

ЗАКОН

Организация
судебной работы
в компании:
вызовы, знания,
технологии

Налоги
по понятиям

Территориальные
комплексы недвижимости
и новое законодательство
об общей долевой
собственности

Алексей НИКИФОРОВ:
**«Став менеджером, юрист уже не может
оставаться только юристом»**

ТЕМА НОМЕРА: Юридический менеджмент



первая социальная сеть для юристов



Реклама

zakon ru одобрен с первого ЧТЕНИЯ

Читайте

Вступайте

Высказывайтесь

 [@zakon_news](https://t.me/zakon_news)

 vk.com/zakon_news

Более **78 300**
пользователей

 **16 400** юристов
 **3500** студентов
 **2300** компаний



Максим Доценко

*председатель экспертного
совета Общероссийского
профсоюза арбитражных
управляющих*

«До настоящего времени не разработано объективной статистической методики определения эффективности процедур банкротства»



Один из ключевых трендов в юридической профессии последних лет — перевод управления юридической функцией в организациях на профессиональные рельсы. На наших глазах происходит становление юридической отрасли, включая юридический бизнес, в качестве самостоятельного сектора российской экономики. Это связано не только с трансформацией прежней контрольно-запретительной роли юридических служб в партнерскую, но и с необходимостью создания на базе классических юридических департаментов современных инновационных зарабатывающих центров, предлагающих бизнесу эффективные стратегические решения.

Осознание юридическим сообществом данной потребности рынка радикально перевернуло привычные нам представления о роли руководителя юридической функции. Он все больше становится специализированным менеджером высшего звена — активным участником всех ключевых бизнес-процессов в организации, а не просто самым квалифицированным знатоком права среди прочих работающих в ней юристов. Владение специализированными управленческими навыками все чаще является решающим фактором для занятия руководящих позиций в юридической службе не только на уровне топ-менеджмента, но даже на операционном и тактическом уровнях.

Юридический менеджмент в системе менеджмента отраслевого традиционно занимал своеобразное место, поскольку напрямую был связан с особенностями функционирования правовой системы того или иного государства, что придавало ему известную национальную окраску. Однако в глобальном масштабе мы теперь можем видеть ряд универсальных тенденций, а именно:

- выделение в структуре юридического менеджмента такого отдельного и самостоятельного сегмента, как управление юридическим бизнесом;
- цифровизация юридического менеджмента, в том числе активное применение в нем искусственного интеллекта;
- развитие управленческого образования специально в области юридического менеджмента, вплоть до создания профильных программ магистратуры и бизнес-образования.

Все эти тенденции начинают проявлять себя и в России.

В июньском номере журнала «Закон» команда Института юридического менеджмента Высшей школы юриспруденции и администрирования постаралась показать все многообразие управленческих проблем, стоящих перед российской юридической отраслью, а кроме того, предложить конкретные решения, инструменты и технологии, призванные повысить эффективность и конкурентоспособность руководителей юридических функций в современных условиях.

Д.Л. Кузнецов,

доктор делового администрирования, профессор, ординарный профессор,
директор Высшей школы юриспруденции и администрирования НИУ ВШЭ



АЛЕКСЕЙ НИКИФОРОВ
заместитель директора Высшей
школы юриспруденции и
администрирования НИУ «Высшая
школа экономики»

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

СТАВ МЕНЕДЖЕРОМ,
ЮРИСТ УЖЕ НЕ МОЖЕТ
ОСТАВАТЬСЯ ТОЛЬКО ЮРИСТОМ

” У нас большая пропасть между рынком очень дорогих юридических услуг и массовым рынком юридических услуг, который пока не вызывает доверия “

**Оформить подписку на электронные
и печатные версии журнала «Закон»**

1. Online

<https://zakon.ru/>

<https://igzakon.ru/>

<https://podpiska.pochta.ru/>

2. E-mail

post@igzakon.ru

3. Телефон

+7 (495) 927-01-62

4. Почта России

П7299 в каталоге Почты России

39001 по каталогу агентства
«Урал-Пресс»

читайте
в номере

ЗАКОН

ТЕМА НОМЕРА: Юридический менеджмент

Среди авторов номера:



М.Е. Басова,



В.Г. Домшенко

Организация судебной работы в компании: вызовы, знания, технологии
В статье рассматриваются основные вопросы организации претензионно-судебной работы в крупных компаниях.



Н.Н. Тарусина

Доктрина и семейный закон: переосмысление правового регулирования семейных отношений или «усекновение» традиции?

Автор продолжает дискуссию, начатую на страницах журнала статьей А.А. Иванова, о современной семье, правовом статусе семейного союза, его возможных видах и регулировании имущественных отношений между его членами.



А.А. Волос

Принципы договорного права в судебных делах, осложненных использованием контрагентами цифровых технологий (опыт Нидерландов)

В статье проводится анализ решений судов Нидерландов, в которых применены принципы договорного права к спорам о цифровых продуктах, и возможность использования выводов в рамках российского права.



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Журнал «ЗАКОН» награжден Высшей юридической премией «ФЕМИДА» за 2007 год.

Журнал «ЗАКОН» включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата юридических наук.

содержание / contents

	От редакции	1
	Introduction	
	ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА	
	INTERVIEW	
	А.Ю. Никифоров. СТАВ МЕНЕДЖЕРОМ, ЮРИСТ УЖЕ НЕ МОЖЕТ ОСТАВАТЬСЯ ТОЛЬКО ЮРИСТОМ	8
	A.Yu. Nikiforov. A LAWYER, HAVING BECOME A MANAGER, CAN NO LONGER REMAIN ONLY LAWYER	
	ТЕМА НОМЕРА: ЮРИДИЧЕСКИЙ МЕНЕДЖМЕНТ	
	TOPIC OF THE ISSUE: LEGAL MANAGEMENT	
	В.В. Уткин. СОЗДАНИЕ ЕДИНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ФУНКЦИИ В КОМПАНИИ	19
	V.V. Utkin. CREATION OF A UNIFIED LEGAL FUNCTION IN THE COMPANY	
	М.Е. Басова, В.Г. Домшенко. ОРГАНИЗАЦИЯ СУДЕБНОЙ РАБОТЫ В КОМПАНИИ: ВЫЗОВЫ, ЗНАНИЯ, ТЕХНОЛОГИИ	30
	M.E. Basova, V.G. Domshenko. ORGANISATION OF LITIGATION WORK IN THE COMPANY: CHALLENGES, KNOWLEDGE, TECHNOLOGIES	
	Ю.Е. Донников. ЗАЧЕМ ЮРИСТАМ ЗНАТЬ О БИЗНЕС-ПРОЦЕССАХ?	39
	Yu.E. Donnikov. WHY DO LAWYERS NEED TO KNOW ABOUT BUSINESS PROCESSES?	
	Е.В. Регада. РЕГЛАМЕНТАЦИЯ КАК ПРОДУКТ ЭФФЕКТИВНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО МЕНЕДЖМЕНТА	45
	E.V. Regeda. REGULATION AS A PRODUCT OF EFFECTIVE LEGAL MANAGEMENT	
	А.В. Никифоров. СОВРЕМЕННЫЕ ТРЕНДЫ В УПРАВЛЕНИИ ТРАДИЦИОННОЙ КОЛЛЕГИЕЙ АДВОКАТОВ	54
	A.V. Nikiforov. MODERN TRENDS IN MANAGING A TRADITIONAL BAR ASSOCIATION	

**ЮРИДИЧЕСКОЕ ПРОШЛОЕ****LEGAL PAST**

А.О. Рыбалов. ПЕТР ВЕЛИКИЙ И РЕГИСТРАЦИЯ НЕДВИЖИМОСТИ:
СПРАВЕДЛИВЫ ЛИ УПРЕКИ? 62

A.O. Rybalov. PETER THE GREAT AND PROPERTY REGISTRATION:
ARE THE REPROACHES FAIR?

**ДИСКУССИОННЫЙ КЛУБ****DISCUSSION BOARD**

К.А. Сасов. НАЛОГИ ПО ПОНЯТИЯМ 71

K.A. Sasov. TAXES BY CONCEPTS

Н.Н. Тарусина. ДОКТРИНА И СЕМЕЙНЫЙ ЗАКОН: ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ
ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ ИЛИ
«УСЕКНОВЕНИЕ» ТРАДИЦИИ? 78

N.N. Tarusina. DOCTRINE AND FAMILY LAW: RECONSIDERATION
OF LEGAL REGULATION OF FAMILY RELATIONSHIPS OR “TRUNCATION”
OF TRADITION?

**ЮРИДИЧЕСКАЯ ХРОНИКА****LEGAL CHRONICLE**

I. **Г.А. Есаков.** Решение присяжными заседателями вопроса об умысле
подсудимого 86

II. **О.П. Плешанова.** Тень на реестр 90

III. **В.Л. Толстых.** Первые решения ЕСПЧ по климатическим делам:
бежать раньше, чем идти? 96

IV. **А.А. Иванов.** Нежилые апартаменты для целей проживания vs жилые
помещения 99

содержание / contents

V. М.А. Удодова. Новое в вопросах конфискации зарубежных суверенных активов РФ и российский ответ	102
VI. А.А. Елаев. Драматург Островский и неясный статус юбилейных медалей	106
I. G.A. Esakov. The Jury's Resolution of the Issue of the Defendant's Intent	
II. O.P. Pleshanova. Muddy the Register	
III. V.L. Tolstykh. First ECHR Judgments in Climate Cases: Running before Walking?	
IV. A.A. Ivanov. Non-Residential Apartments for Residential Purposes vs Residential Premises	
V. M.A. Udodova. Novelties in the Confiscation of Russia's Foreign Sovereign Assets and the Russian Response	
VI. A.A. Elaeв. Dramatist Ostrovsky and the Unclear Status of Jubilee Medals	



ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

THEORY AND PRACTICE

В.А. Алексеев. ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЕ КОМПЛЕКСЫ НЕДВИЖИМОСТИ И НОВОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ ОБЩЕЙ ДОЛЕВОЙ СОБСТВЕННОСТИ	111
V.A. Alexeev. TERRITORIAL REAL ESTATE COMPLEXES AND NEW LEGISLATION ON COMMON SHARED OWNERSHIP	
Г.Г. Волков. ЗНАЧЕНИЕ <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETU CONTRACTUS</i> ПРИ ПОНУЖДЕНИИ К ИСПОЛНЕНИЮ ВСТРЕЧНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В НАТУРЕ	124
G.G. Volkov. THE ROLE OF <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i> TO SEEK SPECIFIC PERFORMANCE UNDER A MUTUAL OBLIGATION	
А.И. Савельев. ЗАКОН И КОД: РЕГУЛИРОВАНИЕ КАЧЕСТВА ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ, ПРЕДОСТАВЛЯЕМОГО ПО ЛИЦЕНЗИИ И РАЗРАБАТЫВАЕМОГО НА ЗАКАЗ	136
A.I. Savelyev. LAW AND CODE: REGULATING THE QUALITY OF LICENSED AND CUSTOM-DEVELOPED SOFTWARE	

ЗАКОН

В.О. Калятин. К ВОПРОСУ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРЕДЕЛОВ ДЕЙСТВИЯ ЗАПРЕТА
АВТОРА НА ОБНАРОДОВАНИЕ СВОЕГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ 151

