимость криптовалют может ежедневно меняться, а для оценки NFT не существует стандартного метода, так как они часто уникальны и зависят от текущего рыночного спроса). С целью избежания снижения стоимости цифровых активов AFSA рекомендует реализовать их в кратчайшие сроки¹⁴. Вероятно, правильнее было бы осуществить анализ рынка с целью прогнозирования изменения стоимости цифровых активов должника, поскольку такие активы могут как упасть, так и вырасти в цене, и их спешная продажа может стоить кредиторам дорого. Различных способов и методов прогнозирования изме-

¹⁴ Dealing with cryptocurrency in a bankrupt estate. Available at: URL: <https://www.afsa.gov.au/professionals/dealing-cryptocurrency-bankrupt-estate> (дата обращения: 20.07.2025)

нения стоимости криптовалют и иных цифровых активов, которые могли бы пригодиться в выборе подходящего момента для их продажи, наукой выработано достаточно, в частности, многие проанализированы в исследовании английских ученых [Fang F., Ventre C., Basios M. et al., 2022].

Рекомендации AFSA о работе с криптовалютой детализированы и практико-ориентированы, но они решают далеко не все проблемы, с которыми в перспективе столкнутся управляющие имуществом должника. В конечном счете решение большинства трудностей зависит от объема полномочий лиц, управляющих активами должника и администрирующих соответствующие процедуры банкротств (объективная составляющая), и их профессионального и технического уровня развития (субъективная составляющая). Управляющие обязаны понимать природу цифровых активов, связанные с ними уникальные потенциальные проблемы и риски, и знать, как использовать различные правовые инструменты для оптимальной защиты имущества, входящего в состав конкурсной массы.

Заключение

Проблемы выявления, отслеживания цифровых активов, возвращения их в конкурсную массу и реализации признаются животрепещущими и значимыми во всем мире. Цифровые активы повсеместно считаются имуществом для целей личного банкротства, и ввиду их ценности следует создавать такие регуляторные условия, чтобы банкротам было выгоднее своевременно самому раскрывать соответствующую информацию о них. На случай недобросовестности должников следует также иметь систему способов принудительного выявления цифровых активов и их включения или возвращения в конкурсную массу, при этом соблюдая баланс регламентации, чтобы этот сектор экономики продолжал развиваться.

Законодательство Австралийского Союза в сфере обращения цифровых активов продолжает находиться в стадии развития, а законодательство определяет общие правила для всех активов должника, лишь некоторые из которых применимы к цифровым активам в силу их уникальности, децентрализованной и нематериальной природы. В силу отсутствия нормативных правил работы с такими активами в процедуре личного банкротства австралийский регулятор разработал рекомендации, анализ которых показывает, что они охватывают не весь спектр потенциальных проблем и рисков, с которыми могут столкнуться лица, управляющие имуществом должника и админи-

стрирующие соответствующие процедуры банкротств при выявлении/отслеживании таких активов, включении/возвращении их в конкурсную массу и последующими оценкой и реализацией с целью выплат кредиторам. Вместе с тем устранение подобных проблем и рисков должно способствовать предотвращению неправомерного уменьшения конкурсной массы, а также препятствовать повышению рисков того, что должники будут вести себя недобросовестно, используя возможности технологии распределенных реестров (DLT) для скрытия цифровых активов от кредиторов.



Список источников

1. Богдановская И.Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 75–87.
2. Ермакова Е.П., Фролова Е.Е. Правовое регулирование цифрового банкинга в России и зарубежных странах (Европейский союз, США, КНР) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. № 46. С. 606–625. DOI: 10.17072/1995-4190-2019-46-606-625.
3. Киселев А.А. Значение судебных решений в Англии, Германии и Франции // Новый юридический вестник. 2025. № 2 (44). С. 36–39.
4. Коршунова П.В. Правовые средства обеспечения единства судебной практики в странах общего права // Электронный журнал «Наука. Общество. Государство». 2020. № 3. С. 187–197.
5. Рожкова М.А. Судебный прецедент и судебная практика В кн.: Иски и судебные решения: Сборник статей. М.: Статут, 2009. С. 320–353.
6. Allen J.G., Rauchs M., Blandin A. et al. Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets. CCAF Publications, 2020, pp. 1–55. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=3712888> (дата обращения: 18.07.2025).
7. Burkaltseva D.D. et al. Financial and economic security of business as a primary element in the economic system. Revista Espacios, 2017, vol. 38, no. 33, pp. 3–23.
8. Edwards F.R. et al. Crypto Assets Require Better Regulation: Statement of the Financial Economists Roundtable on Crypto Assets. Financial Analysts Journal, 2019, vol. 75. no. 2, pp. 14–19. DOI: 10.1080/0015198X.2019.1593766.
9. Fang F., Ventre C., Basios M. et al. Cryptocurrency trading: a comprehensive survey. Financial Innovation, 2022, vol. 8, no. 13, pp. 1–59. DOI: 10.1186/s40854-021-00321-6.
10. Fox D. Cryptocurrencies in the Common Law of Property. SSRN Electronic Journal, 2018, pp. 1–42. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3232501>. DOI: 10.2139/ssrn.3232501 (дата обращения: 18.07.2025)
11. Hill J. Chapter 3 — Money: A Medium of Exchange, Unit of Account, and Store of Wealth. FinTech and the Remaking of Financial Institutions, 2018, pp. 41–68. DOI: 10.1016/B978-0-12-813497-9.00003-2.
12. Jokić S., Cvetković A.S. et al. Comparative analysis of cryptocurrency wallets vs traditional wallets. Ekonomika, 2019, vol. 65, no. 3, pp. 65–75. DOI: 10.5937/ekonomika1903065J.

13. Knoll-Csete E., Birher N., Varga N. Regulating cryptocurrencies — legal challenges and risks. Cambridge Open Engage, 2024, pp. 1–19.
14. Reeves P., O'Grady R., Shen E. Australia. In: J. N. Dewey (ed.) *Global Legal Insights Blockchain & Cryptocurrency Regulation* (6th ed.). London: Global Legal Group, 2024, pp. 210–223.
15. Remolina N., Gurrea-Martínez A. et al. The Treatment of Digital Assets in Insolvency. In: J. G. Allen et al. (eds.) *Oxford Handbook of Digital Assets and the Law*. Oxford: University Press, 2024, pp. 1–25. DOI: 10.2139/ssrn.4915592.
16. Sarra J., Madaus S., Mevorach I. Chasing assets abroad: Ideas for more effective asset tracing and recovery in cross-border insolvency. *International Insolvency Review*, 2023, vol. 32, no. 2, pp. 253–288. DOI: 10.1002/iir.1499.
17. Shahzad M.F. et al. Cryptocurrency awareness, acceptance, and adoption: the role of trust as a cornerstone. *Humanities and Social Sciences Communications*, 2024, vol. 11, no. 4, pp. 1–15. DOI: 10.1057/s41599-023-02528-7.
18. Subramanian R., Chino T. The State of Cryptocurrencies, Their Issues and Policy Interactions. *Journal of International Technology and Information Management*, 2015, vol. 24, issue 3, pp. 24–40. DOI: 10.58729/1941-6679.1045.



References

1. Allen J.G., Rauchs M., Blandin A. et al. (2020) Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets. *CCAF Publications*, pp. 1–55. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3712888>.
2. Bogdanovskaya I. Y. (2010) The evolution of judicial precedent in «common law». *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 3, no. 2, pp. 75–87 (in Russ.).
3. Burkaltseva D.D. et al. (2017) Financial and economic security of business as a primary element in the economic system. *Revista Espacios*, vol. 38, no. 33, pp. 3–23.
4. Edwards F.R. et al. (2019) Crypto Assets Require Better Regulation: Statement of the Financial Economists Roundtable on Crypto Assets. *Financial Analysts Journal*, vol. 75, no. 2, pp. 14–19. DOI: 10.1080/0015198X.2019.1593766.
5. Ermakova E.P., Frolova E.E. (2019) Legal Regulation of Digital Banking in Russia and Foreign Countries (European Union, USA, PRC). *Vestnik Permskogo universiteta. Juridicheskie nauki*=Perm University Herald. Juridical Sciences, Issue 46, pp. 606–625. DOI: 10.17072/1995-4190-2019-46-606-625. (in Russ.).
6. Fang F., Ventre C., Basios M. et al. (2022) Cryptocurrency trading: a comprehensive survey. *Financial Innovation*, vol. 8, no. 13, pp. 1–59. DOI: 10.1186/s40854-021-00321-6.
7. Fox D. (2018) Cryptocurrencies in the Common Law of Property. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–42. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3232501>. DOI: 10.2139/ssrn.3232501.
8. Hill J. (2018) Chapter 3, Money: A Medium of Exchange, Unit of Account, and Store of Wealth. *FinTech and the Remaking of Financial Institutions*, pp. 41–68. DOI: 10.1016/B978-0-12-813497-9.00003-2.
9. Jokić S., Cvetković A.S. et al. (2019) Comparative analysis of cryptocurrency wallets vs traditional wallets. *Ekonomika*, vol. 65, no. 3, pp. 65–75. DOI: 10.5937/ekonomika1903065J.

10. Kiselyov A.A. (2025) The significance of judicial decisions in England, Germany and France. *Novyy yuridicheskiy vestnik*=New Legal Bulletin, no. 2, pp. 36–39 (in Russ.)
11. Knoll-Csete E. et al. (2024) Regulating cryptocurrencies — legal challenges and risks. *Cambridge Open Engage*, pp. 1–19. Available at: <https://www.cambridge.org/engage/coe/article-details/673ce7725a82cea2fac1ac96>. DOI: 10.33774/coe-2024-k6j7h.
12. Korshunova P.V. (2020) Legal Means of Ensuring the Unity of Judicial Practice in Common Law Countries. *Elektronnyy zhurnal «Nauka. Obshchestvo. Gosudarstvo»*=Electronic journal «Science. Society. State», no. 3, pp. 187–197 (in Russ.)
13. Reeves P., O’Grady R., Shen E. (2024) Australia. In: J. N. Dewey (ed.) *Global Legal Insights Blockchain & Cryptocurrency Regulation*. London: Global Legal Group, pp. 210–223. Available at: <https://www.acc.com/sites/default/files/resources/upload/Blockchain%20and%20Cryptocurrency%20Regulation%202024.pdf>.
14. Remolina N., Gurrea-Martínez A., Liu D. et al. (2024) The Treatment of Digital Assets in Insolvency. In: J. G. Allen et al.(eds.) *Oxford Handbook of Digital Assets and the Law*. Oxford: University Press, pp. 1–25. Available at: <https://ssrn.com/abstract=4915592>. DOI: 10.2139/ssrn.4915592.
15. Rozhkova M. A. (2009) Judicial precedent and judicial practice. In: *Lawsuits and court decisions: Collection of articles*. Moscow: Statut, pp. 320–353 (in Russ.)
16. Sarra J., Madaus S., Mevorach I. (2023) Chasing assets abroad: Ideas for more effective asset tracing and recovery in cross-border insolvency. *International Insolvency Review*, vol. 32, no. 2, pp. 253–288. DOI: 10.1002/iir.1499.
17. Shahzad M.F. et al. (2024) Cryptocurrency awareness, acceptance, and adoption: the role of trust as a cornerstone. *Humanities and Social Sciences Communications*, vol. 11, no. 4, pp. 1–15. DOI: 10.1057/s41599-023-02528-7.
18. Subramanian R., Chino T. (2015) The State of Cryptocurrencies, Their Issues and Policy Interactions. *Journal of International Technology and Information Management*, vol. 24, issue 3, article 2, pp. 24–40. Available at: <https://scholarworks.lib.csusb.edu/jitim/vol24/iss3/2>. DOI: 10.58729/1941-6679.1045.

Информация об авторах:

С.В. Одинцов—кандидат юридических наук, доцент.

М.С. Грибановская — аспирантка.

Information about the authors:

S.V. Odintsov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

M.S. Gribanowskaya — Postgraduate Student.

Статья поступила в редакцию 04.12.2024; одобрена после рецензирования 28.04.2025; принята к публикации 05.08.2025.

The article was submitted to editorial office 04.12.2024; approved after reviewing 28.04.2025; accepted for publication 05.08.2025.

Научная статья

УДК: 347

JEL: K3

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.252.277

Регулирование отношений контролирующего и подконтрольного обществ, основанных на договоре



Александр Сергеевич Федоров

Исследовательский центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Россия 109012, Москва, ул. Ильинка, 8/2,
as.feedorov@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7489-2396>

Author ID: 460161



Аннотация

Текущее регулирование отношений, возникающих в связи с осуществлением основным обществом корпоративного контроля над дочерним (отношения подконтрольности), в российском праве является недостаточно ясным и последовательным. В законе, доктрине и судебной практике России не определены границы применения правил п. 2 и п. 3 ст. 67.3 Гражданского кодекса, поэтому они в равной мере применяются к отношениям подконтрольности, возникающим как на основании преобладающего участия в уставном капитале общества, так и на основании договора или из иных оснований. Подобная неопределенность правового регулирования вызывает серьезные трудности в догматической проработке и объяснении таких базовых конструкций, как право основного общества давать указания дочернему, солидарная ответственность основного общества по сделкам дочернего, заключенным во исполнение указания, ответственность основного общества перед дочерним за дачу ему невыгодных указаний. В связи с этим важной задачей является четкое определение правовой природы и особенностей таких категорий, а также встраивание их в имеющуюся систематику российского корпоративного права. Для достижения указанных целей в статье проводится анализ немецкой судебной практики и доктрины, где исследуются отношения подконтрольности на основании договора между зависимыми обществами, известные как институт «договорного концерна». Автор приходит к выводу, что солидарная ответственность основного общества по обязательствам дочернего основывает-

ся на доктрине «проникающей ответственности» и концепции «ответственности концерна за нарушение доверия», а право давать указания необходимо понимать как юридические действия основного общества по управлению исполнительным органом дочернего, объем которых определяется договором, но не может затрагивать компетенцию иных органов управления. Сделан вывод, что исполнительные органы должны соблюдать обязанность заботливости при даче указаний обществу, а в ряде случаев к ответственности помимо основного общества в целом могут быть привлечены члены его исполнительных органов.