V.O. Kalyatin. DETERMINATION OF THE LIMITS OF THE AUTHOR'S
PROHIBITION ON THE PUBLICATION OF HIS WORK

А.А. Арутюнян, А.В. Белицкая. ПРАВОВОЙ АСПЕКТ РАСШИРЕНИЯ СФЕРЫ
КОНТРОЛЯ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ 164

A.A. Arutyunyan, A.V. Belitskaya. LEGAL ASPECT OF EXPANDING THE SCOPE
OF CONTROL OVER FOREIGN INVESTMENTS IN THE RUSSIAN FEDERATION

Н.В. Летова. ОСОБЕННОСТИ ЗАЩИТЫ ПРАВ ВЕТЕРАНОВ ТРУДА
ПРИ НАЗНАЧЕНИИ ИМ ОТДЕЛЬНЫХ СОЦИАЛЬНЫХ ВЫПЛАТ 171

N.V. Letova. FEATURES OF PROTECTING THE RIGHTS OF LABOUR VETERANS
WHEN ASSIGNING THEM SOME SOCIAL PAYMENTS



ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

FOREIGN EXPERIENCE

П.А. Курьиндин. МОДЕЛИ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ИСПОЛНЕНИЯ
АДМИНИСТРАТИВНЫХ АКТОВ 178

P.A. Kuryndin. MODELS OF FORCED EXECUTION OF ADMINISTRATIVE ACTS

А.А. Волос. ПРИНЦИПЫ ДОГОВОРНОГО ПРАВА В СУДЕБНЫХ ДЕЛАХ,
ОСЛОЖНЕННЫХ ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ КОНТРАГЕНТАМИ ЦИФРОВЫХ
ТЕХНОЛОГИЙ (ОПЫТ НИДЕРЛАНДОВ) 186

A.A. Volos. PRINCIPLES OF CONTRACT LAW IN LITIGATION CASES COMPLICATED
BY COUNTERPARTIES' USE OF DIGITAL TECHNOLOGY (DUTCH EXPERIENCE)



РЕЦЕНЗИИ. ОБЗОРЫ

REVIEWS

А.А. Иванов. КОММЕНТАРИИ ПО ПОВОДУ КРУГЛОГО СТОЛА «БЛОКЧЕЙН
В ПРАВЕ: МЕТОД, ФОРМА СДЕЛКИ ИЛИ ОТНОШЕНИЕ?» 196

A.A. Ivanov. COMMENTS ON THE ROUNDTABLE DISCUSSION 'BLOCKCHAIN IN
LAW: METHOD, TRANSACTION FORM OR ATTITUDE?'



На вопросы редакции отвечает
**заместитель директора
Высшей школы юриспруденции
и администрирования
НИУ «Высшая школа экономики»
кандидат юридических наук
Алексей Юрьевич НИКИФОРОВ**

СТАВ МЕНЕДЖЕРОМ, ЮРИСТ УЖЕ НЕ МОЖЕТ ОСТАВАТЬСЯ ТОЛЬКО ЮРИСТОМ

В 2005 году окончил юридический факультет Томского государственного университета; работал директором юридической поддержки компании АО «СИБУР», генеральным директором АО «СИБУР РТ»; является основателем компании «Юридический менеджмент», соруководителем курсов «Лидерство в юридической функции организации» и «Академия юридического бизнеса» НИУ ВШЭ, автором книги «Управление юридической функцией организации».

В 2018 году получил степень *MBA* в *Warwick Business School* (Англия), в 2019 году прошел обучение по программе *Executive corporate* в *INSEAD* (Франция). Входил в число топ-50 директоров по правовым вопросам по версии газеты «Коммерсант» (2016–2021 годы).

— Почему Вы считаете важным выделять юридический менеджмент в качестве самостоятельного предмета? Чем юридический менеджмент отличается от менеджмента в целом?

— Конечно, в словосочетании «юридический менеджмент» ключевое второе слово. У юристов сильная экспертная подготовка, хорошие навыки работы с клиентами, но им часто не хватает навыков по управлению людьми. С людьми они учатся работать уже на практике.

Вообще, специфика предмета накладывает огромный отпечаток на то, как руководить. Можно выстроить следующую иерархию. База — это операционный менеджмент, то, что применимо к любым процессам в организации. Общая теория операционного менеджмента дается в бизнес-школах. А дальше она распадается на разные сферы управления в зависимости от того, какими процессами и какой командой руководит тот или иной менеджер. И уже менеджер соответству-

ющей дисциплины должен приспособливать общие инструменты операционного менеджмента к своей специальной зоне управления.

Соответственно, юридический менеджмент адаптирован для юридических задач. Мы пытаемся вычленил из операционного менеджмента набор инструментов, наиболее подходящих для юридического сопровождения. Набор для управления юридической командой внутри компании значительно отличается от набора для юридического консалтинга, хотя и там, и там юристы, которые руководят другими юристами.

Таким образом, юридический менеджмент — это адаптация общих управленческих инструментов к сфере юриспруденции. Очень похоже на соотношение фундаментальной и прикладной науки. Фундаментальная наука — это операционный менеджмент. Прикладная — менеджмент юридический, который дает инструменты именно юридическим командам.

— Можете привести пример?

— В операционном менеджменте есть огромное количество разных инструментов, таких как *Lean* (методология бережливого производства), стандартизация, унификация, моделирование. Это общие инструменты управления процессами. Например, стандартизация как метод управления может использоваться как в производстве автомобилей, так и при работе с договорами. Что объединяет стандартизацию текстов контрактов и стандартизацию производства автомобилей? То, что мы можем создать стандартные условия договора (*General Terms and Conditions*) и это будет все равно что ходовая часть автомобиля. Контрагенты присоединяются к *General Terms and Conditions*, размещенным на сайте, а отдельно подписывают двухстраничное дополнение с особыми условиями. Аналогичным образом в автомобилях есть общая база, к ней добавляются какие-то опции, и получается индивидуальный автомобиль, который, однако, на 90% схож с другими автомобилями.

— **Есть ли какие-то приемы, механизмы, которые используются только в юридическом менеджменте, и больше нигде — ни, например, в финансовом, ни в HR-менеджменте?**

— Строго специальные методы управления для юридического менеджмента выделить сложно. Скорее, надо

говорить о приспособлении общих методов операционного менеджмента к юридическому, как, впрочем, и к другим областям. Действительно, можно классифицировать направления менеджмента в зависимости от бизнес-процесса: финансовый, *HR-*, *PR-*менеджмент, менеджмент издательской деятельности, логистический менеджмент. Во всех случаях мы видим людей, которые руководят разными по своей сути процессами и при этом применяют общие инструменты операционного управления. В бизнес-школы приходят люди из разных профессий — именно для того, чтобы получить универсальные инструменты управления, причем юристов обычно там учится мало. В то же время, если мы возьмем функцию генерального директора, то можем сказать, что он представляет собой как бы абсолюта развития, высшую точку операционного менеджмента: не являясь специалистом во всех сферах деятельности, которые представлены у него в организации, он выполняет особые функции и нуждается в специальных средствах управления для их реализации. Если мы опускаемся по вертикали сверху вниз, к конкретному эксперту, будь то юрист или эксперт по продажам, мы увидим увеличение экспертной роли и уменьшение роли операционного менеджмента. И, наверное, допустимо сказать, что есть линия *HR-*менеджмента, финансового менеджмента, менеджмента закупок и т.п. Кстати, по этим видам менеджмента, как правило, есть курсы в бизнес-школах, а вот юридического менеджмента я не встречал. Только несколько лет тому назад начала появляться практика *Legal operations*, по сути близкая к юридическому менеджменту. *Legal operations*, или управление юридическими операциями, это тоже своего рода набор инструментов, которые есть у юридической функции для того, чтобы она успешно работала, давала юридические продукты, работала с внутренними заказчиками. Собственно, это уже и есть юридический менеджмент.

— **Можно ли вести деятельность компании без него, жить только с операционным менеджментом?**

— Наверное, можно, но если ты начинаешь применять общие инструменты операционного менеджмента в конкретной сфере, то сразу начинаешь создавать нечто специфическое. Ведь есть же специализированные юридические журналы. Они отличаются от журналов для экономистов или от развлекательных изданий, потому что предмет всегда накладывает дополнительную специфику на метод управления. То же

самое и здесь. Начальник службы *HR* не может в один день стать качественным начальником юридического департамента — по двум причинам. Во-первых, для руководителя компании руководитель юридической функции всегда будет прежде всего юристом, а потом уже менеджером. А во-вторых, важно понимание юридического ремесла для того, чтобы, используя общие бизнес-инструменты, выстраивать правильный юридический менеджмент у себя в организации.

— Юристы обычно считаются консерваторами, а предприниматель скорее идет на риск. Юридический менеджер — это больше смелый, рисковый человек или, наоборот, осторожный, остерегающийся риска? Не в том ли отличие от общего менеджмента и других его специальных видов — в особом характере, даже настроении юридического менеджмента?

— Здесь, мне кажется, можно разделять две плоскости отношений. Первая плоскость — это когда юридический менеджер выступает охранителем компании от юридических рисков, когда он — главный юрист компании. В этом случае он действительно консерватор. По себе помню: когда я стал генеральным директором, я хотел быстрее заключать договоры и не хотел смотреть на юридические риски, немного даже злился от того, что юристы опять какие-то замечания выдают. Так что в этом отношении руководитель юридической службы, безусловно, оплот защиты, оплот консерватизма, и инновационные стремления для него нехарактерны. За инновации, за развитие и риск есть кому отвечать в организации помимо него, а он отвечает за защиту.

Но когда мы переходим ко второй плоскости, где он юридический менеджер, а не главный юрист компании, он должен уметь рисковать: например, взять на работу сотрудника, который неоднозначно показал себя на собеседовании, но очень компетентен; выйти из процесса экспертизы договоров, которые не создают больших проблем. В условиях ограниченности ресурсов он должен выбрать, куда направлять внимание юристов компании. Если он не может этого делать, то функция не развивается, она в какой-то момент становится неповоротливой, чрезмерно консервативной и начинает мешать бизнесу. Юристу-менеджеру нужно чувствовать грань между теми рисками, которые надо принять, и теми, которые принимать нельзя.

Мы сейчас говорим про инхаусов, про корпорации, но к юридическим фирмам это также в полной мере относится. Когда ты руководишь сотней человек, то не можешь себе позволить устанавливать правила с кучей оговорок. Правила и цели для команды должны быть простыми и понятными. Ты должен уметь абстрагироваться, подниматься над ситуацией, потому что ты лидер команды. Возможно, руководителю маленькой команды эти навыки нужны в меньшей степени, но если менеджмент требуется во всей своей полноте, ты должен уметь рисковать, упрощать, быть уверенным.

Когда в отношениях с генеральным директором ты выступаешь как защитник от рисков, ты должен быть консервативен и отдавать себе отчет в том, что, если компания решила принять на себя риски, нужно следовать этому общему решению компании. Здесь тонкая грань. Когда консультируешь менеджера, ты можешь предложить ему разные варианты с разными последствиями и степенью рисков, в том числе вариант, который выбрал бы сам, будучи на месте генерального директора. Это высшая степень качества работы юриста.

— То есть, по сути, юрист встает на место предпринимателя? Насколько это корректно, ведь он не обладает всей полнотой информации, экономическими, маркетинговыми аспектами рассматриваемого решения?