Ключевые слова

основное общество; дочернее общество; корпоративный контроль; корпоративное управление; группа компаний; ответственность.

Благодарности: Исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания, утвержденного Исследовательскому центру частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации (номер работы в ЕГИСУ НИОКТР 124022800185-5).

Для цитирования: Федоров А.С. Регулирование отношений контролирующего и подконтрольного обществ, основанных на договоре // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2025. Том 18. № 3. С. 252–277. DOI: 10.17323/2072-8166.2025.3.252.277

Research article

Regulation of Relations between Controlling and Controlled Companies under the Contract



Alexander S. Fedorov

Private Law Research Centre, 8/2 Ilinka Str., Moscow 109012, Russia,
as.fedorov@gmail.com; Author ID: 460161, <https://orcid.org/0000-0001-7489-2396>



Abstract

The current regulation of relationships arising due to the exercise by a parent company of corporate control over a subsidiary (“relationships of controllability”) in Russian law is insufficiently clear and consistent. The law, doctrine and judicial practice do not define the boundaries of application of the rules of para 2 and 3 of Art. 67.3 of the Civil Code, therefore they are equally applicable to relationships of controllability, arising both on the basis of majority participation in the authorized capital of the company and on the basis of a contract or other grounds. Such uncertainty of legal regulation causes serious difficulties in dogmatic elaboration and explanation of such basic constructions as the right of the parent company to give instructions to the subsidiary; joint and several liability of the parent company for transactions of the subsidiary made in execution of the instructions; liability of the parent company to the subsidiary for issuing disadvantageous instructions to it. Therefore, an important goal is to define the

legal nature and peculiarities of such categories and to integrate them into the existing systematics of Russian corporate law. To achieve these goals in the paper the author uses the analysis of German judicial practice and doctrine, in the framework of that the relationships of controllability based on the contract between affiliated companies, known as “contractual concern”, are examined. The author concludes the joint liability of the parent company for the obligations of the subsidiary is based on the doctrine of piercing liability and the concept of “concern liability for breach of trust”, and the right to give instructions should be understood as legal actions of the parent company to manage the executive body of the subsidiary, the scope of which is determined by the contract, but may not affect the powers of other managing bodies. It is also concluded that executive bodies should comply with the duty of care, when giving instructions to the company, and in some cases members of its executive bodies may be held liable in addition to the parent company.



Keywords

parent company; subsidiary company; corporate control; corporate governance; group of companies; liability.

Acknowledgements: This study was prepared as part of a state task fulfilled by the Alekseev Private Law Research Center under the President of the Russian Federation (research No. 124022800185-5).

For citation: Fedorov A.S. (2024) Regulation of Relations between Controlling and Controlled Companies under the Contract. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no. 3, pp. 252–277 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2025.3.252.277

Введение

Имущественная самостоятельность и частная автономия являются базовыми характеристиками любой корпорации. Вместе с тем корпоративное право допускает отступление от этого правила, если речь идет о корпоративных объединениях правосубъектного и неправо субъектного характера. Одной из ключевых составляющих предмета корпоративного права являются «внешние» корпоративные отношения, включающие отношения материнских, дочерних и иных «взаимосвязанных» корпораций, составляющих концерны или холдинги [Суханов Е.А., 2014: 237]. Указанные отношения состоят в координации деятельности единой экономической группы, ядро которой — порядок осуществления корпоративного контроля над зависимыми обществами (далее — отношения подконтрольности).

При этом ограничение автономии корпорации, безусловно, не может быть безграничным, ввиду чего игнорирование самостоятельности юридического лица может допускаться лишь в исключительных случаях. В связи с этим абз. 2 п. 2 ст. 67.3 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ, ГК) является исключитель-

ной мерой, применение которой должно допускаться лишь когда дочернее (подконтрольное) общество совершает явно невыгодные сделки по указанию основного (контролирующего). Одновременно дочернее общество также должно обладать некоторыми способами защиты от невыгодных или даже незаконных указаний основного общества, чтобы в том числе избежать совершения невыгодных сделок и переноса рисков несогласованности в отношениях компаний группы на их контрагентов.

В российском законодательстве отсутствует подробное регулирование отношений «взаимосвязанных» корпораций аналогично праву концернов или праву холдингов в зарубежных правовых порядках [Суханов Е.А., 2014: 254]. В связи с этим необходимо (как минимум на доктринальном уровне) сформировать единый подход к различным вопросам этой области корпоративного права. В настоящей работе принята попытка проанализировать отношения подконтрольности, возникающие на основании договора между основными и дочерними обществами, а также содержание и объем понятия «право давать указания».

Не до конца понятна критика отношений подконтрольности, возникающих на основании договора, которую воспроизводят в комментарии разработчики Федерального закона «Об акционерных обществах» (далее — Закон об акционерных обществах)¹ [Блэк Б., Крэкман Р., Тарасова А., 1999: 145] и иные ученые [Шиткин А.О., 2015: 237], основывающие их доводы на анализе доктрины и законодательства стран семьи общего права. Такое основание отношений подконтрольности критикуется в связи с тем, что передача акционерам возможности определять решения на основании договора невозможна, так как это является вмешательством в автономию корпорации², а соответствующие положения ГК и Закона об акционерных обществах — свидетельство непонимания того порядка, в котором общество принимает свои решения.

Между тем российское регулирование отношений подконтрольности между основным и дочерним обществами больше тяготеет к характерному для ряда романо-германских правовых порядков праву

¹ Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 25.12.2023) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1; 2025. № 28. Ст. 3841.

² В судебной практике встречается позиция, что возможность определять решения (давать указания) другого лица подразумевает отсутствие у подконтрольного лица автономии воли. См.: постановление Девятого ААС от 07.11.2016 по делу № А40-199627/2015; определение АС Москвы от 22.12.2022 по делу № А40-294216/19-24-349Б.

концернов (Konzernrecht), по которому концерн — особая договорная форма кооперации нескольких самостоятельных корпораций, которые ведут совместно общую деятельность под общим руководством. В таком случае для анализа конструкции договорных отношений подконтрольности основного и дочернего обществ, а также возникающего в связи с этим права давать обязательные указания необходимо обращение именно к аналогичным конструкциям немецкого правопорядка, где эта концепция получила наибольшее развитие, а не к английскому и французскому корпоративному праву, в догматику которого не до конца вписывается как право концернов, так и детальное регулирование отношений подконтрольности [Суханов Е.А., 2014: 238, 239].

Установление отношений подконтрольности на основании договора, а также привлечение к солидарной ответственности основного общества по обязательствам дочернего вследствие реализации основным обществом права давать указания на основании такого договора не распространено в российском праве. Существенную роль в этом играет противоречивая судебная практика. Суды часто отказывают в привлечении к ответственности основного общества по обязательствам дочернего, несмотря на договорные отношения между ними, из которых следует право давать указания дочерним обществам³. Для привлечения к солидарной ответственности требуется наличие отношений подконтрольности в силу преобладающего участия между основным и дочерним обществом⁴.

Однако указанное обстоятельство относится к иному основанию возникновения отношений подконтрольности, а поэтому принимать его во внимание при привлечении основного общества к солидарной ответственности по обязательствам дочернего является смешением различных правовых институтов. Указанную ситуацию позволяет прояснить обращение к немецкому регулированию, где в соответствии с § 15 Aktiengesetz (далее — AktG)⁵ преобладающее

³ Постановление АС Северо-Западного округа от 12.07.2021 по делу № А56-1456/2020, ; постановление АС Северо-Кавказского округа от 16.11.2016 по делу № А63-84/2016, от 11.06.2020 по делу № А63-3323/2019; постановление АС Западно-Сибирского округа от 29.07.2016 по делу № А27-20172/2015, от 21.05.2019 по делу № А45-29115/2018; постановление АС Волго-Вятского округа от 07.10.2016 по делу № А17-3495/2015.

⁴ Определение ВАС РФ от 14.12.2011 № ВАС-16604/11 по делу № А76-24034/2010.

⁵ Aktiengesetz [AktG] vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch Artikel 18 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 323) geändert worden ist. Available at: URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/> (дата обращения: 25.08.2025)

участие (в уставном капитале) (Mehrheitsbeteiligung) и концерн на основе договора (Vertragskonzern) являются различными способами установления отношений подконтрольности над зависимыми обществами.

С другой стороны, изредка встречаются и решения, в которых российские суды привлекают основное общество к ответственности по обязательствам дочернего, основываясь на том, что: (1) между ними был заключен договор, в программе которого имелось обязательство дочернего общества выполнять указания основного, и (2) во исполнение таких указаний дочернее общество заключило сделку, в рамках которой оно причинило убытки кредитору⁶. Вместе с тем не до конца прояснен сам порядок дачи таких указаний, хотя здесь можно сразу задать ряд вопросов, ответа на которые не найти ни в российском законодательстве, ни в доктрине: может ли основное общество давать любые указания дочернему или существуют пределы реализации этого права; вправе ли дочернее общество не выполнять невыгодные или незаконные указания; могут ли органы управления основного общества быть привлечены к ответственности за дачу указаний; различается ли стандарт вины, если основное общество умышленно давало невыгодные указания или делало это по небрежности и т.д.

Непонятна и правовая природа самой категории «право давать указания». «Указание» определяется как «локальные властные веления, которые должна исполнять обязанная сторона», при этом не являющиеся обязательственными правами требования, но вытекающие из автономии воли сторон, связавших себя отношениями, из которых вытекает право давать такие указания [Гутников О.В., 2019: 113]. Едва ли подобное определение встраивает «указания» в догматику частного права.

И.С. Шиткина определяет «указания» как «распоряжения (акты, действия) органов основного общества, направляемые волеизъявляющему органу дочернего общества (генеральному директору, директору) о совершении сделки на определенных условиях»⁷. Однако все равно остается неясным, имеется ли в виду понимание «указаний» как сделочных актов и сделкоподобных действий, но тогда встает вопрос: зачем объединять эти явления термином «распоряжения»,

⁶ Постановление АС Московского округа от 12.10.2021 по делу № А40-157327/2020; постановление АС Северо-Западного округа от 02.07.2021 по делу № А56-123820/2019.

⁷ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об обществах с ограниченной ответственностью»: в 2 т. Т. 1 / под ред. И.С. Шиткиной. М., 2021. С. 123.

или «распоряжения» также является попыткой обособить правовую природу указаний, а «акты» и «действия» едва ли имеют то частно-правовое наполнение, которое от них ожидается?

Именно поэтому необходимо проанализировать отношения подконтрольности, которые оформляются в виде договорного концерна, создаваемого в соответствии с абз. 2 § 18 AktG на основании соглашения об управлении (Beherrschungsvertrag), обоснование, природу и основания привлечения основного общества к ответственности по обязательствам дочернего, а также правовую природу «права давать указания» основным обществом дочернему и иные вопросы, встающие в связи с его реализацией.

1. Ответственность договорного концерна перед его кредиторами

Одна из важных проблем концерна, возникающего в силу договора, по немецкому праву заключается в вопросе: как распределяется ответственность по долгам отдельных членов концерна. Так, при буквальном прочтении абз. 2 § 18 AktG может показаться, что при объединении отдельных компаний (einzelne Unternehmen) в концерн они приобретают статус «компаний концерна» (Konzernunternehmen). Это означает, что кредитор может рассматривать всю группу компаний в качестве своего должника при наличии требования только одной из них. Однако в силу принципа отделения имущества корпорации от имущества ее участников (Trennungsprinzip) ответственность по обязательствам подконтрольных компаний несут только подконтрольные компании, но не контролирующая компания или другие компании группы [Суханов Е.А., 2014: 15–16]⁸. Поэтому привлечение к ответственности контролирующей компании по обязательствам подконтрольного общества должно осуществляться по тем же условиям, по которым к ответственности по обязательствам юридических лиц привлекаются их конечные бенефициары. В немецком праве это возможно путем использования доктрины проникающей ответственности (Haftungsdurchgriff), которая может использоваться в случаях явного злоупотребления бенефициаров контролирующей компании или смешения активов, произошедшего в результате нарушения⁹.

В качестве другого исключения, которое было выведено Федераль-

⁸ BGH, 21.09.1981 — II ZR 104/80, BGHZ 81, 311; BGH, 24.01.2006 — XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84.

⁹ BGH, 30.11.1978 — II ZR 204/76, NJW 1979, 2104.