— Юрист может это делать, только если отдает себе в этом отчет. Руководство компании больше всего ценит тех юристов, которые, продолжая играть формальную роль, умеют примерить на себя другую и сказать генеральному директору: «Как юрист я должен это запретить, потому что есть вот такие риски. Но я понимаю, что мы коммерческая организация, а я член управленческой команды, и будет странно, если я буду все время занимать консервативную позицию и всегда говорить „нельзя“. Это самый безопасный подход для юриста, но тогда бизнеса не будет». Можно добавлять «если бы я был генеральным директором, я бы решил так», можно не добавлять, но в любом случае руководитель компании будет ценить того юриста, который дает полную картинку, а не одну лишь консервативную.

Только при таком подходе юрист со временем становится членом управленческой команды, а в дальнейшем может стать заместителем генерального



директора или генеральным директором. Этот рост не происходит в один момент. Это годы научения.

— Насколько это применимо к консалтинговым компаниям? Может ли там юрист встать на сторону предпринимателя, будучи внешней по отношению к нему стороной и не зная, может быть, изнутри, как работает организация клиента? Что вообще нужно клиенту, который пришел за юридической консультацией?

— Клиенту, который пришел в юридическую фирму, нужно получить и юридический продукт, т.е. решение его конкретной ситуации, и качественный клиентский сервис. И обычно юридическая фирма в лице ответственного за это партнера управляет целым механизмом — я бы сказал, даже более сложным, чем юридический отдел в организации. Когда руководишь юридической фирмой, у тебя настоящий бюджет, реальная конкуренция с другими юридическими фирмами, огромная текучесть кадров, борьба за таланты, настоящая экономика, себестоимость, продукт, который ты продаешь. Все это требует осмысления, и партнер юридической фирмы в принципе не может себе позволить быть только юристом. Он и экспертизой-то гораздо меньше занимается, нежели руководитель юридического отдела, если мы говорим про большую юридическую фирму, например человек двадцать-тридцать. Но гораздо больший потенциал успешности фирмы лежит в том, как он управляет людьми, как он подбирает ресурсы, дорогостоящие они или нет, как он формулирует ценовое предложение клиенту, как учитывает время, ведет биллинг. Весь этот комплекс вопросов делает партнера юридической фирмы скорее предпринимателем, владельцем небольшого бизнеса, чем просто юристом.

— Как сейчас обычно ведется биллинг? Есть ли какие-то рекомендации на этот счет?

— Я бы разделил этот вопрос на две части. Первая — это биллинг, который ведут юристы для выставления счета клиентам. Вторая — это биллинг, который ведут юристы для оценки внутренней эффективности, независимо от того, ляжет он в основу счета или нет. Бывает — и на российском рынке сейчас это чаще всего, — что биллинг не выставляется клиенту, потому что почасовая оплата стала непопулярна, предпочитают твердые цены. Но это не отменяет того, что экономика

все равно почасовая, потому что мы не предлагаем ничего, кроме своих знаний, и у нас нет ничего, кроме нашего времени.

Внутренний биллинг надо вести обязательно. Есть фирмы, которые работают в секторе *B2B* с крупными корпорациями, и фирмы, которые работают на рынке *B2C*. И на нашем курсе в ВШЭ мы выявили очень интересные отличия этих фирм. Юридические фирмы, которые работают на рынке *B2C*, например в сфере банкротства физических лиц, тратят огромные бюджеты на рекламу, на привлечение клиентов. Был проведен анализ того, как клиенты выбирают юридическую фирму, которая поможет им освободиться от долгов. Так вот, чаще всего люди выбирают ту компанию, которая ближе к дому. Это требует проведения особой маркетинговой политики. И в таких фирмах биллинг, как правило, не ведется, потому что у них другая единица показателей эффективности — количество заявлений, входящих звонков, писем и т.п. А когда мы говорим про *B2B*, где юристы продают экспертизу и знания, там фокус, конечно, должен быть на расчете времени. Юридические фирмы по-разному, с разной аккуратностью считают время, которое проводят их юристы за работой, но во всех случаях этот расчет очень важен для понимания экономики конкретного проекта, правильности расчета цены (сколько на самом деле времени юристы потратили), для выявления перегруженных или недогруженных практик. Поэтому биллинг для юридических фирм принципиален.

Что касается инхаусов, то биллинг в последние годы стал актуален и для них, его цель — определить эффективность использования ресурса юридического департамента, а также показать руководству, что юристы, например, тратят слишком много часов на запросы конкретного подразделения, и это повод поставить вопрос о повышении численности отдела или бюджета на привлечение внешних юристов. Поэтому биллинг — это всегда еще и способ обоснования хороших кадровых и коммерческих решений.

— Как юридические компании определяют цену услуг, чтобы и самим не прогадать, и клиента не отпугнуть?

— Это действительно трудная задача и риск, который берет на себя либо консультант, если соглашается

на очень низкую цену, либо клиент, если соглашается на очень высокую. Рекомендация обычно следующая. Если речь идет о типовой услуге, которую фирма уже много раз оказывала, например услуге по получению лицензии, то ее себестоимость обычно уже известна и в этом случае стоимость услуг может быть определена твердой ценой (*lump sum*). *Lump sum* — это когда ты полностью берешь на себя риск оказания услуги по твердой согласованной цене, которая не поменяется ни при каких условиях. Другая ситуация, когда услуга нетиповая, нестандартная, — здесь очень важно инвестировать в ожидания клиента. В таких случаях рекомендуется оговаривать предельную цену (*cap*). Но я не рекомендовал бы определять твердую цену, поскольку ты делаешь что-то в первый раз. Лучше установить, что цена будет не выше такой-то суммы при условии, что ты потратишь на это не больше, чем столько-то времени, что будет столько-то судебных заседаний и не больше такого-то количества переговоров и встреч с контрагентом. По крайней мере, я в своей практике делаю именно так. Если проект рассчитан на несколько месяцев, я оговариваю с клиентом количество часов в неделю, которое буду выделять его проекту. Он это понимает и не ожидает, что я буду занят им 24/7.

— В каких случаях компании, имеющей собственных юристов, стоит привлекать внешних консультантов? И как сейчас на этот вопрос смотрит ФНС?

— Здесь как раз яркий пример того, как работает операционный менеджмент. В нем есть матрица *make-or-buy*, «купи или сделай сам». Она применяется для решения вопроса о том, когда стоит передавать процесс на аутсорсинг, а когда — вести его силами своих сотрудников. Например, стратегическую компетенцию ты должен оставлять у себя. Вспомогательную задачу, которую ты сам выполняешь очень редко, надо выводить на аутсорс.

По большому счету, внешних консультантов надо привлекать в четырех случаях. Во-первых, когда соответствующий юридический вопрос возникает нерегулярно, например для проведения IPO или судебного процесса по снятию санкций, когда внутренней компетенции скорее нет. Во-вторых, в случае нехватки рук, перегруженности департамента, когда штат по разным причинам не дают увеличивать. В-третьих — это ситуация, очень близкая к пер-

вой, — когда в отдельных регионах у тебя нет юристов, а нужно физически сходить в суд или получить адвокатскую помощь. А в-четвертых, иногда бывает просто дешевле нанять консультанта, который сделает какую-то техническую работу, потому что свои юристы будут сосредоточены на другой базовой задаче. Так или иначе, все крутится вокруг этих четырех ситуаций. Западная практика показывает, что консультантов больше, чем инхаусов. В России всё наоборот, потому что у юристов, особенно в регионах, достаточно невысокие заработные платы и в то же время недостаточно развит рынок юридических услуг. У нас все-таки большая пропасть между рынком очень дорогих юридических услуг и массовым рынком юридических услуг, который пока не вызывает доверия. Поэтому до последнего времени большие федеральные компании, если им было нужно решить какой-то юридический вопрос, пользовались в основном услугами федеральных юридических фирм, которые отправляли своих сотрудников в командировку. С точки зрения стоимости это не имело, конечно, никакого смысла, но поскольку руководители юридических департаментов и крупных компаний не знали местный рынок, они вынуждены были опираться на московских юристов. И только сейчас ситуация стала меняться, в том числе за счет усилий юридических сообществ, например такого, как наше, в рамках которых стало возможным получить рекомендации для привлечения юристов в других регионах. Это одно из направлений изменения рынка юридических услуг сегодня.

Что касается претензий со стороны ФНС по поводу привлечения внешних консультантов: насколько я знаю, сейчас такой проблемы нет. Наверное, больше внимания этому уделяют государственные органы, которые работают по Закону о контрактной системе¹, потому что они находятся под определенным фокусом контроля. А компании, которые работают по Закону о закупках², частные компании с этим риском не сталкиваются. Но в любом случае рекомендуется правильно документировать отношения с внешними консультантами. Хорошо, когда в договоре прописываются такие

¹ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

² Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».



услуги, которые отличаются от должностных инструкций внутренних юристов.

— **Как Вы думаете, эти изменения связаны с экономическими причинами?**

— Отчасти да, это всегда дешевле. Вместе с тем появилась возможность получать рекомендации, которым доверяешь. Я регулярно провожу опросы в нашем сообществе, в своем телеграм-канале, и вижу, что в 60% случаев юристы нанимаются по рекомендациям коллег. Это самый главный источник спроса. Когда у тебя есть рекомендация по юристам в том или ином регионе от конкретного человека, которого ты знаешь по сообществу, например профессиональному, скорее всего ты обратишься к человеку по рекомендации и даже не будешь сравнивать эту цену с тем, что тебе предложат в Москве те юристы, которые с тобой работают.

— **Получается, что юристам нет большого смысла вкладываться в традиционную рекламу, если лучше работает сарафанное радио?**

— Реклама важна. Есть три слоя коммуникации, которые отделяют юриста от клиента. Первый — юрист должен показать свою компетентность, рассказать про то, что он делает, в чем он специалист. Чаще это делается в социальных сетях, на своем сайте. Второй слой — юриста должны рекомендовать люди, которым клиент доверяет. А третий слой — должен сложиться личный контакт клиента с этим конкретным юристом, на которого его вывели. Если любой из этих трех слоев убрать, то, скорее всего, контракта не случится. Потому что если нет сайта, где можно посмотреть, что эта фирма делает, какие у нее есть клиенты, потенциальный клиент просто не поймет, кого ему рекомендуют. Если нет рекомендации, то клиент на этого юриста, вероятнее всего, попросту не выйдет, потому что таких сайтов миллион в России. А если нет личного контакта или он не сложился, то клиент в конечном итоге решит, что это не его юрист, что он не может на него опереться. Поэтому реклама очень важна — это первый уровень для того, чтобы быть в верхних строках поисковиков или чтобы члены сообщества, прежде чем дать рекомендацию, вспомнили о тебе, потому что как раз были недавно на конференции, которую ты проводил, или читали твою статью в уважаемом журнале. Это важно. Но маркетинг сам по

себе не продает услуги — он просто обеспечивает то, что клиент вспомнит о тебе.

— **Вы сказали, что для юридического бизнеса имеют значение публикации в журналах. Что это дает бизнесу?**

— Для юридического бизнеса маркетинговые публикации имеют большое значение, потому что инхаусы — люди опытные и умные и все чаще отбирают юристов именно по глубине экспертизы. Поэтому публикация качественного, глубокого материала в известном журнале много стоит. Если юрист публикуется в таком журнале, то его рассматривают как авторитетного специалиста в определенной юридической отрасли. Шорт-риды уже не имеют такого значения. Автор статьи, который глубоко погружен в тему, вызывает доверие. Я на днях рекомендовал одного юриста своим знакомым. Сказал, что он написал книгу. Люди совершенно по-другому относятся в таком случае к рекомендации — такой юрист воспринимается как настоящий эксперт. Да, далеко не каждый прочтет статью юриста, но сам факт публикации в высокорейтинговых изданиях является важным маркетинговым инструментом.