ным судом Швейцарии в одном из дел, выступает создание контролирующей компанией у третьего лица обоснованного доверия к тому, что именно она отвечает за подконтрольную компанию¹⁰. Если после создания такого доверия контролирующая компания пытается уйти от ответственности, то в силу противоречивого поведения контролирующая компания будет отвечать в рамках концепции «ответственности концерна за нарушение доверия» (Konzernvertrauenshaftung). При этом похоже, что такая ответственность будет деликтной, а не договорной, так как контролирующая компания отвечает не по долгам подконтрольного общества (что недопустимо в силу принципа относительности обязательства), а возмещает ущерб (Schadensersatz) за недобросовестное нарушение доверия кредиторов.

В немецком праве концепция ответственности контролирующего общества вызывает дискуссию и обсуждается только в доктрине. В качестве возможного догматического основания предлагается использовать абз. 3 § 311 Германского гражданского уложения (далее — ГГУ, BGB), когда контролирующая компания оказывает существенное влияние на переговоры и заключение договора подконтрольной компании с кредитором [Emmerich V., Habersack M., 2013: 340, 341]. Другое обоснование, которое встречается в доктрине — привлечение контролирующей компании по абз. 2 § 311 ГГУ в ситуациях преддоговорной ответственности (culpa in contrahendo) в связи с наличием у контролирующего общества претерпеваемого или кажущегося полномочия (Duldungs-/Anscheinsvollmacht) в отношениях с третьим лицом. Аналогично в качестве основания для привлечения к такой ответственности рассматривается направление такому лицу контролирующей компанией «комфортного» письма (a comfort letter, Patronatserklärung), которое создает неверное впечатление о платежеспособности подконтрольной компании и является нарушением в связи с переговорами до заключения договора [Emmerich V., Habersack M., 2010: 596]. Некоторые немецкие ученые полагают, что такая ответственность не вытекает из отношений по управлению подконтрольным обществом, а возникает непосредственно у контролирующего общества перед кредиторами, чье доверие было нарушено, а поэтому возникает не из оснований, предусмотренных § 311 ГГУ¹¹.

Это отличает немецкий правопорядок от российского, в котором

¹⁰ Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 11. Dezember 1990 i.S. Schweizerische Kreditanstalt und CS Holding gegen Eidgenössische Bankenkommission. BGE 116 Ib 331.

¹¹ Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 5: § 278-328. 3. Aufl. München, 2009. § 317 Rn. 123.

ответственность основного (контролирующего) общества по обязательствам дочернего является строгой, что прямо нарушает принцип относительности обязательств. Кроме того, в немецком правопорядке кредитору не нужно вникать во внутренние отношения контролирующего и подконтрольного обществ, а достаточно внешних признаков того, что контролирующее общество создает видимость действия подконтрольного общества по его указанию. В российском праве требуется доказать не только наличие отношений подконтрольности между основным и дочерним обществами, но и то, что дочернее общество действовало по указанию или с согласия основного, а также что основное общество на общем собрании дочернего или орган управления основного общества не одобрили эту сделку.

2. Право контролирующего общества давать указания подконтрольному обществу в рамках договорного концерна

2.1. Общие положения

В результате приобретения контроля материнского (контролирующего) общества над дочерним (подконтрольным) вследствие возникновения договорного концерна, контролирующее общество получает возможность управлять подконтрольным и давать ему указания (инструкции) (абз. 1 § 308 AktG). При этом в случае возникновения концерна в силу участия компаний друг в друге (Eingliederung) право управлять подконтрольным (дочерним) обществом возникает у контролирующего (основного) общества в силу доли участия и права голоса на общем собрании подконтрольного общества, а не в силу договора.

В соответствии с абз. 2 § 308 AktG правление обязано выполнять любые указания (Weisungen) контролирующего общества и не может отступить от них, за исключением случая, когда указание очевидно не служит интересам (offensichtlich nicht Belangen dient) концерна. Таким образом, контролирующее общество может дать подконтрольному указания, которые наносят ущерб, если эти указания выгодны для контролирующего общества или связанных с ним компаний.

Вместе с тем это не означает, что при даче таких указаний представитель контролирующего общества, которым чаще всего является правление, не должен соблюдать фидуциарных обязанностей по отношению к подконтрольному обществу. Согласно абз. 1 § 309 AktG представитель контролирующего общества должен действовать с

заботливостью разумного и добросовестного руководителя (*Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*). В случае нарушения своих обязанностей правление или иной законный представитель контролирующего общества может быть привлечен к ответственности (абз. 2 § 309). Не исключена и солидарная ответственность членов правления в общем порядке на основании § 93. Она может наступить, если они нарушили свои обязанности по контролю за исполнением указаний контролирующей компании (*Kontrollpflicht*).

2.2. Дача указаний в многоуровневых концернах

В многоуровневых (*mehrstufige*) концернах контролирующая компания имеет право давать указания только стороне договора контроля (управления) [Emmerich V., Habersack M., 2013: 434-435]. Это означает, что при последовательном заключении нескольких соглашений о контроле между тремя компаниями А, В и С (где А и В находятся в отношениях контрольного и подконтрольного общества ровно так же, как В и С) А не имеет права напрямую давать указания обществу С. Единственная возможность влияния компании А на деятельность компании С в такой ситуации — дача подконтрольному обществу своего уровня (В) указания касательно управления подконтрольным обществом его уровня (С)¹², что, правда, неэффективно, поскольку указание может быть не исполнено.

Однако существует еще одна возможность дачи указаний «через голову» — делегирование права давать указания (*Delegation des Weisungsrechts*) третьему лицу или передача права давать указание (*Übertragung des Weisungsrechts*). Это обусловлено тем, что право давать указания, безусловно, не обязано осуществляться только контролирующим обществом лично. При этом в случае делегирования права давать указания речь идет именно о делегировании полномочий (*Unterbevollmächtigung*) третьим лицам — делегатами (*Delegatare*), схожее по природе, по всей видимости, с римской делегацией. Во втором случае речь идет про то, что третья сторона уполномочивается (*ermächtigen*) давать указания вместо контролирующего общества путем выдачи доверенности.

Разница также заключается в распределении ответственности при нарушении прав подконтрольного общества. В случае делегирования права давать указания ответственность перед подконтрольными обществами при нарушении договора о контроле (управлении) или фи-

¹² BVerwG, 14.04.1989 — 4 C 52.87, NJW 1990, 1313 (Ls.).

дуциарных обязанностей несет само контролирующее общество, а не делегатарий¹³ (§ 309 AktG в сочетании с §§ 31 и 278 BGB). С технической точки зрения отношения контролирующего общества и третьего лица (делегатария) оформляются либо договором поручения (Auftrag) либо иным договором о ведении чужого дела с полномочием.

При этом в любом случае речь не идет о подлинной передаче (уступке) права давать указания третьему лицу [Emmerich V., Habersack M., 2013: 437]. Во-первых, передача права давать указания невозможна без передачи полноценной договорной позиции по договору управления, которая имеется у контролирующего общества. Такое право не существует отдельно от нее по смыслу § 398 и 413 ГГУ, а передача такой позиции в то же время в соответствии с § 295 AktG возможна только путем изменения договора, т.е. полноценной замены контролирующего общества на третье лицо в договоре.

Стоит также обратить внимание, что абз. 1 § 308 AktG указывает на возможность дачи указаний правлению общества, хотя в § 291 речь идет о заключении договора об управлении над всем обществом. Следовательно, пределы дачи указаний контролирующим обществом подконтрольному редуцируются до возможности указаний только правлению подконтрольного общества, но не его другим органам управления. Указанное обстоятельство также ведет к тому, что члены правления могут быть персонально ответственны перед контролирующим обществом в случае нарушения договора об управлении.

Общее собрание и наблюдательный совет остаются независимыми от указаний контролирующего общества, поэтому договор об управлении не влияет на их компетенцию. Не распространяется он и на работников подконтрольного общества, у которых отсутствует обязанность следовать непосредственно указаниям контролирующего общества. На практике, если ряд сделок требует одобрения наблюдательного совета (абз. 4 § 111 AktG), то это может приводить к конфликту права контролирующего общества давать указания и возможности наблюдательного совета не одобрить такой сделки [Emmerich V., Habersack M., 2013: 445].

Единственное исключение из этого правила содержится в абз. 3 § 308, в соответствии с которым правление может преодолеть компетенцию наблюдательного совета на одобрение сделки, если тот не одобрил сделку, но контролирующее общество повторно дало поручение правлению ее осуществить. Однако если наблюдательный совет имеется у контролирующего общества, то указание может быть

¹³ Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 5: § 278–328. § 308, Rn. 41.

повторено только с его одобрения. Замысел законодателя здесь в том, что представители работников концерна входят в такой совет и также участвуют в принятии решения о согласии на дачу повторного указания правлению подконтрольного общества.

2.3. Объем и содержание права давать указания подконтрольному обществу

Как следует понимать указания контролирующего общества? Право давать «указание» в широком смысле следует понимать как любые действия контролирующей компании, посредством которых она оказывает влияние на управление подконтрольным обществом. Обязательность данной меры исходит из того, что именно во власти контролирующей компании находится возможность смены правления, а поэтому при невыполнении указаний контролирующего общества состав правления могут сменить на другой (абз. 2 § 308 AktG)¹⁴. Простые рекомендации и советы контролирующего общества не являются инструкциями, обязательными для исполнения по смыслу закона. Обязательность указаний также проявляется в их правовой природе. Указания можно отнести к сделкоподобным действиям (*rechtsgeschäftsähnliche Handlungen*), к которым применяются положения о юридических сделках (*Rechtsgeschäfte*).

При этом право давать указания ничего не меняет во внешних отношениях контролирующего и подконтрольного обществ — у контролирующего общества не возникает полномочий по представлению подконтрольного. Такие полномочия могут быть даны контролирующему обществу в отдельных случаях, но в целом действия контролирующего общества как представителя подконтрольного следует считать недопустимыми, ведь в соответствии с § 177 ГГУ сделка всегда будет связывать подконтрольную компанию в связи с обязанностью одобрения ею таких сделок в силу внутренних отношений подконтрольности.

Отдельный вопрос, который ставится в доктрине — подпадают ли другие средства для обеспечения согласованного управления подконтрольными обществами по смыслу абз. 1 § 18 AktG под понятие «указания контролирующего общества». К примеру, возможные отношения фактической подконтрольности путем двойного членства определенных лиц в правлении или оказание влияния на подконтрольное общество через общее собрание или наблюдательный совет.

¹⁴ Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 5: § 278–328. § 308, Rn. 9.

Двойной мандат члена правления часто рассматривается как имплицитное общее указание контролирующего общества членам правления подконтрольного общества выполнять соответствующие указания такого «прикомандированного» члена правления. Труднее оценить влияние контролирующего общества на подконтрольное в случае косвенного влияния правления через общее собрание или наблюдательный совет. Однако для целей недопущения обхода § 308 и 309 такое влияние не признается прямым указанием контрольного общества правлению подконтрольного, чтобы не допускать безграничного права на проверку (*Prüfungsrecht*) влияния контролирующего [Emmerich V., Habersack M., 2013: 438–439]. В результате в немецком праве указаниями контролирующего общества все-таки признаются именно сделкоподобные действия, возникающие из договора об управлении. Именно этот подход отражен и в российском праве для акционерных обществ, где право давать указания может вытекать только из договора с дочерним обществом или устава дочернего общества (абз. 2 п. 3 ст. 6 Закона об акционерных обществах), но не в силу влияния контролирующего общества через участие в общем собрании.

Говоря о праве давать указания, тем не менее, нельзя утверждать, что у контролирующего общества имеется обязанность давать указания (*Weisungspflicht*). Контролирующее общество вправе оставить правлению подконтрольного общества свободу усмотрения в управлении им, но не имеет обязанности всегда давать конкретные указания, поэтому в случае бездействия по управлению подконтрольным обществом оно не может быть привлечено к ответственности. Но из этого правила существует исключение.

В соответствии с абз. 2 § 309 и абз. 1 § 249 ГГУ если указание контролирующего общества нанесло ущерб подконтрольному обществу и негативно повлияло на его деятельность, контролирующее общество и его менеджеры могут быть привлечены к ответственности перед подконтрольным обществом. Поэтому, чтобы избежать ответственности, контролирующее общество фактически обязано отменить неправомерное указание самостоятельно или по требованию подконтрольного общества (т.е. возникает некоторая обязанность отменить одно указание и дать новое для уменьшения ущерба для подконтрольного общества и уменьшения рисков привлечения к ответственности менеджмента контролирующего общества) [Emmerich V., 2013: 653].

Объем права давать указания у контролирующего общества подконтрольному определяется договором, но является достаточно

широким по умолчанию. Так, в соответствии с абз. 1 § 309 AktG предметом права давать указания (*Gegenstand des Weisungsrechts*) контролирующего общества являются правоотношения по управлению подконтрольным обществом его правлением. При этом отсутствуют различия между основополагающими вопросами экономической бизнес-стратегии подконтрольного общества и вопросами текущей деятельности.

Контролирующее общество вправе давать указания по любым вопросам, относящимся к компетенции правления в соответствии с § 76 AktG [Emmerich V., Habersack M., 2013: 441]. Например, оно может давать указания в отношении таких, казалось бы, важных для жизнедеятельности общества вопросов, как созыв общего собрания акционеров, увеличение уставного капитала, формирование резервов и порядок проведения аудита и подготовки годовой финансовой отчетности. Из этого также вытекает широкое право на информацию в отношении подконтрольного общества, которая имеет отношение к осуществлению права управления над ней, т.е. фактически к большинству информации такого общества [Pentz A., 2007: 599].

С другой стороны, контролирующее общество не вправе по договору об управлении давать указания и вмешиваться в компетенцию иных органов управления подконтрольным обществом — наблюдательного совета и общего собрания. Аналогично не может быть дано указания о передаче прибыли подконтрольного общества контролирующему путем выплаты дивидендов, так как в таком случае есть риск обхода правил о договоре передачи прибыли (*Gewinnabführungsvertrag*), который может быть заключен наряду с договором об управлении в соответствии с абз. 1 § 291 AktG.

В соответствии с абз. 1 § 308 контролирующее общество вправе давать подконтрольному обществу и указания, которые имеют на него негативное воздействие, при условии, что такое указание служит интересам контролирующего общества или других компаний концерна. Часто в этом контексте используют термин «групповой интерес» (*Konzerninteresse*), что не вызывает возражений, пока речь идет только об интересе контролирующего общества и отдельных компаний концерна по смыслу абз.1 § 308 и абз. 1 § 18 AktG. Не существует изолированного и отличного понятия «групповой интерес» в смысле интереса группы компаний в целом (скорее всего, его в принципе невозможно определить) [Hoffman-Becking M., 2012: 433].

Дача указания ничего не меняет для подконтрольного общества во внешних отношениях с третьими лицами. Это в равной мере относится к его волеизъявлениям (*Willenserklärungen*), а также причи-

нению вреда неправомерными действиями (unerlaubte Handlungen)¹⁵. Вместе с тем в случае совершения деликта контролирующее общество может быть привлечено к солидарной ответственности с подконтрольным обществом в качестве подстрекателя, который будет считаться совместно причинившим вред по смыслу абз. 2 § 830 ГГУ.

2.4. Исполнение подконтрольным обществом невыгодных и незаконных указаний

Возможность давать невыгодные указания подконтрольному обществу, по мнению законодателя, также объясняется тем, что все выгоды одних и невыгоды других компаний группы в итоге балансируются и уравниваются в рамках группы компаний (концерна). Невыгодное указание, данное подконтрольному обществу, должно оцениваться с точки зрения экономического состояния всей группы компаний в результате исполнения такого указания подконтрольным обществом. Таким образом, указание должно иметь как минимум косвенное преимущество для компаний, которые входят в группу с подконтрольным обществом, или для контролирующего общества.

Из этого вытекает, что у правления контролирующего общества имеется довольно широкая свобода усмотрения, которая фактически ограничена только запретом непропорционального ущерба для подконтрольного общества, который, очевидно, не компенсируется сопоставимыми выгодами для всех остальных компаний группы. Поэтому дача невыгодных указаний также не может допускаться, если они были даны в интересах третьей стороны (лица, не входящего в концерн), включая мажоритарного акционера контролирующего общества, или даже государства (т.е. в общественном интересе)¹⁶.

При этом в соответствии с абз. 1 § 309 AktG действия члена правления с точки зрения выдачи указания должны оцениваться исходя из «стандарта заботливости разумного и добросовестного директора» (Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters). Если член правления действовал исходя из такого стандарта поведения и указание законно, он не может быть привлечен к ответственности, даже когда выяснится, что указание не отвечало интересам группы (к примеру, ущерб, нанесенный подконтрольному обществу, оказался больше выгод от указаний).

¹⁵ Hölters / Weber Aktiengesetz: Kommentar. 4. Aufl. München, 2021. § 308 Rn. 54.

¹⁶ BGH, 17.03.1997 — II ZB 3/96, BGHZ 135, 113.

В качестве исключения из обязанности подконтрольного общества выполнять указания контролирующего выделяется право общества не выполнять незаконных указаний (*unzulässige Weisungen*), которые противоречат закону или уставу общества. Поэтому правление подконтрольной компании должно проверять законность каждого указания перед его выполнением. Это касается и проверки указаний, которые очевидно не отвечают интересам подконтрольного общества в соответствии с предложением 2 абз. 2 § 308 AktG.

Возможно, указание на «очевидное» несоответствие интересам сделано в законе, чтобы подконтрольное общество, которому трудно оценить, насколько указание соответствует интересам всех компаний, входящих в концерн, было вправе не исполнять таких указаний, если налицо явное злоупотребление со стороны контролирующего общества [Emmerich V., Habersack M., 2013: 443–444]. Поэтому, если правление подконтрольного общества показало, что указание не являлось выгодным, то бремя доказывания его выгоды возлагается на контролирующее общество. Именно оно должно доказать, что данное подконтрольному обществу указание соответствует интересам всего концерна¹⁷ и поэтому не имеет значения, было выгодно оно или нет для одного из подконтрольных обществ в сравнении с остальными.

2.5. Ограничения и пределы реализации права давать указания

Право контролирующего общества давать указания не является неограниченным (как это следует из § 299 и абз. 1 § 308 AktG). Дополнительные ограничения также могут быть установлены в договоре об управлении (§ 11 AktG), в уставе подконтрольного общества и если это прямо предусмотрено императивными нормами закона (§ 134 и 138 ГГУ). Невозможна также дача указания, если при его даче правление контролирующего общества проявило неосмотрительность или указание было дано во вред подконтрольному обществу и имеются явные признаки злоупотребления.

Так, во-первых, контролирующее общество не может давать указаний подконтрольному обществу изменить цель деятельности или начать заниматься новыми видами деятельности, так как это невозможно без изменений в уставе, что относится к компетенции общего собрания (§ 179 AktG), а не правления подконтрольного общества¹⁸. Во-вто-

¹⁷ Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 5: § 278–328. § 308, Rn. 145.

¹⁸ OLG Nürnberg, 09.06.1999 — 12 U 4408/98, NJW-RR 2001, 104.

рых, недопустимы инструкции, по которым подконтрольное общество должно прекратить всю или большую часть деятельности, чтобы впоследствии ликвидироваться. Подобные изменения являются слишком фундаментальными для деятельности компании, и поэтому решения в отношении них могут приниматься только акционерами.

Не допускаются также указания, прямо нарушающие закон, например, указание о нарушении императивных положений AktG или публичного законодательства (антимонопольного или налогового). Также дополнительные ограничения могут устанавливаться в зависимости от специфики деятельности подконтрольного общества, например, для кредитных учреждений в соответствии с нормами Kreditwesengesetz¹⁹ в принципе установлено, что исполнительный орган должен иметь неограниченные полномочия по управлению обществом и представительству от его имени. Но это не означает, что в принципе не допускается дача указаний на основании договора о контроле. В судебной практике встречается подход, при котором контролирующее общество может исключить применение абз. 1 § 2a Закона о кредитной системе при условии принятия на себя контролирующим обществом всей ответственности²⁰.

Также из совокупного толкования (абз. 1 § 309 и 302–305 AktG) следует, что нельзя давать инструкции, которые угрожают самому существованию подконтрольного общества, так как подобное следует рассматривать в качестве умышленного нанесения ему ущерба [Emmerich V., Habersack M., 2013: 447–448]. Дающие такие указания члены правления нарушают обязанность действовать с заботой добросовестного и разумного менеджера, что предусмотрено в абз. 1 § 309 AktG. Такие решения, как передача (продажа) наиболее прибыльных отраслей бизнеса или невыгодный обмен ценных бумаг на акции иного общества являются проявлением неразумности и злоупотребления правления, которое дает подобные указания подконтрольному обществу. Аналогичное правило будет распространяться и на указания правления о выводе свободных денежных средств (ликвидности) из подконтрольного общества²¹.

При этом члены коллегиального исполнительного органа подконтрольного общества обязаны проверять правомерность каждо-

¹⁹ Kreditwesengesetz vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 28. Februar 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 69) geändert worden ist. Available at: URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/kredwg/BJNR008810961.html> (дата обращения: 25.08.2025)

²⁰ См.: OLG Frankfurt, 13.12.2011 — 5 U 56/11, ZIP 2012, 79.

²¹ BGH, 17.09.2001 — II ZR 178/99, BGHZ 149, 10.

го указания (*Prüfungspflicht*) контролирующего общества. Правление подконтрольного общества не может исполнять указаний, в правомерности которых оно не уверено. Обязанность правления подконтрольного общества проверять указания контролирующего общества имеет основополагающее значение, поскольку позволяет предотвратить прекращение деятельности или нарушение закона подконтрольным обществом, иначе подконтрольное общество должно было бы выполнять любые указания контролирующего общества. В связи с этим попытка обхода и косвенного отказа от такой обязанности, например, путем выдачи двойного мандата лицам на участие в правлении контролирующего и подконтрольного обществ, не допускается²².

3. Ответственность представителей контролирующего общества перед подконтрольным обществом

3.1. Общие положения

Заключение договора о контроле фактически означает, что, получая право давать обязательные для исполнения правлением подконтрольного общества указания, контролирующее общество в соответствии с § 308 AktG заменяет независимое правление подконтрольного общества своим правлением. Подобное обстоятельство, безусловно, не должно влиять на степень защиты акционеров подконтрольного общества, поэтому в соответствии с абз. 1 § 309 и абз. 2 § 309 законные представители контролирующей компании также должны действовать с должной степенью заботливости (осмотрительности) при даче указаний контролируемой компании. Они несут солидарную ответственность перед подконтрольным обществом в случае нарушения ими своих обязанностей.

Стоит заметить, что данное положение противоречит принципу относительности обязательств, ведь договор о контроле заключается с контролирующим обществом, а не с его представителями. В доктрине это объясняется тем, что договор ведет к возникновению также обязательств членов органов управления (законных представителей) контролирующего общества по отношению к подконтрольному обществу [Emmerich V., 2013: 653]. Акционеры, заявляющие такой иск, подают его в интересах общества (*actio pro societate*, абз. 4 § 309 AktG).

²² OLG Köln, 24.11.1992 — 22 U 72/92, ZIP 1993, 110.

Норма § 309 является императивной, поэтому нельзя предусмотреть в договоре о контроле ограничение возможности предъявления таких исков. Вместе с тем это не препятствует, к примеру, контролирующему обществу заключить соглашение с членами правления, по которому общество обязуется возместить им убытки, взысканные с них подконтрольным обществом по абз. 2 § 309. Контролирующее общество может также застраховать ответственность членов правления (D&O Versicherung), где страховые взносы платит акционерное общество, а поэтому подобное фактически равносильно освобождению членов правления от любой ответственности перед подконтрольным обществом [Habersack M., 2013: 167]. Однако по § 138 ГГУ недопустимо страхование умышленной ответственности и ответственности, возникающей вследствие «грубой неосторожности» (например, совершение спекулятивных сделок).

Трудности с применением § 309 AktG возникают в многоуровневых концернах. Безусловно, ответственность представителей контролирующего общества наступает, если договор о контроле был заключен контролирующим обществом сразу на нескольких разных уровнях компаний концерна. Куда сложнее ситуация, когда контролирующее (материнское) общество дает указание подконтрольному (дочернему) обществу в отношении управления «внучатым» обществом и встает вопрос, кто может быть привлечен к ответственности. Так как подконтрольное (дочернее) общество фактически действует в рамках инструкций, данных контролирующим (материнским), то внучатое общество вправе привлечь контролирующее общество и его представителей к ответственности в соответствии с § 309 AktG²³.

Если имеется договор контроля между дочерним и внучатым обществами, а материнское общество может оказывать влияние на дочернее только в силу участия в нем, но не на основании договора, то влияние материнского (контролирующего) общества и основания для привлечения к ответственности его менеджмента будут оцениваться с точки зрения § 311 и 317 AktG, но § 309 не будет применяться²⁴. Ничего не изменит в этом отношении и факт наличия договора о контроле между материнским и дочерним обществами при отсутствии договора о контроле между дочерним и внучатым обществами [Emmerich V., 2013: 653].

²³ Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 5: § 278–328. § 308, Rn. 31–32.

²⁴ Ibid. Rn. 41.

3.2. Субъекты ответственности по § 309 AktG

3.2.1. Законный представитель

Положения § 309 AktG направлены в первую очередь на законных представителей контролирующего общества. Это могут быть лица, входящие в орган компании, которые представляют ее вовне в отношениях с третьими лицами, в том числе юридические лица, если, к примеру, обществом управляет управляющая компания. При этом делегирование или наделение правом давать указание ничего не изменяет в применении § 309, так как указанные обязанности и ответственность за их нарушение несут именно законные представители контролирующего общества, а не третьи лица, привлеченные в качестве поверенных для реализации права давать указания.

3.2.2. Контролирующее общество

§ 309 AktG регулирует ответственность законных представителей контролирующего общества за указания, данные контролирующим обществом с нарушением должной заботливости, но не ответственность самого контролирующего общества. Такая ответственность наступает на основании общеправовых принципов, которые вытекают из договора о контроле (*nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf Grund des Vertrages*). При этом в любом случае она будет солидарной, и можно применять к ней положения § 309, поэтому рассуждения, что ответственность контролирующего общества не регулируется данным параграфом, бессмысленны. Такая ответственность в любом случае является договорной (§ 280 ГГУ) и для нее также будут действовать аналогичные правила, в особенности, абз. 3–5 § 309 [Emmerich V., Habersack M., 2010: 482–484].