— **Адвокатура в царской России считалась строго некоммерческой деятельностью. Доходило до того, что адвокатам запрещалась реклама: нельзя было давать объявления в газетах, вешать вывески над дверями, указывать часы работы, — это расценивалось как черта коммерческой деятельности, а адвокат должен быть готов принять клиента в любое время дня и ночи. Сейчас адвокатская деятельность по закону тоже признается некоммерческой, но только формально, а как на самом деле? По сути, адвокатура сегодня сродни консалтингу, и рекламу адвокаты дают. Нет ли тут противоречия с правозаступнической природой этих услуг?**

— Позволю себе начать с небольшой шутки. На одной из конференций спикер очень хорошо заметил: не надо говорить, что вы продаете услуги, а надо говорить, что вы помогаете, потому что за помощь платят больше. Сейчас российский рынок действительно сегментирован, у нас появились ильфы, рульфы и отдельный блок адвокатских услуг. Мне кажется, в мире не слишком часто встречается ситуация, когда есть урегулированная сфера юридической деятельности со своими жест-

кими стандартными правилами и есть нерегулируемая сфера, где человек, просто окончивший школу, может представлять интересы в суде без юридического образования. Вот в этом точно надо наводить порядок, как в части регулирования доступа в суды, так и в части выработки единых стандартов качества и этики адвокатской деятельности и юридических услуг в целом. Например, сейчас ничто не запрещает уходить из одной фирмы в другую, унося конфиденциальную информацию; ты можешь абсолютно в любой момент менять фирму, даже переходить на другую сторону и спорить с бывшим клиентом уже на другой стороне. Нет регламентов ценообразования. У нас профессия сильно не урегулирована. Это сложная проблема, которую нужно решать в ближайшие годы и, может быть, с помощью не только государства или министерства юстиции, но и саморегулирования. Мы в ВШЭ сейчас как раз на курсе³ это обсуждаем, начинаем собирать лучшие стандарты и практики для того, чтобы фирмы договаривались, по каким общим правилам жить. Понимаю, что страна огромная, рынок разный, и фирма, работающая в Барнауле, — это совершенно другая фирма, нежели та, которая работает в Москве. Но общие принципы надо находить.

Что касается адвокатуры и юридических бизнесов, то здесь произошло некоторое смешение понятий. У нас в юридических фирмах очень много адвокатов. Многие юридические фирмы представляют собой адвокатские образования. Это выбор адвоката, использовать ли весь инструментарий, который дает юридический бизнес, в том числе маркетинг, бизнес-девелопмент, создавать ли команду либо, оставаясь адвокатом, предлагать свои услуги иначе, вне юридического бизнеса. Сейчас ничего не запрещает выбрать любой из этих путей.

— Не абсурдно ли это? Что же тогда остается от адвокатской деятельности как деятельности некоммерческой, направленной на обслуживание интересов граждан и общего блага?

— Рынок сейчас действительно очень разный. В уголовных делах или в представлении интересов физических лиц в общих судах адвокатура осталась во

многом классической. Но *B2B*-клиенты и иностранные юридические фирмы, которые много лет у нас работали, сформировали другой подход к юридической работе, и бизнес уже не устроит подход, который устраивает доверителей в частных спорах по жилищно-коммунальным вопросам. Рынок развивается от запросов потребителя.

— Тогда, может, надо разделить адвокатуру как минимум на две ветви, у которых будут разные менеджерские задачи и разные правила?

— Может быть, и так, но в Высшей школе экономики уже есть курс «Адвокатский бизнес».

— Как внутреннему юристу, *Head of Legal*, добиться того, чтобы его юристы зарабатывали больше? Как убедить бизнес поделиться прибылью с юристами?

— Если сравнивать уровень зарплат юристов с другими специальностями, с тем же управлением персоналом, продажами, то, наверное, юристы уступают в заработной плате только айтишникам. Так, собственно, и в остальном мире. Юристы корпораций — достаточно высокооплачиваемые специалисты в рейтинге профессионалов. Но вопрос, как юристам показывать свою экономическую ценность в цифрах, актуальный. И здесь пока нет каких-то четких инструкций. Я в своих лекциях рассказываю про два основных способа.

Есть два английских слова, которые не очень хорошо переводятся на русский: *efficiency* и *effectiveness*. *Efficiency* — это оптимизация расходов, а *effectiveness* — это результат, который ты даешь. Если юристы начинают думать о каждом своем действии (чтение договора, проведение юридической экспертизы, выигрыш какой-то суммы) как о риске, который они закрывают этими действиями, о том, как риск выражается в цифрах, то у них получается соотносить расходы с доходами или сэкономленными средствами компании. К примеру, юрист смотрит договор, закрывающий определенный риск, это занимает у него полчаса, которые стоят столько-то. В течение года было заключено десять тысяч договоров, экспертиза стоила для компании столько-то, но это позволило не допустить санкций, к которым компания могла быть привлечена на такую-то сумму, или избежать убытков либо признания недействительными сделок на определенную

³ Программа повышения квалификации «Управление юридической функцией организации: практический курс» в НИУ «Высшая школа экономики».



сумму. Когда юрист привыкает думать исходя из цифр и вероятности, он начинает лучше соизмерять расходы компании на юридическое сопровождение с получаемым от этого сопровождения эффектом.

Другой вариант расчета эффективности юриста заключается в том, что он удешевляет юридическую функцию: меньше времени уходит на рассмотрение договоров, меньше затрат на судебные разбирательства и т.п., т.е. юрист может обрабатывать больше задач в одно и то же время за ту же заработную плату. Еще одним показателем эффективности можно считать снижение текучести персонала за счет работы с его вовлеченностью, с мотивацией. Это тоже снижение затрат на поиск, процедуры найма, адаптацию новых сотрудников. Бизнес-образование, которое получают юристы, помогает перестроить мышление на язык цифр, который понятен генеральному директору. В этом как раз помогает биллинг, о котором мы говорили ранее.

— Скажите, как финансировался юридический отдел в корпорациях, в которых Вы работали? Был ли отдельный бюджет, приходилось ли его согласовывать, были ли в связи с этим какие-то конфликты с менеджментом? Как чаще бывает на практике?

— Можно выделить три вида бюджетов, которые есть у инхаусов в корпорациях. Первый — бюджет на зарплаты. Он редко администрируется начальником юридической службы. Обычно его администрирует HR-служба по всей компании в разрезе по разным функциям. Два других вида более управляемы со стороны главного юриста. Один — это бюджет на внешних консультантов, причем приходится каждый год доказывать, почему тебе нужны расходы на консультантов в таком количестве. Доказать можно, ссылаясь на прошлогодние расходы, на планы реализации в этом году крупных проектов, на которые потребуется привлечение консультантов.

Третий вид бюджета, наиболее сложный на сегодня для утверждения и получения, это бюджет на технологические решения. Здесь юристы пока не научились считать. И мы в рамках курса ВШЭ сейчас пытаемся проработать, когда и на что такой бюджет требуется и какой экономический эффект даст цифровизация некоторых юридических функций. Надо еще

учитывать, что экономический эффект от внедрения таких решений виден не сразу, а через три — пять лет, что создает дополнительные трудности в его обосновании.

— Какие функции юристов сейчас цифровизируются чаще?

— Мы проводим много исследований этого вопроса, и сегодня самое популярное направление для цифровизации — это, конечно, договорная работа. Компании подходят к ней по-разному. Заключение договоров — это многостадийный процесс. Есть как минимум этап запуска договора, этапы согласования и хранения договоров. В России для каждого из них часто применяются разные технические решения. На этапе запуска используются конструкторы договоров, такие как *Doczilla*, ТурбоКонтракт, *FreshDoc*. Некоторые компании создают собственные конструкторы договоров. Для этапа согласования существует свое огромное поле решений, начиная от «1С» и заканчивая «Битрикс». Это пока, наверное, самые популярные ИТ-решения для юристов. У нас еще нет устоявшегося пула технологических решений, которые полностью обеспечивали бы тот или иной процесс. В таких процессах, как управление задачами, согласование договоров, управление знаниями, нынче огромная конкуренция, но часто это не конкуренция сильных игроков друг с другом, а лишь ранняя стадия развития большого количества предложений, в которых юристы еще пытаются разобраться. Я думаю, что, может быть, в ближайшие год-два мы проведем несколько исследований в этой области. Мы уже собрали в одном месте информацию обо всех имеющихся цифровых продуктах для юристов, — с результатами можно ознакомиться в моем телеграм-канале.

— Но пока юристам не стоит беспокоиться, что технические решения их заменят, правильно?

— Полностью они, наверное, никогда юристов не заменят. Другое дело, что какие-то действия, которые юрист сегодня делает руками, могут делать технические программы. Я придерживаюсь точки зрения, что надо разделять два вида деятельности, которой в течение рабочего дня занимается юрист, — деятельность, связанная с экспертизой, когда он применяет юридические знания, и деятельность, не связанная с юридической экспертизой. Когда появились «КонсультантПлюс» и

«Гарант», в первом направлении деятельности юриста произошла серьезная революция. Никого никто не заменил, но возникла возможность гораздо быстрее приходить к юридическим решениям. Следующая стадия — это когда *ChatGPT* или другой инструмент генеративного искусственного интеллекта предоставляет юридический вывод по вводным, которые ты ему дал. Но и это не заменит в конечном счете человека.

— Почему?

— Потому что юристы — это всегда конкуренция. Одни юристы представляют одного заявителя или клиента, другие — другого. И у тех, и у других будут технологические решения, а соревноваться друг с другом юристы будут на самом последнем этапе, когда итоговые решения, хоть и на базе выводов ИИ, все же будут приниматься людьми с разным уровнем компетенций. Поэтому я думаю, что в области экспертизы много работы упростится, автоматизируется и люди будут находить решения быстрее, но это не приведет к исключению из процесса людей, которые по-прежнему будут друг с другом конкурировать.

Если говорить про зону, где глубокой экспертизы нет, например это подготовка доверенности, переписка, поиск информации, которая нужна в базе, то здесь, думаю, будет много изменений. Ускорение и упрощение отдельных процессов, не требующих экспертизы, высвободят время и ресурсы, которые компании будут тратить на создание новых продуктов. И создавать эти новые продукты опять же будут люди. Поэтому я согласен с теми исследователями, которые считают, что распространение технологий искусственного интеллекта не оптимизирует численность людей в компаниях, а переродит их компетенции; люди будут просто заниматься другим, потому что в ином случае компания проиграет в борьбе тем конкурентам, в которых останутся и люди, и технологии.

— Если искусственный интеллект для всех взаимодействующих сторон будет выдавать одинаковые решения, не получится ли так, что юристы вовсе не будут нужны менеджменту? Не останется места для споров и необходимости соревноваться в компетентности и изощренности ума?