3.2.3. Взаимосвязь органов управления

Проблемы применительно к § 309 AktG возникают в связи с созданием двух взаимосвязанных органов (двойное членство лиц в органах управления). Если лицо является членом правления как в контрольном, так и в подконтрольном обществах, не вызывает трудностей привлечение его к ответственности по § 309. Между тем если лицо, являющееся законным представителем контролирующего общества, участвует в работе иных органов подконтрольного общества — наблюдательного совета и общего собрания акционеров,

то ситуация уже отличается, и, на первый взгляд, не возникает оснований для применения § 309²⁵. Однако в такой ситуации можно предположить, что участие одного лица в исполнении указаний как на уровне контролирующего, так и на уровне подконтрольного обществ свидетельствует о даче контролирующим обществом косвенных указаний подконтрольному, и тогда абз. 2 § 309 применяется [Emmerich V., Habersack M., 2013: 453].

3.3. Конкуренция требований

Иски о взыскании убытков в § 309 не отменяют возможности подачи иска о привлечении к ответственности контролирующего лица или лиц, входящих в исполнительные органы, из других оснований. Поэтому лица, входящие в исполнительные органы управления контролирующего общества, также могут быть привлечены к ответственности в соответствии с § 117 AktG или деликтной ответственности по абз. 2 § 823 ГГУ. Возможно также привлечение контролирующего общества к ответственности за нарушение им фидуциарных обязанностей, если он прямо или косвенно является участником подконтрольного общества. Преимущество выбора различных требований означает для акционера также выбор между взысканием убытков в свою имущественную массу, а не только в результате удовлетворения представительского иска в пользу общества. Значение также могут иметь различные сроки исковой давности по разным требованиям [Emmerich V., Habersack M., 2010: 494].

4. Ответственность органов управления подконтрольного лица

В соответствии с абз. 1 § 310 AktG члены правления и наблюдательного совета подконтрольного общества несут ответственность наряду с теми, кто несет ответственность по § 309, если они нарушили свои обязанности по отношению к подконтрольному обществу. Однако ответственность не наступает, если их действия основаны на обязательном указании в соответствии с абз. 2 § 308 и абз. 3 § 310, которое они должны были обязаны исполнить.

Члены правления подконтрольного общества согласно абз. 1 § 310 несут ответственность, если они действовали с нарушением своих обязанностей. Абстрактная формулировка не дает понимания, ка-

²⁵ Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 5: § 278-328. § 308, Rn. 140.

кие обязанности здесь имел в виду законодатель. Преобладающая точка зрения состоит в том, что если исходить из системного толкования § 310 с §§ 308 и 309, то речь идет именно об ответственности в форме небрежности при исполнении незаконных указаний контролирующего общества, а не об ответственности в форме вины при выполнении допустимых указаний²⁶.

Альтернативная точка зрения заключается в том, что не стоит толковать абз. 1 § 310 таким ограничительным способом, и все-таки речь в этой норме идет об ответственности за ненадлежащее исполнение любых обязанностей членов правления подконтрольного общества, которые могут возникать из договора об управлении [Emmerich V., Habersack M., 2013: 459–460]. Во втором случае подобное понимание обязанности сливается с обязанностью проверки допустимости каждого указания, что не совсем соответствует абз. 3 § 310 и абз.2 § 308.

Одобрение действий менеджеров наблюдательным советом (абз. 2 § 310) или общим собранием акционеров не исключает их ответственности, поскольку в противном случае подконтрольное общество могло бы легко исключить любую ответственность исполнительных органов путем принятия решения простым большинством голосов на общем собрании²⁷.

При этом абз. 2 § 310 фактически содержит исключение ответственности членов правления подконтрольных обществ: даже если они считают, что указание не отвечает интересам контролирующего общества или других компаний концерна, они все равно обязаны его исполнить. Единственным основанием привлечения их к ответственности может быть только то, что они исполняют указание, очевидно не отвечающее интересам концерна.

Данная норма в первом приближении выглядит спорной, так как получается, что с одной стороны невыполнение правлением подконтрольного общества любого вышестоящего указания может быть основанием для привлечения к ответственности перед контролирующим обществом за нарушение договора об управлении. С другой стороны исполнение указаний, очевидно нарушавших интересы всего концерна, может быть основанием для привлечения членов правления подконтрольного общества к ответственности по § 310 AktG. Поэтому сначала правление оценивает указание контроли-

²⁶ Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 5: § 278–328. § 310, Rn. 31; Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 6: § 291–328. § 310 Rn. 1.

²⁷ Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 6: § 291–328. § 310 Rn. 9.

рующего общества на его законность (соответствие закону, уставу и договору) в соответствии с абз. 1 § 310, и при наличии сомнений уведомляет контролирующее общество. Только когда указание выдается повторно, тогда на основании абз. 2 § 308 правление должно исполнить указание, что исключает его ответственность, если только такое наказание не является злоупотреблением правом со стороны контролирующего общества.

Заключение

Право давать «указания» следует понимать как юридические действия контролирующего общества в сфере отношений по управлению подконтрольным обществом его правлением, имеющие сделочную природу и обязательную силу для подконтрольного общества, но не создающие юридических последствий для третьих лиц (не создающие отношений представительства). Объем права давать указания определяется договором о контроле, но в любом случае не может затрагивать компетенции неисполнительных органов подконтрольного общества (наблюдательного совета и общего собрания).

Подконтрольное общество в немецком праве обязано исполнить указания контролирующего общества, даже если указания невыгодны подконтрольному обществу, но выгодны в рамках всего концерна. Оно может не исполнять указания только если имеются признаки злоупотребления и указания явно были даны во вред интересам подконтрольного общества. Бремя доказывания выгоды возлагается на контролирующее общество.

Исполнительные органы контролирующего (основного) общества (члены правления) в немецком праве должны соблюдать обязанность заботливости (осмотрительности) при даче указаний подконтрольному (дочернему) обществу.

В немецком праве члены исполнительных органов (правления) подконтрольного общества обязаны проверять допустимость указаний контролирующего общества. Вместе с тем члены правления подконтрольного общества могут быть привлечены к ответственности за выполнение только незаконных указаний или указаний, очевидно нарушающих интересы концерна, тогда как в иных случаях они освобождаются от ответственности.

На основании анализа немецкой доктрины и судебной практики следует критически взглянуть на российское регулирование отношений подконтрольности, возникающих в силу договора. Немецкая модель договорного концерна исходит из защиты интересов креди-

торов, в связи с чем предпринимаются попытки их защиты вне зависимости от знания кредиторов о том, имеются ли отношения подконтрольности, а также действовало ли дочернее общество по указанию или с согласия основного. По российскому праву текущая модель договорных отношений подконтрольности выстроена, скорее всего, исходя из приоритета самого юридического лица и следуя догматическому принципу имущественной обособленности. Некоторые суды еще не до конца разграничивают отношения подконтрольности в силу договора и в силу преобладающего участия в обществе, из-за чего на истца возлагается еще и бремя доказывания того, что основное общество имеет преобладающее участие в дочернем. При этом игнорируется различие оснований возникновения подконтрольности.

Солидарная ответственность основного общества по сделкам дочернего, предусмотренная абз. 2 п. 2 ст. 67.3 ГК, вполне может быть объяснена и квалифицирована без нарушения догматики корпоративного права в соответствии с нормами об ответственности за причинение вреда (ст. 1064 ГК) или об ответственности за причинение вреда в результате нарушения доверия кредиторов в ходе переговоров (ст. 434.1 ГК). Подобное, кажется, лишь частный случай применения деликтных норм, а не пример доктрины «снятия корпоративных покровов», и соответственно отступления от имущественной самостоятельности юридического лица [Усачева К.А., 2020: 635–636]. Сам солидаритет предполагает, что пострадавший кредитор может выбрать любое общество для выполнения своих требований, тогда как проникающая ответственность является разновидностью субсидиарной и предполагает, что требование к основному обществу может быть выполнено только после удовлетворения требований к дочернему обществу.

Стоит упомянуть и ссылку на ст. 1064 ГК в п. 3 ст. 67.3, которая усложняет понимание и регулирование ответственности основного общества перед дочерним. Поскольку данная конструкция является одним из случаев косвенного иска [Глазунов А.Ю., 2020: 145], речь идет о том, что участник взыскивает от имени дочернего общества убытки вследствие нарушений фидуциарных обязанностей основного общества, которые вытекают из договорных отношений подконтрольности основного и дочернего обществ.



Список источников

1. Блэк Б., Крэкман Р., Тарасова А. Комментарий Федерального закона «Об акционерных обществах». М.: Лабиринт, 1999. 720 с.

2. Глазунов А.Ю. Отраженные убытки в корпоративном праве. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 2. С. 140–172.
3. Гутников О.В. Корпоративная ответственность в гражданском праве: монография. М.: ИЗиСП, 2019. 488 с.
4. Ломакин Д.В. Концепция снятия корпоративного покрова: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте изменений Гражданского кодекса РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 6–33.
5. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.
6. Усачева К.А. Доктрина снятия корпоративного покрова как альтернатива инструментам *ex ante* контроля. В кн.: Корпоративное право: проблемы и решения / сост. и отв. ред. И.С. Чупрунов. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2020. С. 480–639.
7. Шиткин А.О. Понятие, основания и правовые последствия установления корпоративного контроля. В кн.: Корпоративное право: актуальные проблемы. Под ред. Д.В. Ломакина. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 217–239.
8. Emmerich V., Habersack M. Aktien- und GmbH-Konzernrecht. 6. Aufl. München: C.H. Beck, 2010. 936 S.
9. Emmerich V., Habersack M. Konzernrecht: Ein Studienbuch. 10. Aufl. München: C.H. Beck, 2013. 621 S.
10. Emmerich V. Zur Organhaftung im Vertragskonzern. In: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein. Berlin: De Gruyter, 2013. S. 651–660.
11. Habersack M. Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft. In: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 2013. S. 151–174.
12. Hoffmann-Becking M. Gibt es das Konzerninteresse? In: Festschrift für Peter Hommelhoff: zum 70. Geburtstag. Köln: Otto Schmidt, 2012. S. 433–446.
13. Kantzas I. Das Weisungsrecht im Vertragskonzern. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 1988. 233 S.
14. Pentz A. Auskunftsverlangen des großaktionärs. In: Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag. Köln: Otto Schmidt, 2007. S. 593–618.
15. Schmidt K. “Unternehmen” und “Abhängigkeit”: Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht — Besprechung der Entscheidung BGHZ 74, 359. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2009, Bd. 9, H. 2. S. 277–288.



References

1. Black B., Crackman R., Tarasova A. (1999) Commentary to the Federal Law On Joint-Stock Companies. Moscow: Labirint, 720 p. (in Russ.)
2. Emmerich V., Habersack M. (2010) *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*. 6. Aufl. München: C.H.Beck, 936 S.
3. Emmerich V., Habersack M. (2013) *Konzernrecht: Ein Studienbuch*. 10. Aufl. München: C.H.Beck, 621 S.
4. Emmerich V. (2013) Zur Organhaftung im Vertragskonzern. *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter, S. 651–660.
5. Glazunov A. Yu. (2020) Reflective losses in corporate law. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia*=Herald of the Economic Justice, no. 2, pp. 140–172 (in Russ.)

6. Gutnikov O.V. (2019) *Corporate liability in civil law*. Moscow: Kontrakt, 487 p. (in Russ.)
7. Habersack M. (2013) Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft. Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 2013, S. 151–174.
8. Hoffmann-Becking M. (2012) Gibt es das Konzerninteresse? Festschrift für Peter Hommelhoff: zum 70. Geburtstag. Köln: Otto Schmidt, S. 433–446.
9. Kantzas I. (1988) Das Weisungsrecht im Vertragskonzern. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 233 S.
10. Lomakin D.V. (2012) Concept of piercing corporate veil: implementation of its main provisions in legislation and drafts to the Civil Code of the Russian Federation. *Vestnik vysshego arbitrazhnogo suda*=Bulletin of the Supreme Arbitration Court, no. 9, pp. 6–33 (in Russ.)
11. Pentz A. (2007) Auskunftsverlangen des großaktionärs. Festschrift für Hans-Joachim Priester: Zum 70. Geburtstag. Köln: Otto Schmidt, S. 593–618.
12. Shitkin A.O. (2015) Concept, grounds and legal results of the establishment of corporate control. In: *Corporate Law: Actual Issues*. Moscow: Infotropik Media, pp. 217–239 (in Russ.)
13. Schmidt K. (2009) „Unternehmen“ und „Abhängigkeit“: Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht — Besprechung der Entscheidung BGHZ 74, 359. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. Bd. 9. H. 2. S. 277–288.
14. Sukhanov E.A. (2014) *Comparative Corporate Law*. Moscow: Statut, 456 p. (in Russ.)
15. Usacheva K.A. (2020) Doctrine of Piercing the Corporate Veil as an Alternative to ex ante Control Mechanisms. In: *Corporate Law: Issues and Solutions*. Vol. 1. Moscow: Alumni Association of the Russian School of Private Law, pp. 480–639 (in Russ.)

Сведения об авторе:

А.С. Федоров — магистр, ведущий специалист.

Information about the author:

A.S. Fedorov — Master, Expert.

Статья поступила в редакцию 11.03.2025; одобрена после рецензирования 26.05.2025; принята к публикации 30.07.2025.

The article was submitted to editorial office 11.03.2025; approved after reviewing 26.05.2025; accepted for publication 30.07.2025.

Research article

УДК: 347

JEL: K1

DOI:10.17323/2072-8166.2025.3.278.296

Liability for Indirect Trademark Infringements in E-Commerce Platforms



Anna V. Pokrovskaya

Peoples' Friendship Lumumba University of Russia, 6 Miklukho-Malaya Str., Moscow, Russian Federation,

pokrovskaya_anvl@pfur.ru, <https://orcid.org/0009-0002-6473-2027>



Abstract

The article explores the issue of the liability of electronic trading platform operators for indirect trademark infringement. The author addresses the key question: to what extent platform operators should be liable for preventing and suppressing the sale of counterfeit goods. The article also includes a comparative analysis of practices in other countries, particularly China, where notice-and-removal rules have been implemented and enforced. Furthermore, the article offers a comprehensive study to balance the interests of rights holders, e-commerce platforms, and consumers, ensuring the fair protection of intellectual property rights in the digital economy. The article utilises an analysis of United States case law and international practices in trademark protection. It examines legislative initiatives and proposed changes to the regulation of platform liability. Comparative studies of the US and Chinese legal systems are also employed. The author considers and justifies possible changes to the legislative framework to increase platforms' role in combating counterfeit goods and assesses existing liability standards and their impact on rights holders. In order to balance the interests of all participants in the online trading process, considerable changes to liability for indirect trademark infringement are required. The focus is on the need for active cooperation between platforms and rights owners to combat counterfeiting better.



Keywords

e-commerce; indirect infringement; trademarks; counterfeiting; platform; legislation; digital economy.

Acknowledgements: The research was supported by the Russian Science Foundation grant No. 24-28-00567, <https://rscf.ru/project/24-28-00567/>

For citation: Pokrovskaya A.V. (2025) Liability for Indirect Trademark Infringements on E-Commerce Platforms. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 18, no.3, pp. 278–296 (in English). DOI: 10.17323/2072-8166.2025.3.278.296

Background

In recent years e-commerce has firmly established itself as the mainstream of shopping destination. E-commerce platforms have increased consumer choice significantly and simplified the shopping process. However, these changes have also had negative consequences: the sale of counterfeit goods on electronic trading platforms is a major concern for legislators and rights holders. The peculiarities of the online environment mean new regulatory challenges are emerging. This requires a revision of traditional trademark infringement rules. E-commerce platforms have significantly increased consumer choice and simplified the shopping process. However such changes have also had negative consequences: the sale of counterfeit goods on electronic trading platforms has become a major concern for legislators and rights holders. New regulatory challenges are emerging that require a revision of traditional trademark infringement rules due to the peculiarities of the online environment.

In this context, the question of the liability of these platform operators for indirect trademark infringement becomes relevant. Specifically, how should their ‘duty of care’ obligations be interpreted? To what extent should they be involved in preventing and stopping the sale of counterfeit goods? These questions are of critical importance, particularly in light of the numerous high-profile cases, the most notable of which is the US Court of Appeals for the Second Circuit’s decision in *Tiffany vs eBay*¹. This case set a precedent determining that platforms are vicariously liable for trademark infringement only if they knowingly turn a blind eye to infringement, thus placing a high evidentiary burden on rights holders.

The article not only discusses current legislative initiatives, but also the prospects of new liability standards such as shared or vicarious liability, which could increase the involvement of platform operators in tackling the sale of counterfeit goods. It also considers comparative analyses of international practices, such as legislation and enforcement in China, where ‘notice-and-takedown rules’ have been implemented and are enforced. In view

¹ *Tiffany (N.J.) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010)

of this, the article proposes a comprehensive study to balance the interests of rights holders, e-commerce platforms, and consumers, thus ensuring the fair protection of intellectual property rights in the digital economy.

1. Rules for Determining Liability of E-commerce Platforms for Indirect Trademark Infringement in the US Law

There are no specific rules in US trademark law. The Lanham Act does not set out any specific guidelines for determining liability for trademark infringement relating to the sale of counterfeit products by e-commerce platforms. Relevant rules have been developed in several case laws. In 1982, the US Supreme Court in *Inwood vs Elvis Inwood Laboratories, Inc.*² has applied the common law rule of joint tort liability to trademark infringement cases.

As business models evolve, the rules of joint and several liability for trademark infringement established by the Supreme Court in the *Inwood vs Ives* case are being applied to other business environments, including online platforms. With respect to business platforms, a case on vicarious liability for trademark infringement that has a significant impact and far-reaching implications is the 2010 Second Circuit Court of Appeals case of *Tiffany (NJ) Inc. vs eBay Inc.*³. However, the Second Circuit disagreed with the district court's view. The Court of Appeal held that, to establish liability for indirect trademark infringement, a network service provider must have more than just general awareness that its services are being used to sell counterfeit goods. The provider must have specific reasons to know about the infringement—mere general knowledge is not sufficient. Specific references to the sale of counterfeit infringing goods and possible future references to the sale of such goods must be recognized promptly. Mere knowledge or reason to know that trademark infringement may occur does not, by itself, satisfy the subjective requirements necessary to establish indirect trademark infringement liability for an e-commerce platform. Further, eBay has no legal obligation to verify the authenticity of goods sold through its platform or to take further steps to prevent the sale of counterfeit and infringing goods. More probably, the burden should be on Tiffany to monitor and identify links to the sale of infringing goods that should be removed from eBay.

However, in its decision, the Court of Appeals for the Second Circuit also noted: if there is reason to suspect a platform operator is infringing another person's trademark, the operator cannot intentionally avoid "knowl-

² *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 456 US 844 (1982)

³ *Tiffany (N.J.) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010).

edge” of the infringing transaction, i.e., avoid it or ignore it with voluntary blindness. In this case, however, the appellate court did not hold that eBay intentionally ignored a complaint about the sale of infringing counterfeit goods on its website.

Perhaps because the standard for determining indirect trademark infringement by e-commerce platforms, as set out in the Tiffany case, is too high, there have been few cases of indirect trademark infringement by on-line e-commerce platforms since the case was decided. Nevertheless, subsequent decisions on whether an e-commerce marketplace is indirectly infringing a trademark and what its liability is still take into account the Tiffany case. For example, in *Coach Corp. vs International Coach, Inc. vs Int'l Bazaar Inc.*⁴ the federal district court for the Texas Northern District applied the standard of determination in the Tiffany case, holding that Coach's notice of counterfeiting in International Bazaar's large physical market was too general. It was insufficient to find that International Bazaar indirectly infringed the trademark because the market lacked specific knowledge of a particular tenant's particular infringement of the counterfeit. In the case of *Luxottica Group vs Airport Mini Mall and Architect Mall, LLC*,⁵ 11th Circuit Court of Appeals applied the voluntary blindness standard to Tiffany. The conduct of the market landlord rose to the level of wilful neglect, and the court held the company liable for trademark infringement. In the recent case of *Omega SA vs 375 Canal, LLC*,⁶ US Court of Appeals for the Second Circuit held that, relying on the Tiffany case, «In Tiffany, we held that a defendant will be liable for indirect trademark infringement if it knowingly turned a blind eye to the identity of a potential infringer, i.e., the defendant did not know the identity of the particular infringer in a given situation.” Thus, the defendant was dismissed. ‘Plaintiff Omega needs to identify specific infringers in order to continue leasing its premises...’

Following the Tiffany case, it is clear the obligation to monitor trademark infringement on online platforms falls to the trademark rights holder. This means the rights holder must independently detect any infringement and then notify the platform to take action. However, e-commerce platforms are not required to take preliminary measures to prevent the sale of goods that infringe the trademark rights of others on their websites. They are only obliged to respond to complaints from specific rights holders.

⁴ *Coach Inc et al v. International Bazaar Inc et al* , No. 3:11-CV-1733-N, 2013 WL 12310712. N.D. Tex. June 7,213.

⁵ *Luxottica Group, S.p.A. v. Airport Mini Mall, LLC*, No. 18-10157, 2019 WL 3676340 (11th Cir. Aug. 7, 2019).

⁶ *Omega SA v. 375 Canal, LLC*, 984 F.3d 244, 248 (2d Cir. 2021).

Although the definition of the liability of online platforms for indirect copyright and trademark infringement differs, the consequences based on judicial enforcement are actually very similar. The US Digital Millennium Act⁷ establishes a ‘safe harbour’ mechanism for notifying users of the rules. The removal mechanism clarifies how a copyright holder can serve a compliance notice to an online platform to claim infringement of links [Friedmann D., 2014: 151]. If the network platform removes the allegedly infringing link after receiving the required infringement notice and takes other necessary measures to mitigate potential infringement, liability for indirect copyright infringement of the network platform may be waived, even if direct infringement of users’ copyrights on the platform is established. Furthermore, according to the notice-removal rule (also known as the ‘notice and take-down’ rule), online platforms are not required to proactively monitor and remove infringing links in advance [De Beer J., Clemmer C., 2008: 375], as the court has ruled that under the Digital Millennium Act, ‘knowledge’ must include awareness of the specific infringement. In the field of trademark law in the United States, there is no legislation defining the notice-and-take-down rule; therefore, major e-commerce platforms developed their own rules.⁸ Although the procedures for notifications to large e-commerce platforms regarding removal requests may vary, they are mainly based on the same structure: the rights holder identifies a potential infringement of their trademark sales link. The rights holder then notifies the network platform via a special procedure or by entering relevant information. Some network platforms require a purchase test to verify the alleged infringement. Once the notification has been successfully submitted, the network platform will review it and can then remove the infringing link or discontinue the service.

2. USPTO Study on Rules for Determining the Liability of E-Commerce Platforms for Indirect Infringement under the US Law

On 20 November, 2020 the United States Patent and Trademark Office (USPTO) has published Federal Notice PTO-T-2020-0035⁹ to solicit the

⁷ US Congress. 1998. Digital Millennium Copyright Act, 17 USC § 1201 et seq. Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLA105publ304/pdf/PLA105publ304.pdf> (accessed: 24.05.2024)

⁸ See USPTO Report. Indirect Trademark Infringement Liability in the E-commerce Environment, p. 6. Available at: <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Secondary-TM-Infringement-Liability-Response.pdf> (accessed: 25.11.2021)

⁹ Available at: <https://www.regulations.gov/document/PTO-T-2020-0035-0001> (accessed: 16.10.2024)

views of the business community and stakeholders on whether the current US law rules should be amended to define indirect liability for trademark infringement on e-commerce platforms and apply contributory or vicarious liability.

2.1. Whether the Indirect Tort Liability Rules of US Jurisprudence Effectively Address the Issue of Online Counterfeiting

On one hand, the opposition camp agreed that judicial rules for determining liability for indirect trademark infringement by e-commerce platforms cannot effectively curb online counterfeiting, and relying on market forces alone is not enough to change the behavioural pattern of online platforms. In addition, it is also about advertising counterfeit and infringing goods through social media platforms. In recent years false advertisements on social media platforms encouraging the purchase of counterfeit and infringing goods have been on the rise [Chaudhry P., 2022: 723]. The objectors' dissatisfaction with the existing legal system is mainly manifested in the following aspects.

With respect to the subjective test for indirect tort liability (the knowledge test), the standards are vague and not uniformly applied.

The burden of proving that e-commerce platforms have knowledge of infringing counterfeit goods is too heavy for trademark owners. The Opposition Group discussed the trademark owner's decision to satisfy *Ingwood* ... 'Knowing or having reason to know ...'. The complexity of the evidentiary requirements, especially as interpreted by the Second Circuit in the *Tiffany* case. The American Apparel and Footwear Association believes that requiring rights holders to provide evidence of knowledge of specific infringement would be too costly, particularly given the expense of procurement testing and other measures required to prove authenticity. Furthermore, the Association argues that the current standards do not provide sufficient incentives for e-commerce platforms to take on prior regulatory responsibility, leaving the legal system open to counterfeiters and sellers. In practice, this contrasts with the 'There's reason to know' standard proposed by the Supreme Court.

The current legal system places an obligation on rights holders to monitor and report links to the sale of counterfeit infringing goods to e-commerce platforms. This places a disproportionate burden on rights holders. While it is unclear whether an e-commerce platform has an obligation to track the sale of infringing counterfeit goods on its platform, notification to large platforms is unclear, too.

However, legal rules have not kept pace with technological developments. Although the e-commerce landscape has changed dramatically in

recent years, the legal framework for indirect tort liability has remained sluggish. Rights holders rarely sue e-commerce platforms because they believe they have little chance of success. In particular, the current legal framework does not take into account the ability of e-commerce platforms to own and control operator information on their platforms. In fact, e-commerce platforms have explained that there are many operators on their platforms, and the argument of a lack of oversight is ridiculous one. The scale of platforms continues to expand and the number of operators continues to grow precisely because e-commerce platforms regulate their operators and the goods sold on their platforms with relative ease. This is a business strategy of the platform, not a natural law that cannot be controlled. In summary, the opposition camp suggests that the interests of trademark owners, e-commerce platforms, and consumers should be balanced better, and that e-commerce platforms should be obliged to take proactive pre-emptive measures.