— В любом споре, конечно, есть идеальный момент, когда стороны могут договориться. Но каждый хочет

договориться на чуть более выгодных для себя условиях. И до последнего момента обе конкурирующие стороны будут искать аргументы, усиливающие их позицию. Наверное, можно представить ситуацию, когда мы увидели что-то черное, робот сказал, что оно черное, значит, спорить не о чем. Но в этот момент кто-то должен будет отступить от своей изначальной позиции, что это нечто — не совсем черное. В то, что люди всегда будут безусловно соглашаться с роботом, верится с трудом. Скорее всего, кто-нибудь да будет искать другие варианты, обходные пути, а для этого потребуются люди. И конкуренция продолжится.

— Зависит ли организация юридического сопровождения от отрасли и стадии развития бизнеса?

— Разница, конечно, есть, но от отраслевой принадлежности бизнеса, наверное, она мало зависит. Мы должны различать экспертную составляющую и управленческую составляющую. Экспертная составляющая юридического сопровождения в банке, в металлургической компании, в транспортной организации будут радикально различаться. Что касается управленческой компоненты, то тут подходы и методы могут быть одинаковыми, потому что могут быть одинаковыми стадии развития компании, численность юридического отдела, соответственно, управление юристами будет одним и тем же. Управленческие инструменты различаются скорее в зависимости от стадии развития компаний. Одно дело — стартап с характерной корпоративной культурой. Хотя у нас есть большие компании, например «Яндекс», «Авито», которые сохраняют стартап-культуру, несмотря на срок существования бизнеса. У них по-прежнему организация бизнеса очень сильно отличается от нефтяных или газовых, металлургических компаний, в которых такая же численность юристов; живут они в другой корпоративной культуре. Другое дело — традиционные компании, которые долгие годы функционируют, в них существуют определенные управленческие ритуалы. Там больше дистанция, четкое деление на функциональные подразделения, меньше горизонтальных связей. Как пошутил мой коллега, «в 25 лет я почувствовал, что стал взрослым, когда пришел на работу в государственный банк и стал Владимиром Владимировичем». Это несомненно накладывает отпечаток на способы коммуникации внутри компании и принятия решений. Есть стадия, когда компания стареет, границы между подразделениями становятся



жестче, изменений становится меньше, но это тоже модель, и если ты придешь в такую компанию с моделью стартапа, то, скорее всего, потерпишь неудачу, не сможешь вдохновить людей, тебя никто не поймет и сам ты там не выживешь. Поэтому каждому методу управления своя компания и каждой компании свой управленческий метод.

— С какого масштаба компании стоит задуматься о централизации юридической службы?

— Иногда централизация имеет смысл, но иногда может быть и пагубной. Разберем две ситуации. Когда мы говорим про централизацию юридической службы, то говорим обычно про большие компании. Есть компании, которые построены по модели операционного холдинга, как, например, моя бывшая компания «СИБУР», где унифицированы процессы по всем производственным линейкам. Там нет отдельных бизнес-подразделений, отдельных бизнес-единиц. Там есть центр прибыли в головной компании, а процессы производственных компаний — достаточно стабильные и устоявшиеся. Нет новых бизнесов, которые совершенно выбиваются из производственной линейки. Вот в таком случае централизация абсолютно уместна, потому что унифицированы подходы по всем направлениям, не только по юридическому. Если же мы говорим про компанию, которая развивается по модели бизнес-подразделений — а таких сейчас больше и в девелопменте, и в IT-компаниях, — когда создается отдельный бизнес внутри холдинга и он конкурирует на рынке с другими бизнесами, имеет свой KPI, своего управляющего директора, то там юристы уже гораздо более обособлены от корпоративного центра. В таком бизнесе все процессы не централизуются, потому что компания задохнется, если каждое решение будет требовать обращения в головной офис. Центральный офис обеспечивает информационное единство, координацию задач и, может быть, циркуляцию людей, чтобы они не уходили из компании, а, поработав в разных бизнес-подразделениях, получали разный опыт и профессионально развивались. В этом случае мы видим другую роль корпоративного центра, другую роль юристов на местах и другую корпоративную культуру. Поэтому централизация хороша в отдельных случаях, при определенных ситуациях. И если смотреть шире, то я бы говорил не про централизацию, а про создание единой команды. Это нужно везде. Единая команда может создаваться централизацией или унификаци-

ей практик, посредством единого информационного поля. Это крайне важно во всех случаях, а централизация полезна только в отдельных ситуациях.

— Насколько целесообразна централизация в виде создания внутри холдинга отдельной компании, в которую переводят всех юристов и они оказывают юридические услуги по договорам оказания услуг для других компаний холдинга?

— Такой обособленный центр обслуживания, безусловно, имеет смысл при наличии определенных условий. Например, если большое количество стандартных операций по холдингу, не требующих исключительной экспертизы, осуществляются в разных географических точках. Это позволяет создавать такой центр в регионах, где ниже заработная плата. В Москве его создавать бессмысленно. Часто таким способом централизуют не только юристов, но и кадровые, финансовые операции.

— А зачем их выводить в отдельное юридическое лицо?

— Это делается для того, чтобы повысить прозрачность расходов внутри холдинга, бюджетную прозрачность. Иногда такие внутренние специализированные компании выходят и на внешний рынок и своими специализированными услугами пытаются зарабатывать дополнительную прибыль для холдинга.

— Не возникает ли конфликтов, связанных с разницей интересов, например, местного менеджмента и централизованной юридической службы, начальства ближнего и дальнего?

— В таких ситуациях с позиций операционного менеджмента возникает матричная система подчинения — классика менеджмента, которая встречается не только у юристов. Особенность этой системы в том, что линейно у тебя один начальник, а функционально у тебя есть еще корпоративный руководитель. Конфликты или разница интересов разрешаются разграничением зон ответственности. Локальный начальник воспринимается как клиент, а функциональный руководитель в корпоративном центре отвечает за качество юридической экспертизы, за наем юристов, за оценку их профессионализма. Наем юриста в такой ситуации осуществляется с помощью «двух ключей»:

юрист должен устроить и локального генерального директора, и профессионального корпоративного руководителя. Бывший генеральный директор компании *Intel* говорил, что любая организация по мере своего роста все равно дрейфует в область матричной структуры, потому что с расширением компании уже невозможно поддерживать единую вертикаль, но в то же время нельзя полностью утрачивать контроль, так как в ином случае компания перестанет быть единой.

— Не возникнет ли у юриста, физически оторванного от центрального офиса, стоковый синдром в отношении локального менеджера, с которым ему придется работать в непосредственном физическом контакте?

— Этот конфликт интересов действительно сложно разрешим. Мы его решали таким образом. Во-первых, мы ротировали юристов между регионами. Когда юрист переезжает в другой регион, то после переезда он скорее ощущает себя корпоративным сотрудником, чем сотрудником конкретного завода. Во-вторых, система оплаты труда также строилась на принципе «двух ключей»: региональный менеджер не мог самостоятельно без учета мнения корпоративного руководителя юриста принять решение о выплате дополнительной премии, увеличении зарплаты и т.п. Такой подход сохранял у юриста необходимость поддерживать коммуникацию с корпоративным руководством. В-третьих, намеренно поддерживалась постоянная коммуникация, погружение юриста в единую юридическую команду корпорации. Он участвовал в стратегических сессиях, направлялся регулярно в командировки, чтобы ощущать себя частью чего-то большего, чем завод. И мы ему говорили, что он не часть завода, а часть огромной юридической функции, огромной компании, что в рамках этой большой системы он может развивать карьеру, переезжать в разные регионы и т.п. Когда ты юрист «СИБУРа», а не юрист завода — это круто.

— Труднее ли работать юристам, если у директора компании юридическое образование?

— Бывает сложно, потому что если генеральный директор еще и долгое время проработал юристом,

у него сформировались связи с внешними консультантами, которые всегда могут помочь. И иногда такие генеральные директора пользуются этими связями, чтобы проверять собственных юристов. Но когда ты становишься «геной» по-настоящему, у тебя появляется много других забот и юридическое ремесло отходит на задний план. И, наверное, происходит профессиональная ломка в момент, когда ты уже не юрист, но еще и не большой операционный менеджер, есть соблазн опираться на старый опыт и привычки. Чтобы дальше расти как менеджеру, придется больше доверять, делегировать решения своему юристу. Для юристов в этой ситуации есть преимущество, так как директор всегда сможет понять их позицию, но он же сможет и перепроверить ее.

— Юристов часто привлекают к решению многих бизнес-вопросов, и порой менеджмент пытается переложить на них ответственность за свои решения. Как юристу выстроить отношения с менеджментом, чтобы сохранить баланс ответственности за деятельность компании?

— Важно, чтобы в общей операционной системе управления компанией было четко определено, от кого генеральный директор чего ожидает. Если генеральный директор готов на риск принятия коммерческого решения юристами, которые не для того нанимались, это немножко странно. Юрист должен все время обозначать, что конечную ответственность несет генеральный директор. Если юрист чувствует, что на него начинают перекладывать бремя решения и ответственность, можно в переписке зафиксировать, что я как юрист, конечно, могу выразить свое суждение, исходя из общего здравого смысла, но *de jure* нести ответственность перед регуляторами и законом все равно будет генеральный директор. Это обычно людей отрезвляет. Такая ситуация может возникнуть из-за человеческой управленческой незрелости, когда люди боятся сами принимать решения, независимо от того, в какой они роли: им хочется переложить его на тех, кто в этом больше разбирается. Юристы часто здесь первыми в очереди стоят, потому что закон регулирует практически всё. С этим юристам приходится жить и умело проводить границы. ■



**ВЛАДИМИР
ВЯЧЕСЛАВОВИЧ
УТКИН**

директор по правовым
вопросам ПАО «Т Плюс»,
*Executive Master
of Management in Law
HSE*

СОЗДАНИЕ ЕДИНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ФУНКЦИИ В КОМПАНИИ

В статье предлагается описание предпосылок, целей, задач, этапов и инструментов создания общего центра обслуживания (ОЦО) — а именно объединения сервисной юридической функции в вертикально интегрированный специализированный центр, оказывающий по единым правилам и стандартам внутренние правовые услуги бизнес-подразделениям компании, делающий это с разумными затратами, эффективно и качественно.

Ключевые слова: общий центр обслуживания, бизнес-процесс, эффективность юридической функции, повышение эффективности бизнес-процессов, KPI юридической функции, структура правовой службы, взаимодействие с бизнес-подразделениями

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-19-29

В статье я расскажу об опыте создания и развития юридического общего центра обслуживания (ОЦО) в энергетической компании ПАО «Т Плюс». Повествование не претендует на строгий рецепт, так как структурирование правовой функции в компании — задача всегда очень индивидуальная. Подходы зависят от масштабов организации, бизнеса, отрасли и ее правового регулирования, корпоративной культуры, стратегических целей компании и многого другого. Но наш опыт будет полезен тем руководителям правовых служб, кто ищет эффективные варианты организации юридической функции, подбирает действенные инструменты управления и присматривается к уже работающим образцам.

Несколько лет назад, когда вопросы создания юридических ОЦО находились на острие повестки собраний юридического сообщества, я стал свидетелем того, как на профессиональном форуме руководители юридических департаментов пытались найти ответ на вопрос: что же такое юридическое ОЦО — дань моде или разумная необходимость? Один из участников панели познавательного и увле-

ченно рассказывал о поиске высокотехнологических решений для оптимизации организационного дизайна правового департамента, повышения эффективности и цифровизации работы юристов и о собственных достижениях в этой области.