Conversely, those in favour of the current system of rules argue that changing it would have the following negative consequences (Buiten M. et al., 2020: 155).

It would be to the detriment of legitimate competition. Amazon and the Computer Communications Industry Association are sure changing the standard of liability for indirect trademark infringement would harm the secondary market for legitimate goods.

It would have a harmful and negative impact on the secondary market for safe and genuine goods, inhibiting price competition and consumer choice and harming the interests of consumers and SMEs. Amazon.com also believes that combating counterfeiting and piracy requires close collaboration between rights holders and online platforms. However, if legal rules encourage rights holders to sue platforms more easily than to use their expertise and resources to fight counterfeiting, this partnership will be undermined.

There will be more trademark bullying. Under the current system strong brands exploit the intellectual property protection rules of e-business platforms to target authorised genuine sellers of goods. If the exemption conditions for e-commerce platforms and other online intermediaries are improved further, this will lead to even more severe trademark bullying.

This does not help to combat counterfeiting and source piracy. Assuming the legal changes make it easier to determine liability for counterfeiting on platforms, trademark owners will be more inclined to sue e-commerce platforms directly for infringement, instead of than taking action against the direct infringers themselves.

E-commerce platforms are unable to verify references to the sale of counterfeit or infringing goods. Changing the current law would be un-

fair because one cannot expect online platforms to distinguish between licensed genuine goods and counterfeit, infringing goods. Trademark owners are best placed to initiate the process of removing trade references from e-commerce platforms. They know their brand best. They also know what is and isn't allowed and what constitutes copyright infringement. In turn, e-commerce platforms do not understand these situations. Therefore, when deciding which trade references to remove, they do not have as much relevant information as the trademark owner.

Amending the relevant laws would be too costly and inefficient, so it is now common industry practice to develop monitoring systems to filter out infringing trade references. The development of such systems is costly and not permanent, and in practice, 'false injury rates' remain high. Some small or start-up business platforms cannot bear the costs and risks if the law requires them to take the initiative to monitor the availability of goods on their platform for potential infringement of third-party trademarks, as this could be fatal for these SMEs. [Hira A., Reilly K., 2017: 183].

3. Determination of Liability for Trademark Infringement on E-commerce Platforms in China

In the case of trademark infringement, Article 57(6) of the Trademark Law¹⁰ sets out the characteristics of trademark infringement, whereas the original Tort Liability Law only made specific provisions in Article 36, which is relatively simple in content. Following the implementation of the Civil Code¹¹, substantial adjustments have been made to the Tort Liability Law.¹²

3.1. Duty of Pre-Examination

Article 27 of the E-commerce Law clearly sets out the obligation of prior review, requiring the platform to check network user information, register files, and update them in a timely manner. In addition to these legislative provisions, the service agreement of an e-commerce platform also contains relevant provisions. For example, Taobao's «Taobao platform service agree-

¹⁰ Trademark Law of the People's Republic of China, Article 57(6), passed by the Standing Committee of the National People's Congress, revised on November 1, 2019.

¹¹ Civil Code of the People's Republic of China, passed at the Third Session of the 13th National People's Congress on May 28, 2020, in force January 1, 2021.

¹² Tort Liability Law of the People's Republic of China, passed at the 12th Meeting of the Standing Committee of the 11th National People's Congress on December 26, 2009, in force from July 1, 2010.

ment» [Kwak J. et al., 2019: 119] contains such provisions. The pre-audit obligation of the e-commerce platform mainly includes two points: the first is auditing the main qualifications, and the second is auditing the product information preliminarily. Firstly, the obligation of prior review requires the qualification of the subject to be reviewed, and e-commerce platforms should verify the identity of buyers and sellers within a reasonable time-frame. This enables them to swiftly and accurately identify infringers in the event of trademark infringement disputes. [He H., 2020: 225]. Secondly, the seller should register product information before the transaction. After the e-commerce platform has passed the preliminary examination, the information will be published in a legal and reasonable manner so that buyers and sellers can access it.

Regarding the extent of the pre-audit, it is believed it should only involve verifying and controlling identity and product information, rather than reviewing and identifying. The e-commerce platform should not be too strict because its main role is to provide a convenient trading platform (Xu X. et al., 2019: 400). If e-commerce platforms were required to identify and review goods involving trademark rights, this would require a large investment of human and financial resources, which could eventually lead to e-business platforms exiting the internet trading industry. This would not be conducive to the industry's sound development.

3.2. Duty of Assistance

In the event of a trademark infringement dispute, a trademark owner or interested party can generally seek relief for their legitimate rights and interests in one of three ways. The first option is to negotiate with the infringer; the second is to seek relief from the administrative department; and the third is to file a lawsuit directly with the People's Court. All three methods require the identity of the infringer to be clarified. Due to the virtual nature of the Net, it is often difficult for rights holders to obtain the true identity of infringers directly from transactions or web pages. It is also difficult for rights holders, administrative departments, and judicial departments to collect and investigate evidence [Huang W., Li X., 2019: 105347]. Therefore, if sufficient evidence is provided, e-commerce platforms should disclose the true personal information of the infringer to individuals or departments who can assist in protecting trademark rights. Of course, the realisation of the obligation to assist is based on the existence of the obligation to conduct prior reviews. Only when the obligation to examine and register products in advance is fulfilled can the obligation to assist play its role. At the same time, e-commerce platforms must also do a good job of

protecting information and privacy, and only provide the information collected by the platform under sufficient evidence.

3.3. Duty of Reasonable Care

It mainly refers to the duty that e-commerce platforms should assume when they 'know' or are notified that goods sold on their platforms may infringe other legal rights. The extent and boundaries of this duty are determined by the nature and means of the violation, and the level of technology. The core 'notice and take-down' and 'counter-notice rule' of the duty of reasonable care are described in detail below.

If an e-commerce platform sells products that infringe trademarks and the platform provider sells directly in its own name, for example, through «self-operated» or «self-selling» methods, then its behaviour constitutes direct infringement. In practice, however, the seller of the counterfeit goods should bear most of the liability for infringement. However, because the seller is often difficult to find or has limited liability, trademark owners often sue the e-commerce platform service provider directly to hold it liable for trademark infringement.

4. The Dilemma of Article 57 of the Trademark Law

In China infringement of intellectual property rights is divided into two categories: direct and indirect ones. Professor Wang defined indirect copyright infringement in the context of copyright: «Instigating or inducing another person to commit copyright infringements or providing substantial assistance to such infringement when aware of the infringement, constitutes indirect copyright violation» [Wang J., 2018: 31]. In the case of trademark infringement in China, it is generally believed that Article 57(6) of the Trademark Law regulates indirect infringement of trademark rights. In other words, there must be direct trademark infringement, the indirect actor must provide help or inducement in the implementation of the direct infringement, and there must be subjective fault. However, upon analysing this provision of the Trademark Law, the author concluded that the behaviour of e-commerce platforms does not, in practice, meet the description of indirect infringement as set out in the Trademark Law.

4.1. Subjective Level

Indirect infringement is a kind of helping or inducement behaviour: «Networks service providers need to have subjective fault». Helping be-

haviour is usually intentional, and those who help can realise the consequences of their actions. In practice, e-commerce platforms do not intend to infringe. For example, Taobao clearly states that sellers are not allowed to sell goods that infringe the intellectual property rights or other legitimate interests of others, nor are they allowed to publish relevant information. At the same time, Taobao's complaint platform and 'three strikes out' and other punishment mechanisms strictly regulate sellers of goods infringing trademark rights. Therefore, Taobao does not intentionally help sellers to infringe trademark rights.

Indirect infringement is a kind of helping or inducement behaviour; «network service providers need to have subjective fault.» Helping behaviour is mostly done intentionally for helping people, and helping people can realize the consequences of their helping behaviour. In practice, e-commerce platforms do not have the intention of infringement. For example, Taobao clearly states that Taobao sellers are not allowed to sell goods that infringe upon the intellectual property or other legitimate rights and interests of others, nor are they allowed to release relevant information. At the same time, Taobao's complaint platform and «three strikes out» and other punishment mechanisms strictly regulate sellers selling goods that infringe trademark rights. Therefore, on the subjective level, Taobao does not have to help the seller to intentionally implement the infringement of trademark acts.

4.2. Objective Level

A helping act is usually a positive act. «The so-called helping act is the act of giving assistance to another person, such as providing a tool or a method of instruction, so that the other person can easily commit an infringement». For example, if an e-commerce platform provider knows that others are committing trademark infringement but still provides online platform services to enable them to sell through the platform, this constitutes aiding infringement. However, if the e-commerce platform is considered to be 'helping' the direct infringer of the trademark by 'providing a trading platform', this is problematic. This argument runs counter to the purpose of the e-commerce platform and the results of its implementation, so the e-commerce platform cannot actively help the direct infringer. Therefore, as the e-commerce platform merely provides a trading platform, it cannot be said to provide help or convenience to the seller for their infringement. The special business model and behavioural characteristics of e-commerce do not conform to the general provisions of Article 57(6) of the Trademark Law, and the reasons for determining that e-commerce platforms bear liability for infringement are insufficient.

5. Indirect Tort under the Common Law System

According to the jurisprudence of common law countries, most e-commerce platforms do not directly participate in the sale of counterfeit goods. Therefore, most courts rely on the indirect infringement theory to determine infringement. In the Anglo-American legal system, indirect torts mainly include auxiliary liability, inducement liability, and agency liability [Sun X., 2024: 194].

Both auxiliary tort liability and inducement tort liability originate from common law tort determinations. The subjective component of both is knowledge or awareness that others are engaged in direct infringement, while the objective component is providing significant assistance or inducement [Cao Y., 2016: 253]. The defining feature of seduction is that the seducer does not directly carry out the infringement themselves, but rather induces others to commit the infringement. For example, publishing or disseminating information about the benefits of selling products that infringe trademark rights in order to encourage sellers to sell counterfeit goods. However, the above analysis of China's trademark law provisions shows that e-commerce platforms have never intentionally or knowingly induced others to sell fake goods [Feng S., 2017: 196]. On the contrary, e-commerce platforms try their best to regulate or restrict trademark right infringement by formulating rules and setting up a punishment system; therefore, the path of inducement infringement is not applicable to e-commerce platforms.

The essence of alternative liability lies in «liability for losses caused by the acts of others or objects under their control», whereby a person is obliged to protect others from harm posed by things under their control. 'Control theory' can be divided into a narrow and a broad sense [Xianzhi Z., 2011: 49]. In the narrow sense, the indirect infringer has the actual capacity to distinguish between infringement and non-infringement. In the broad sense, tort liability is extended to the legal sense, or the potential to control the tort. In vicarious liability, the 'control' cannot be understood as the person's responsibility to discover and stop ongoing infringements. Nor can it be understood as the responsible person expressing control subjectively. Rather, it should be understood that the indirect tortfeasor is best placed to prevent infringement, so the law imposes an obligation to do so [Liu X., 2012: 300]. It is possible to analyse whether the e-commerce platform has an obligation to control infringement from two aspects: the ability to control behaviour and the protection of public interests (Feng S., 2019: 1095). Some trademark owners believe sellers can only release sales information through an online trading platform. On this platform, the e-commerce platform acts as a 'bridge' for completing the transaction and provides the necessary condi-

tions for doing so, so it should have the obligation to control. However, the creation of an obligation presupposes feasibility. In the process of online transactions, e-commerce platform providers differ from traditional physical stores in that they only provide a platform for transactions between two parties and cannot intervene specifically in the details of transactions to ensure their efficiency [Kwak J. et al., 2019: 120]. Furthermore, the growth of online transactions makes it impossible for e-commerce platforms to monitor all trademark infringements; these can only be reviewed before the parties enter into the transaction. If e-commerce platforms were required to conduct direct audits, this would consume significant financial resources, manpower and time, greatly increasing the cost of network transactions. Even if an e-commerce platform provider employs a large number of personnel to monitor networks and examine every product, they will not be as accurate as a trademark rights holder in determining infringement. Furthermore, if e-commerce platforms were to undertake monitoring obligations, this could strengthen the monopoly position of trademark owners in the circulation of goods and damage the interests of consumers [Zhang R. et al., 2023: 190]. Therefore, it would not only be unfeasible but also against the public interest to require e-commerce platforms to monitor electronic transactions.

Does the e-commerce platform profit from the transaction? Another important element of vicarious liability is that the tortfeasor derives benefit from the tort. In common law jurisprudence, the court held that ‘the decisive factor is the ability to control, not direct economic benefits’. Benefit is not a decisive factor in establishing liability, but it does affect its scope, such as the confiscation of illegal gains or the return of unjust enrichment”. The American eBay website is a typical for-profit e-commerce platform, which charges a fee for goods sold on its platform. When the platform causes losses to the trademark owner due to the sale of counterfeit goods, eBay also profits from the transaction [Turban E., 2015: 143]. Unlike eBay, China’s Taobao still implements a free strategy and does not charge users registration fees or rent. However, the author believes that, as the business model changes, the concept of profit should also change [Chen T., Ku Y., 2016: 659]. Therefore, although Taobao did not directly obtain a certain percentage of benefits from the infringement, it indirectly profited through other fees.