Ироничный слушатель из аудитории поинтересовался у докладчика, к чему эти непрерывные поиски и изменения. Зачем непременно куда-то бежать, если можно продолжать размеренное существование с частыми перерывами на кофе и неспешными беседами с коллегами о балансе рабочего и личного времени? И неужели тот действительно верит в фантастическую идею о том, что всех юристов в обозримом будущем заменят роботы, и в то, что этому немедленно надо найти противоядие?

Докладчик в ответ серьезно заметил, что весь смысл — в движении. Разумном и осознанном, направленном на то, чтобы юридическая служба становилась лучше в более суровых внешних и внутренних условиях и при снижающихся финансовых ресурсах. В движении, которое будет созидательным и не даст состояться главной ошибке — остановиться и безнадежно отстать от мира.

Мы движемся, сказал он, просто потому, что не можем позволить себе топтаться на месте. Если снизим темп хотя бы ненадолго, то перестанем быть прогрессивной, постоянно совершенствующейся и в каких-то аспектах даже эталонной юридической службой, отвечающей высокому статусу нашей компании. Не исчезнем, конечно, но доверие бизнеса и авторитет в профессиональной среде потеряем. И после этого нас предсказуемо заменят — нет, не роботы, а те, кто понимает, что роль юридической службы современной компании не ограничивается пресловутой правовой экспертизой. Когда организация мчится вперед, ей необходима поспевающая, прогрессивная юридическая служба, а не угрюмые неповоротливые юристы-консультанты.

Эта идея мне не просто близка — она мне кажется важным ответом на то, как правовой службе компании противостоять современным вызовам и отвечать ожиданиям бизнеса.

Сегодня, в свете непростых вызовов, которые встают перед государством и его институтами, юридические команды все чаще сталкиваются с правовыми вопросами, на которые нет правильных ответов, с

непредвиденной проблематикой, которую ранее никто и никогда не рассматривал. Одновременно с этим внешняя среда поддавливает сложными экономическими условиями, компании стремятся экономить и сокращать издержки, в том числе и на юристов. Законодатель активно реагирует на меняющуюся среду и адаптирует под нее нормативное пространство, что само по себе отдельный стресс для многих юристов — это же сколько всего нового опять надо прочитать и изучить! Не отстает и практика правоприменения, которая находит порой неожиданные трактовки для, казалось бы, уже давно понятного регулирования.

Добавляет сложностей и одна из главных сегодняшних проблем юридических коллективов — дефицит не просто высококлассных, профессионально подготовленных, но в первую очередь юристов нового времени. Сотрудников, оснащенных неожиданными для вчерашнего традиционного юриста навыками: управления юридическими процессами, построения партнерской функции, цифровизации, работы с большими данными и новыми технологиями и др.

С одной стороны, все это добавляет работе юристов интересные задачи и дает новые возможности. С другой — непременным условием для юридических служб становится постоянное повышение адаптивности, эффективности, устойчивости функции к воздействию внешних факторов и снижение затрат на свое содержание. Поиск и реализация решений в области цифровизации, так как именно здесь сосредоточены максимальные резервы для более высокой продуктивности и эффективности, даже если все остальные ресурсы не исчерпаны.

Идея создания юридического ОЦО как одного из наиболее подходящих вариантов движения и развития вполне отвечает этим целям. Такая форма организации функции (как и любого другого ОЦО) не только повышает качество услуг, оказываемых юристами внутренним клиентам, сокращает сроки обработки информации и внедрения изменений, позитивно влияет на численности персонала, издержек и т.п., но и закладывает серьезный фундамент для непрерывного развития в условиях динамичной внешней среды и высокого уровня юридического риск-контроля.

Тема создания юридических ОЦО сейчас получила новый всплеск популярности в сообществе. И объясне-



ние этому простое. Такая форма организации функции обладает мощнейшим оптимизационным потенциалом, что важно в условиях необходимости сокращения издержек. Но, что более важно, юридические ОЦО позволяют качественно управлять эффективностью функции, что критично важно с точки зрения риск-менеджмента и решения бизнес-задач компании.

Что такое «юридический ОЦО» и зачем его создавать

Если коротко, то юридический ОЦО — это вертикально интегрированный специализированный центр, оказывающий внутренние правовые услуги всем бизнес-подразделениям компании по единым правилам и стандартам, делающий это с разумными затратами и на высоком уровне сервиса.

Для ответа на вопрос, нужен ли такой ОЦО именно вам, присмотритесь еще раз к вашей компании. О целесообразности создания в ней юридического ОЦО могут свидетельствовать следующие факты и наблюдения:

1) компания отмечает, что ее издержки на поддержание юридической функции выше среднерыночных. Это не сложно отследить через профессиональные бенч-марки от профильных консультантов. Да, ваш юридический департамент может выбиваться из средних значений по зарплате юристов в регионе. Например, из-за того, что у вас трудятся топовые, крайне редкие на рынке эксперты, которые стоят дорого. Но я говорю здесь в первую очередь о размере типичных операционных издержек: на поддержку договорной, закупочной, претензионно-исковой работы и на другие направления, встречающиеся практически в любой компании;

2) действующая в компании система управления юридическими рисками недостаточно эффективна. Например, сотрудники совершают юридические ошибки и допускают упущения в работе при оценке юридических рисков бизнеса, и это влечет за собой претензии контролирующих органов. Или — ошибаются при экспертизе, структурировании проектов сделок, и это приводит к росту числа обоснованных исков от контрагентов;

3) в компании можно наблюдать неравномерный уровень квалификации юристов, а также отсутствие или

недостаточную действенность систем подбора юридического персонала, определения и контроля достижения ключевых показателей его эффективности. Как правило, основные причины тому — либо территориальная (различающийся уровень юридического образования в регионах, часто неравномерные рынки труда, условия труда на разных территориях, отсутствие баланса в системе вознаграждений), либо структурная (например, каждое из бизнес-подразделений, филиалов, представительств компании имеет собственных юристов, но не обладает при этом достаточной компетенцией бизнес-заказчика юридических услуг и осознанностью в подборе юридического персонала);

4) в организации отсутствует единая система управления юридической функцией. В бизнес-подразделениях компании имеются схожие юридические процессы (например, договорно-правовая экспертиза), но отсутствует единый подход к их организации. Каждое из юридических подразделений самостоятельно определяет процедуры, регламенты и уровни экспертизы по большей части собственных задач. Юристы в большинстве своем подчинены региональным бизнес-руководителям, а центральный офис юридической службы выполняет роль центра компетенций. Как следствие, за контроль юридических рисков в компании фактически отвечают бизнес-руководители, а не юридическая служба;

5) в компании существует чрезмерное количество юридических подразделений. Например, каждый ее производственный филиал имеет полный набор юристов, которые не только закрывают правовую поддержку специализированных направлений бизнеса, но и решают все общеправовые вопросы филиала. Такое можно увидеть, например, когда организация работает в нескольких регионах, а ее подразделения территориально разрознены между собой. Это приводит как к дублированию функций при решении правовых задач (например, юридические службы в двух разных регионах присутствия компании одновременно или с разрывом во времени, но независимо друг от друга решают одну и ту же юридическую задачу и, к сожалению, не всегда единообразно), так и к удорожанию юридической службы по очевидным причинам;

6) в компании наблюдается неоптимальный режим участия юристов в основных бизнес-процессах, создающих добавленную стоимость. Несложная диагностика позволяет выявить такие недостатки в организации

деятельности юридической службы, поскольку проявления у них довольно очевидные. Например, в компании отсутствуют:

— формализованные точки и способы участия юристов в процессах (формирование позиций, функциональные экспертизы и пр.);

— системы принятия решений по ключевым юридическим вопросам и точкам контроля в правовой экспертизе;

— системы регламентов основных бизнес-процессов (как собственно юридических, так и сквозных, в которых юристам отведена роль участников, экспертов);

— набор необходимых для правового обеспечения бизнес-вопросов компетенций с одновременным отсутствием квалифицированной «службы заказчика» для внешних юридических услуг, способной администрировать правовой аутсорсинг, ставить ему задачи, принимать, контролировать и оценивать результат внешних услуг;

— система управления рисками с одновременной недостаточностью или избыточностью участия юристов в бизнес-процессах. Например, в одном из подразделений компании юрист совсем не участвует в контроле юридических рисков в конкурентных процедурах, тогда как такое участие требуется. В другом же подразделении юрист занимается правовыми аспектами деятельности компании, а также, например, наделен полномочиями и обязанностями в области существенного содержания всех без исключения сделок. В отягощенных случаях — с правом вето исходя из любых (финансовых, экономических, политических, временных и др.) собственных соображений о качестве, необходимости и целесообразности сделки. Что, очевидно, выходит далеко за пределы юридической экспертизы и профессиональных компетенций юриста.

Сюда же можно отнести и недостаточные уровни, способы коммуникаций между юристами и их внутренними клиентами, а также отсутствие системы оценки качества юридических услуг бизнес-подразделениями;

7) в организации отсутствует унифицированная структура, обоснованная номенклатура юридических подразделений и должностей. При этом недостатком для компании является не столько само по себе отсутствие перечисленного, сколько финансовые и экономиче-

ские последствия от указанного дисбаланса. Например, одно из юридических подразделений может содержать явно избыточное количество управленческих должностей, а другое, в бизнес-подразделении на иной территории, при той же численности — очевидно недостаточное количество руководителей. В первом случае мы будем наблюдать как минимум дисбаланс в системе оплаты труда и неоправданно длинную цепочку прохождения информации, поручений и т.п. Во втором, возможно, неразумное количество прямых подчиненных у руководителя юридической службы;

8) юридические процессы в организации характеризуются необоснованно высоким количеством ошибок, а система управления юридическими рисками недостаточно очевидна и не позволяет предсказать и закрыть не только глобальные риски, но и риски отраслевые, связанные с технологией, антимонопольным регулированием, авторским правом, лицензированием деятельности и т.д.;

9) стратегия компании предполагает экспансию, расширение бизнеса (территориальное и (или) продуктовое). При этом правовая служба не готова к трансформациям, отвечающим стратегии компании, и не в состоянии тиражировать готовые решения по организации юридической функции;

10) имеющиеся в современном мире решения и технологии *LegalTech*, а также инструменты организационного дизайна позволяют информатизировать, технологизировать, стандартизировать и унифицировать юридические процессы и сократить затраты на юридическую службу за счет масштаба, эффекта большой компании. Однако такой инструментарий не применяется. Например, компания имеет возможность широко применять для организации деятельности юридических подразделений на всех территориях присутствия дистанционные каналы коммуникаций и *ERP*-системы, однако запрос на это со стороны правовой службы отсутствует.

Разумеется, общий центр обслуживания вряд ли подойдет в качестве образца организационного дизайна для небольших компаний со скромной численностью юристов. Но крупные, территориально распределенные организации с большими юридическими коллективами смогут найти в таком формате правовой функции подходящее, правильное решение.