6. Comparison between the US and China’s Relevant Legal Rules and Judicial Practice, and its Enlightenment

Overall, Chinese legal rules in relevant fields are more advanced than those in the United States. Although it is generally believed that these rules

originated in the United States with the Digital Millennium Act, China has introduced them earlier. ‘Notice and take-down’ rules apply to trademark infringement in Para 2, Article 36 of the PRC’s Tort Liability Law, whereby if a network user infringes a trademark through the network, the infringed party is entitled to notify the network service provider to take measures such as deleting, blocking, and breaking the link. If the ISP fails to take the necessary measures promptly after receiving the notification, it shall be held liable for any additional harm caused. As this article does not specify that it is limited to the field of copyright, the provision can also apply to operators selling goods on electronic business platforms who infringe the trademark rights of others by using the network to carry out infringement. With the development of e-commerce and the digital economy in China, the E-Commerce Law of the People’s Republic of China came into force in 2019, based on useful experience in the field of network intellectual property protection.

“Notice and take-down” rules have been further refined and perfected:

Article 42 and Article 43 of the E-Commerce Law of the People’s Republic of China- Notification in the field of e-commerce — deletion rules and anti-notification rules are clearly defined.

Article 45 stipulates that electronic business platforms must take the initiative to take the necessary measures in certain circumstances, in an approach known as the ‘Red Flag’ principle. At the same time, Para 3 of Article 42 also stipulates that the rights holder shall bear the corresponding civil liability for any damage caused to the platform operator by erroneous or malicious notifications. In view of the problem of identifying the liability of platform operators in cases of intellectual property infringement online, it can be seen that China’s e-commerce law provides a complete system of rules. These rules apply not only to trademark infringement, but also to patent infringement in the network environment. In fact, some of the legislative proposals put forward by relevant parties in the USPCB report have already been enacted in Chinese legislation.

In the field of judicial practice, the development of China’s network economy and wide range of online shopping applications has resulted in countless relevant cases. As early as 2012, the Supreme People’s Court Bulletin (Case No. 1) has issued the ‘Notice and Takedown’ rule exemption. In cases of repeated infringement, the court held that, after receiving a notice to delete infringing information, a network service provider is exempt from liability, but this is not a sufficient condition. If the internet user continues to use the ISP’s network services to carry out the infringement after the ISP has deleted the information, the ISP shall take further necessary measures to stop the continued infringement. The necessary measures shall be determined according to the type of network service, technical feasibility, cost,

infringement, and other factors. For online trading platform service providers specifically, these measures can include public warnings to network users, reducing credit ratings, limiting release of product information, and closing the user's account. This case was selected as a Supreme People's Court bulletin case, demonstrating the Chinese courts' determination to crack down on repeated infringement and strengthen the protection of intellectual property rights online. This case has a guiding significance for similar cases, and the judicial practice for such cases is relatively uniform.

In the trademark infringement dispute between Xiexun Communication Co. Ltd., Beijing Jingdong 300 Lushidu E-commerce Co. Ltd. and Zhongshan Xiexun Outdoor Products Co. Ltd., the court has ruled the e-commerce platform permitted users to open 'flagship stores'. Reasonable care should be exercised in these shops. The examination rules for the qualifications of merchants set up by brand flagship stores on e-commerce platforms only require the submission of a notice of acceptance of trademark applications. This cannot be regarded as fulfilling the duty of reasonable care, and the e-commerce platform should be held liable for assisting infringement.¹³ Therefore, the interpretation of the reasonable duty of care owed by e-commerce platforms is not fixed and should be considered in light of multiple factors, such as platform size, business model, and the popularity of rights and trademarks. Additionally, this case involves the issue of judicial review of the platform's autonomy, a problem often encountered when determining whether the platform has fulfilled its reasonable duty of care. JD.com argues that, in addition to submitting a trademark registration certificate, merchants can submit a notice of acceptance of a trademark application in accordance with the website regulations regarding brand flagship store qualification. However, Zhongshan submitted a notice of application to register a trademark similar to the owner's trademark to JD.com, thus complying with the platform's rules, and JD.com claimed that it had exercised its reasonable duty of care. The court has found also this platform rule to be irrational and determined that JD Company had failed to fulfil its reasonable duty of care to review the identity and qualifications of operators on its platform. It is clear that e-commerce platforms cannot simply act according to their own rules to prove that they have fulfilled their reasonable duty of care, and the legality and rationality of their rules must withstand judicial review.

In another typical case, the issue is trademark infringement by a seller of authentic products that are not authorised by the trademark owner. In this case, the defendant sold the plaintiffs' brand of cosmetics with removed

¹³ See: Civil Judgment No. 1227 2015.

QR codes and production batch numbers on an online store, and the plaintiffs sued the defendant for trademark infringement. The court ruled that, in cases of trademark infringement, if the infringing product is genuine, it is an objective fact that the product originated from the rights holder. While some information, such as the two-dimensional code and production batch number of the infringing product, can be used to trace the product back to the dealer, if the seller has been fully informed of the removal of the code, this will not affect the ability to identify the source of the trademark, nor cause confusion or misidentification among consumers. It will also not affect consumers' evaluation of the quality of the goods themselves or the reputation of the trademark owner. Therefore, the principle of trademark rights exhaustion can be applied to the sale of such products, which does not constitute trademark infringement. Judicial rulings have helped to diversify the sale of authentic goods on the network platform and to maintain fair competition between various market players.

A general comparison of the relevant rules and judicial practice in China and the United States reveals at least three points. Firstly, the protection of intellectual property rights online is a common problem faced by all countries. China's relevant rules and judicial practices in this area have been at the forefront worldwide. Many typical cases also demonstrate China's firm determination and practical steps to enhance the protection of intellectual property rights online, combat counterfeiting and infringement, and protect the legitimate rights and interests of consumers.

Secondly, when it comes to applying specific rules, there is no set formula for determining the indirect liability for trademark infringement of online platforms, but it is generally difficult to avoid falling under US law. The theory of interpretation of rules should follow the correct frame of interpretation of the general principle of liability for fault. According to US law, whether an online platform constitutes infringement or indirect infringement is based on its subjective and objective circumstances, rather than simply deleting the sales link after receiving notification from the relevant person. However, with the new development of e-commerce and cross-border electricity suppliers, as well as new business models such as live shopping, new problems are bound to arise in terms of the liability of platforms identified in trademark infringement cases. Nevertheless, we should still apply the constitutive requirements of traditional tort theory to judge whether the platform constitutes aiding infringement or indirect infringement. In addition, the issue of trademark bullying has been raised by supporters of the camp, and this situation has occurred to varying degrees in China in the field of trademarks, with the «notice and take-down» process for electricity suppliers.

The rules are at risk of being abused. This issue has also sparked much discussion in academic and practical circles. The current solution is that platform operators can file an action against unfair competition or network infringement, and, under certain circumstances, can also apply for behaviour preservation. There are many things that deserve further discussion. For example, according to Para 3, Article 42 of the Electronic Commerce Law, there should be further discussion regarding the civil liability of those who make false notifications.

It seems that the person who reports an error should be liable even if they are not at fault, which is consistent with judicial practice. However, the section on intellectual property rights in the Chino-US first-stage economic and trade agreement has changed this rule. A request for exemption from liability for a bona fide false notice submitted by the end of August this year is covered by Article 5 of the Reply on Several Issues Concerning the Application of Law to Online IPR Infringement Disputes, issued by the Supreme People's Court: 'Where the content of the notice issued by the intellectual property rights holder is inconsistent with the objective facts, but claims in litigation that the notice was submitted in good faith and requests exemption from liability, and this can be proven, the People's Court shall support the claim after examining the facts according to law'. This actually revises the existing judicial rules. In practice, how should the 'duty of care and good will' be explained? Therefore, this is a problem worthy of further study.

Finally, from the perspective of relevant legislative trends in the United States, it appears that there is a move towards strengthening supervision of platforms and allowing them to undertake more prior supervision and active review obligations. Setting up the relevant legal rules to balance the interests of the network platform, trademark owners, and consumers will be a test of the wisdom of legislators and judiciaries.

This is an issue that requires ongoing attention and in-depth study.

Conclusion

The emergence of online trading platforms has significantly altered the consumer market and the legal landscape surrounding intellectual property protection. In light of the substantial growth of e-commerce and the growing globalization of trade, the issue of indirect liability of platforms for trademark infringement is becoming increasingly relevant.

The legal framework cannot fully resolve the issue of admission liability. The *Tiffany vs eBay* case has demonstrated that establishing a platform's vicarious liability for trademark infringement in practice requires substan-

tial proof of knowledge of infringement. This increases the burden of proof for rights holders, often rendering law enforcement against platforms ineffective.

The US legal rules on vicarious liability are inadequate for addressing the problem of counterfeiting. They place rights holders in a difficult position by requiring them to actively monitor and report infringements, that creates an unfair burden for them. There is also debate about whether platforms should take proactive measures to prevent the sale of counterfeit goods and how changes in legislation may affect competition, consumers, and business models based on the legal sale of genuine goods. International practice, as demonstrated by China, has attempted to establish clearer obligations for platforms, including the obligation to pre-screen and assist in identifying operators. This could serve as a model for other countries.

Therefore, a comprehensive approach to legal reform could involve establishing clear platform obligations to combat counterfeiting. This could help to strike a better balance between the interests of platforms, rights holders, and consumers, while ensuring fairer protection of intellectual property rights in the digital economy. It is becoming increasingly urgent to adapt legal frameworks to evolving technologies, that requires a deep understanding of the specifics of the online environment and the cooperation of all stakeholders to achieve the most effective anti-counterfeiting solutions.



References

1. Boritz J., No W. (2011) E-commerce and privacy: Exploring what we know and opportunities for future discovery. *Journal of Information Systems*, vol. 25, no. 2, pp. 11–45.
2. Buiten M., De Streel A., Peitz A. (2020) Rethinking liability rules for online hosting platforms. *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 28, no. 2, pp. 139–166.
3. Chen T. J., Ku Y. H. (2016) Rent seeking and entrepreneurship: internet startups in China. *Cato Journal*, no. 36, pp. 659–680.
4. Chaudhry P. (2022) Dupe influencers exploiting social media to peddle luxury fakes. *Business Horizons*, vol. 65, no. 6, pp. 719–727.
5. Cao Y. (2016) Indirect infringement of intellectual property in China. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 6, no. 2, pp. 248–259.
6. De Beer J., Clemmer C. (2008) Global trends in online copyright enforcement: a non-neutral role for network intermediaries. *Jurimetrics*, no. 49, p. 375.
7. Feng S. (2017) Should Alibaba be liable for the counterfeiting activities of on-line stores? On the secondary liability of internet service providers in Chinese trade mark, copyright and tort law. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 7, no. 2, p. 196.

8. Feng S., Wan Y., Fang F. (2019) Notice and Take Down: How the Shift from Copyright Law to Chinese E-Commerce Law Poses an Unnecessary Disturbance to E-Commerce. *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, pp. 1082–1100.
9. Friedmann D. (2014) Sinking the safe harbour with the legal certainty of strict liability in sight. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 9, no. 2, pp. 148–155.
10. He H. (2020) The mechanism for intellectual property protection under Chinese e-commerce law: more powerful than necessary. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 10, no. 2, pp. 217–237.
11. Huang W., Li X. (2019) The E-commerce Law of the People's Republic of China: E-commerce platform operators liability for third-party patent infringement. *Computer Law & Security Review*, vol. 35, no. 6, p. 105347.
12. Hira A., Reilly K. (2017) The emergence of the sharing economy: Implications for development. *Journal of Developing Societies*, vol. 33, no. 2, pp. 175–190.
13. Kwak J. et al. (2019) Legitimacy building and e-commerce platform development in China: The experience of Alibaba. *Technological Forecasting and Social Change*, no. 139, pp. 115–124.
14. Liu X. et al. (2012) Sustainable consumption: Green purchasing behaviours of urban residents in China. *Sustainable development*, vol. 20, no. 4, pp. 293–308.
15. Sun X. (2024) Basic Rights and Basic Analysis Methods in Civil Law. *Jurisprudence and Practical Logic of Civil Code*. Singapore: Springer, pp. 173–258.
16. Turban E., King D. et al. (2015) Retailing in electronic commerce: Products and services. *Electronic commerce: A managerial and social networks perspective*. Cham: Springer, pp. 103–159.
17. Wang J. (2018) Regulating Hosting ISPs' Responsibilities for Copyright Infringement. Singapore: Springer, pp. 1–18.
18. Xianzhi Z., Yuanyuan L., Yuting W. (2011) Management Control System of China's Enterprises: Theory and Practice. *Controlling & Management*, vol. 55, no. 1, pp. 47–52.
19. Xu X., Lu Q. et al. (2019) Designing blockchain-based applications a case study for imported product traceability. *Future Generation Computer Systems*, no. 92, pp. 399–406.
20. Zhang R., Fang L. et al. (2023) Controlling Transaction Risk in E-commerce. In: *The Whole Process of E-commerce Security Management System: Design and Implementation*. Singapore: Springer, pp. 181–224.

Information about the author:

A.V. Pokrovskaya — PhD Student.

The article was submitted to editorial office 05.01.2025; approved after reviewing 07.04.2025; accepted for publication 10.06.2025.

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.

Для заметок

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. Калашиников*

Подписано в печать 10.09.2025. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 18,75. Тираж 200 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42