Что на практике дает общий центр обслуживания

Наш собственный семилетний опыт показывает, что юридический ОЦО дает необходимые возможности для того, чтобы:

а) создать условия для эффективной юридической поддержки бизнеса. Это происходит благодаря тому, что правильно организованный юридический ОЦО обладает единой системой менеджмента, управления знаниями, правовыми рисками, в нем применяются единые стандарты работы, инструменты, подходы к развитию юристов, ключевые показатели эффективности, соглашения о качестве юридических услуг;

б) повысить уровень удовлетворенности внутренних клиентов через внедрение решений, направленных на развитие клиентоориентированности, бизнес-партнерства. Об этом подробнее расскажу далее. Целостная единая юридическая вертикаль способствует повышению качества управления правовыми рисками, поддержанию фокуса на участии в решении стратегических задач организации и поиске новых возможностей для реализации собственной стратегии, обеспечивает режим равного доступа каждого бизнес-подразделения компании к профессиональным услугам правовой службы;

в) снижать издержки на юридическую функцию и достигать разумной экономии. Более высокое качество сервиса достигается за счет оптимального режима участия юристов в основных бизнес-процессах, увеличивающего добавленную их стоимость. Единая функция дает более гибкие возможности для поддержания функционального и организационного соответствия задачам службы. Помогают снижению издержек создание центров компетенций (о практическом примере эффектов от этого в «Т Плюс» расскажу чуть ниже), легкая масштабируемость процессов, возможности тиражирования организационных решений, унификация структуры и функционала;

г) уменьшить текучесть кадров. Юридическое ОЦО, при создании которого команда уделит нужное внимание вопросам развития персонала, позволит установить и формализовать прозрачные карьерные перспективы, организовать реально действующий кадровый резерв с возможностями развития, сформу-

лировать единые, понятные принципы организации и оценки работы сотрудников и подразделений.

Таким образом, преимущества юридического ОЦО можно разделить на две категории:

— связанные с сокращением издержек на содержание юридической функции; и

— обуславливающие организационные преимущества, приводящие к значительному росту эффективности этой функции.

Наиболее очевидные преимущества — это сокращение численности юристов и упорядочение деятельности и процессов, начиная с установления единых стандартов и целей и заканчивая обеспечением независимого профессионального мнения юристов по правовым вопросам, не подчиненного избыточному влиянию бизнес-руководителей (что представляется одним из главных достоинств модели юридического ОЦО).

Как внедрять, если решились

По опыту создания юридического ОЦО в «Т Плюс» всем организационным, методологическим и культурным изменениям должна предшествовать детальная функциональная диагностика с составлением концепции, операционной модели будущего ОЦО. Без этого вы не только не сможете с уверенностью определить, необходимо ли вам ОЦО, но и будете испытывать сложности при реализации проекта.

Убедиться в целесообразности идеи компании и юридической команде поможет разработка следующих элементов концепции юридического ОЦО:

а) исследовательских, которые позволяют описать состояние функции «как есть» и сформировать гипотезы о реальных возможных целях и пользе от создания ОЦО. Верный и полный учет исходных данных значительно облегчит и принятие решения о создании ОЦО, и его реализацию;

б) функциональных и организационных, которые решают задачу описания предположений о принципах и стандартах деятельности будущего ОЦО. Довольно

сложные элементы, предусматривающие подробные ответы на вопросы обо всех аспектах деятельности будущего ОЦО: цели, задачи, функции, принципы, место в структуре компании, география, требования к персоналу, необходимые *HR*- и *IT*-аспекты поддержки деятельности функции, правила оказания услуг внутренним клиентам и многое другое;

в) наборов управления, которые ответят на вопрос, как будет управляться юридическая функция и какими способами реализует свой потенциал для достижения максимального оптимизационного эффекта и результативности. Здесь важно не забыть ни про будущую систему мотивации юристов, ни про управление эффективностью, трансформацией, коммуникациями, взаимодействием с окружением и др.;

г) финансово-экономических, подсчитывающих возможный денежный эффект от внедрения ОЦО. Предположу, что никакой совет директоров не станет слушать предложение юриста о реорганизации функции, если повествование не будет раскрывать выгоды и преимущества для компании. Вам не избежать глубокого погружения в цифры и экономику.

Таким образом, основными этапами создания юридического ОЦО станут:

1) диагностика, в ходе которой необходимо зафиксировать результаты глубокой функциональной диагностики юридических служб. Основными результатами этого этапа являются:

— четкая и наглядная карта бизнес-процессов компании (основных, вспомогательных, управленческих и т.п.), на которой видно, где находятся точки приложения усилий для юристов;

— детальная карта собственных процессов, функций, задач самой юридической вертикали, информация об используемой в ней *IT*-инфраструктуре;

— определение недостатков регламентации процессов;

— фиксация структуры, численности, персонального наполнения, системы управления, подчинения юридических служб, их размещения в регионах присутствия компании;

— сравнение результатов с сопоставимыми компаниями на рынке.

Результаты позволят сформулировать концепцию проекта по созданию ОЦО, оценить масштабы и содержание необходимых изменений. Поэтому от глубины погружения во все детали текущего, дооптимизационного состояния функции во многом зависит и масштаб проработки модели будущего ОЦО;

2) описание. На этом этапе необходимо сформировать видение будущего ОЦО:

— его цели, задачи, функции, базовые подходы к организации деятельности;

— технико-экономическое обоснование его модели во всех ключевых аспектах;

— объем необходимых изменений в систему регламентации: в политики, регламенты, карты процессов, рабочие инструкции, метрики оценки труда, ключевые показатели эффективности и др.;

— оценка потребности ОЦО в персонале и других ресурсах;

— подробный график перевода компании на обслуживание в ОЦО с контрольными точками, *KPI* руководителей и пр.

Результатом станет полная, разумно детализированная концепция будущего ОЦО;

3) организационный дизайн и запуск ОЦО. Здесь необходимо решить прикладные задачи, которые позволяют:

— обеспечить экономию на содержании функции;

— стандартизировать типовые и регламентировать эксклюзивные процессы, установить требования к целям, эффективности, квалификации юристов;

— решить все организационные вопросы по структуре, численности, системе управления функцией;

— сформировать инфраструктуру ОЦО: от рабочих мест до *IT*-инфраструктуры;



— составить соглашения о качестве услуг с внутренними клиентами и др.

Здесь набор мероприятий слишком велик, чтобы поместиться в статью. Но главное — чем полнее описание всех аспектов деятельности будущего ОЦО, тем больше шансов, что проект завершится решительным успехом.

Логичным финалом этапа станет запуск и тестирование юридического ОЦО;

4) контроль результатов. Юридическое ОЦО запущено, организационные изменения реализованы, юридическая служба функционирует в новом качестве. На этом этапе необходим контроль результатов работы центра, анализ того, насколько оправдались гипотезы, сформулированные на стадии его проектирования.

Принято считать, что запуском юридического ОЦО этот большой проект и заканчивается. Но, по моему опыту, именно с этого момента и начинается самое интересное: разведка боем (как бы прекрасно вы ни подготовились на предыдущих этапах), проверка в действии всех гипотез, поиск дополнительных возможностей для улучшения созданного, дальнейшее развитие. Уверен, что этот процесс невозможно закончить и довести до идеального.

Факторы успешности проекта

Для реализации юридического ОЦО и контроля рисков, связанных с достижением его целей, вполне уместны простые правила, применимые к любой проектной работе:

1) проектом необходимо управлять на всем его протяжении. С самых первых стадий у проекта должен быть полноценный, погруженный в стратегические и операционные аспекты руководитель, правильный набор контрольных точек, ключевые показатели эффективности участников;

2) необходимо во всех деталях документировать процессы и порядок выполнения работ перед реализацией проекта во избежание конфликтов в ходе реализации;

3) большое внимание важно уделить проектированию юридического ОЦО; особой проработки заслуживает проектный план по трудовым ресурсам, *HR*- и *IT*-поддержке;

4) внедрение часто затягивается из-за стандартизации технологий и отработки процессов. Поэтому в этой части важно придерживаться планов и сроков;

5) для успешности проекта необходимо решать завтрашние, а не вчерашние проблемы. Поэтому важны детализированные представления о стратегии и планах развития компании, о соответствии модели ОЦО этим планам, роли юристов в реализации долгосрочных и тактических намерений организации.

Юридическое ОЦО в ПАО «Т Плюс»

Правовая служба «Т Плюс» работает в формате ОЦО с 2017 года, и мы видим многочисленные подтверждения правильности принятого решения и выбранного пути. Вместо 54 правовых подразделений в 63 городах мы сформировали 13 региональных центров правового обеспечения в 15 городах.

В результате мы получили следующие важные и ценные эффекты.

Во-первых, оптимизационный эффект. Он выразился в том, что удалось снизить фонд оплаты труда на целых 25%, а численность сотрудников и того более — на 30%. Эффективность работы правового департамента повысилась и качественно, и количественно, причем в первые годы после реорганизации это повышение имело прямо-таки взрывной характер.

Во-вторых, организационные и функциональные эффекты. В чем выразились они? Мы внедрили единую систему управления функцией, типовую структуру подразделений, *KPI* для всех юридических должностей, единые стандарты деятельности и требования к качеству правовых услуг, обеспечили оптимальный режим участия юристов в бизнес-процессах. Благодаря этому мы предлагаем бизнесу эффективный сервис: теперь мы можем при необходимости очень быстро развернуть проверенные процессы в новых подразделениях и становиться единым окном правовой поддержки, исключив разнобой в предложениях

и путаницу в заключениях, которые так раздражают коллег из бизнеса. По сути, мы стали зарабатывать вместе с бизнесом, для чего максимально фокусируемся на решении операционных и стратегических бизнес-задач, обеспечивая партнерское (а не только экспертное) взаимодействие.

С этих пор мы работаем в рамках единой правовой вертикали, где юридическая команда самостоятельно решает профессиональные правовые и организационные вопросы. Сотрудникам же обеспечены прозрачные карьерные перспективы, мы можем учить и развивать их, поддерживать реально действующий кадровый резерв.

Юридическая служба «Т Плюс» получила близкую к классической вертикальную организационную структуру, но с некоторыми оговорками.

Так, состав подразделений и распределение компетенций между ними позволяет нам предоставлять полный набор юридических услуг в каждом регионе присутствия с сопровождением наших бизнес-клиентов «под ключ».

Кроме того, мы создали несколько специализированных юридических сервисов, которые не привязаны к региональным подразделениям и работают в интересах всей компании. Это сервисы правового сопровождения судебных дел в кассационной инстанции, закупочной деятельности, судебной работы в приказном производстве и договорно-правовой экспертизы. Создание сервисов позволило заметно сократить издержки на правовое обеспечение этих вопросов и значительно повысить эффективность работы за счет предметной специализации юристов на выделенных областях и предельной концентрации на них.

Принятая организационная структура не препятствует применению инструментов мультикомандности для решения комплексных проектных задач. Юристы на время реализации проектов, в которых принимают участие, могут легко создавать проектные группы с автономным управлением.

В результате создания юридического ОЦО компания получила компактную, стройно структурированную,

наполненную качественным и вовлеченным персоналом, эффективную, креативную, разумно экономичную, профессионально независимую и клиентоориентированную юридическую функцию. Это не пустые слова — достижения правовой команды «Т Плюс» неоднократно признавало профессиональное юридическое сообщество.

Что дальше?

Как я уже говорил, создание центра обслуживания — это лишь начало сложного и интересного пути. Механика юридического ОЦО позволила правовой команде «Т Плюс» внедрить набор инструментов и решений для эффективного взаимодействия с бизнес-клиентами. Все перечисленное далее — это реальный практический результат внедрения полезных инструментов управления правовой работой, чему в значительной мере способствовала созданная платформа юридического ОЦО.

Чтобы юридический сервис становился все более надежным, гибким и качественным, юристы «Т Плюс»:

1) создали дружественный интерфейс взаимодействия с бизнесом.

Это означает, что мы оказываем юридическую поддержку максимально открыто и деюрокрацизовано, с использованием многообразия каналов обращения; по телефону, лично, в мессенджерах, по почте, через специализированный сервис и т.д. Взаимодействие с бизнес-подразделениями если и формализуется, то лишь дозированно и в весьма скромных размерах: система официального документооборота, служебные записки, официальные правовые позиции, протоколируемые совещания — только в минимально необходимом объеме или под запрос нашего клиента. Множество полезной информации наши внутренние клиенты могут получать самостоятельно на юридическом интранет-портале, состоящем из 75 больших тематических разделов;

2) стандартизировали основные юридические продукты.

Юристы «Т Плюс» стремятся типизировать юридические процессы, обеспечивая единый высокий уровень



качества сервиса на всех территориях присутствия компании (а это 16 регионов). Для этого представляем бизнесу такой инструментарий типовых решений, который зачастую позволяет ему самостоятельно и юридически корректно решить типовую задачу без участия профильного специалиста. Это экономит время и ресурсы как юристам, так и клиентам. Например, если нашим коллегам не подходит полностью типовая форма договора, большое количество которых утверждено для осуществления широкого спектра как регулируемой, так и общехозяйственной деятельности, то всегда можно воспользоваться сервисом «Конструктор договоров», который поможет приспособить типовую форму к условиям конкретной сделки. Если бизнес-клиенту понадобится направить претензию контрагенту, то ему поможет с текстом специальный сервис «Претензионная работа» и т.п.;

3) внедрили элементы *knowledge management*.

Мы тщательно фиксируем и обобщаем наработанный нами опыт, систематизируя его и предлагая возможность неоднократного использования.

Процесс внутреннего обмена опытом и тиражирования лучших практик в сфере контрактной и судебной работы, управления административными конфликтами, регуляторной поддержки бизнеса и другого давно стал обязательным элементом правового сопровождения. Широко используем для такого обмена инструмент создания тематических групп внутри правовой службы, проводим регулярные обучения и разборы ситуаций для юристов и бизнеса, выпускаем и распространяем внутри компании обзоры нашей кассационной судебной практики, ведем мониторинг системных ошибок в договорной работе и многое другое.

Создали и активно используем Единую базу знаний, которая в понятном и структурированном виде позволяет получить ответ на вопрос, который когда-то кем-то уже был задан юристам компании.

Вот уже несколько лет правовая служба «Т Плюс» ежемесячно проводит онлайн-встречи для юристов и интересующихся бизнес-клиентов с обзорами новой практики арбитражных судов.

Аудитория таких встреч — в среднем 150 человек, продолжительность — 1–2 часа. Коллеги имеют воз-

можность не только обсудить ежемесячный обзор практики, который готовит правовая служба, но и совместно с бизнесом проработать вопросы влияния новых судебных тенденций на деятельность компании и при необходимости инициировать по существу такового влияния;

4) выстроили систему обучения, ориентированную и на юристов, и на бизнес.

Мы регулярно проводим обучающие сессии как для юристов, так и для бизнеса. Для этого используем различные форматы (офлайн, онлайн, электронные курсы, тестирование) и привлекаем к их проведению юристов и представителей бизнес-подразделений, что дает максимальный охват аудитории и существенно повышает полезность мероприятий. Теоретически это можно было бы сделать и без ОЦО; однако его создание дает общий толчок развитию юридической функции в нашем холдинге и позволяет легче обмениваться профессиональным опытом внутри него.

Темы подбираем исходя из своей же практики, опыта взаимодействия с бизнесом, его запросов. Речь идет о более чем сотне обучающих мероприятий для юристов и внутренних клиентов. Эти мероприятия носят прикладной характер и неразрывно связаны с теми вопросами, с которыми бизнесмены сталкиваются в реальной практике. Это помогает внутренним клиентам разобраться в сложных околоправовых вопросах.

Для качественной поддержки развивающихся проектов готовим сертифицированных внутренних тренеров, ориентированных в первую очередь на обучение внутренних клиентов по широкому кругу вопросов. Таких тренеров в составе правовой службы уже восемь;

5) выделили *legal operations officer* в самостоятельную роль.

Передали функцию управления юридическими процессами отдельному сотруднику — эксперту по управлению такими процессами. Его задачи — периодически давать оценку эффективности работников, составлять рейтинг региональных правовых центров и др.; управлять системой аналитики и отчетности, которую мы готовим для собственных нужд и бизнеса; усовершенствовать работу с базами данных и учетны-

ми системами, которые мы используем сами и предоставляем нашим коллегам;

6) активно оповещаем бизнес о своей работе.

Открытость юридической функции считаем одним из приоритетов. Активно информируем внутренних клиентов о работе юридической службы, достигнутых успехах и выявленных сложностях (обзоры, оповещения и т.п.). Широко используем собственный сервис публикации новостей о работе и достижениях правовой службы на информационном портале компании. И здесь речь идет о нескольких сотнях публикаций в год. В новостях рассказываем не только о собственных успехах, но и о совместной работе с бизнес-клиентами, благодарим их за помощь и содействие. Готовим отчеты, позволяющие измерять собственную эффективность и состояние правовой работы в целом. Каждый месяц публикуем для общего пользования рейтинги региональных правовых подразделений, которые ведем по 20-счетным показателям, раскрывающим результативность и эффективность подразделений. Рейтинги позволяют отмечать проблемы и трудности в момент их возникновения или обнаружения и корректировать работу. Не боимся говорить об этом с внутренними клиентами;

7) закрепили роль юридических партнеров за отдельными юристами.

Внедрили в центральном офисе правовой службы институт руководителей юридических практик по ряду ключевых направлений правовой работы. Эти люди непосредственно взаимодействуют с бизнесом по наиболее ответственным направлениям деятельности. Они самостоятельно привлекают необходимые для решения задачи компетенции внутри правовой службы и распоряжаются этими ресурсами для достижения успеха в решении бизнес-задачи.

Стремимся, чтобы все наши внутренние клиенты имели четкий и хорошо знакомый им контакт для взаимодействия, а не занимались исследованием границ компетенции различных правовых подразделений. Большое значение имеет то, что юрист, выступающий юридическим партнером конкретного направления бизнеса, гораздо лучше понимает его специфику, нужды, задачи и намного легче принимает роль одного из членов бизнес-команды, а не правового консультанта по определенной теме.

Правовая служба для поддержки задач высокого уровня, которые управляются из центрального офиса, ввела должности руководителей юридических практик в десяти областях и направлениях. И это не только повысило удовлетворенность клиентов уровнем правовой поддержки, но и существенно улучшило саму поддержку. Руководители правовой практики, во-первых, на высочайшем экспертном уровне разбираются во вверенной проблематике в силу установленной специализации и, во-вторых, постоянно сконцентрированы на взаимодействии с бизнес-клиентом для решения возникающих вопросов в рамках этой сферы;

8) предлагаем удобные функциональные решения.

Создали несколько специализированных сервисов оказания юридических услуг с уникальной компетенцией и глубокой специализацией сотрудников в определенной области, что обеспечивает надежность правовой поддержки. Например, сопровождением закупочной деятельности для всех регионов присутствия компании будут заниматься только сотрудники специализированного сервиса, которые в этой области наиболее компетентны. Формировать юридически выверенные проекты договоров нашим коллегам помогают юристы — сотрудники специализированных отделов договорно-правовой экспертизы.

Там, где нет возможности или целесообразности формировать структурно обособленные специализированные подразделения, мы широко используем возможности сетевой работы юристов, формируем кросс-территориальные группы, адаптированные для нужд сопровождения бизнеса.

Например, для системной правовой поддержки новой и нестандартной деятельности, такой как услуги энергосервиса в интересах внешних заказчиков, создали специальную группу из юристов разных территориальных правовых подразделений под функциональным руководством руководителя практики в московском офисе. Это позволяет гибко управлять нагрузкой, формировать единую методологию и стандарты, не перекраивая внутреннюю структуру правовой службы и экономя ее ресурсы;



9) эффективно управляем собственной нагрузкой.

Мы создали развитую систему учета правовой работы, позволяющую измерять и управлять нагрузкой юристов. Учет опирается на данные как универсальных автоматизированных систем управления бизнес-процессами, так и специализированных систем, ориентированных на учет задач юридического характера (например, учет судебной работы, работы по сопровождению проверок и административных конфликтов);

10) активно развиваем команду.

Считаем оправданным стремление к самодостаточности и сокращению издержек на правовую функцию. Правовая служба сегодня обязана быть экономически эффективной, не тратящей лишних ресурсов и дающей при этом необходимый результат. Собственно, это один из основных мотивов всей статьи.

Меня часто спрашивают, легко ли управлять 500 юристами. В одиночку делать это невозможно. А с командой сильных руководителей можно, и даже в удовольствие. Заостряю внимание на этом вот почему. Зачастую коллеги ищут менеджеров со стратегическим видением, игнорируя компетенции, связанные с каждодневным управлением. Но человек, который ими пренебрегает, вряд ли добьется заметных успехов в повседневном операционном управлении. Для успеха юридической службы ей нужны крепкие, подготовленные, развитые управленцы, которые будут каждый день выполнять свои многочисленные и по большей части тактические менеджерские задачи.

Вместо заключения

Итак, основываясь на своем опыте, мы утверждаем, что:

1) юридическое ОЦО в современных организациях — это реальный инструмент, позволяющий снижать издержки и преодолевать барьеры на пути развития функции правового сопровождения бизнеса;

2) централизация сервисных процессов при создании юридического ОЦО дает возможность компании сконцентрировать сэкономленные ресурсы на осуществлении приносящих прибыль основных бизнес-процессов, повысить уровень клиентоориентированности функции;

3) с созданием юридического ОЦО в организации закрепляется более высокий базовый уровень юридического сервиса при значительно меньшем объеме ресурсов — через соглашения о качестве услуг, нормирование численности, развитие системы управления эффективностью персонала юридических служб, *KPI* и инструменты измерения эффективности функции;

4) крепкая юридическая вертикаль позволяет получить гибкие возможности для создания полезных инструментов и подходов в правовой работе, которые, в свою очередь, будут укреплять и развивать позитивные эффекты от создания ОЦО.

И последнее. У читателя наверняка мог возникнуть вопрос: а неужели нельзя добиться всего перечисленного без создания общего центра обслуживания? Исключать это нельзя. Но кто сможет сказать, сколько сил и средств придется неоправданно потратить и будут ли получены относительно быстрые и убедительные результаты? Как бы то ни было, юридическая команда «Т Плюс» когда-то сделала свой выбор в пользу ОЦО и его развития, и такая форма организации функции в полной мере отвечает стоящим перед ней целям и вызовам.

Creation of a Unified Legal Function in the Company

The article describes prerequisites, targets, tasks, stages and tools of the project for creation of the legal shared services centre (SSC) — unifying the legal function into a vertically integrated specialised centre rendering in-house legal services to the company's business divisions on the basis of uniform rules and standards and with reasonable expenses, efficiency and high quality.

Keywords: *shared service centre, business process, legal function efficiency, business process efficiency improvement, legal function KPI, legal service structure, interaction with business units*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vladimir V. Utkin

Director for Legal Affairs at T Plus PJSC, Executive Master of Management in Law HSE (e-mail: ya@vladimir-utkin.ru)



**МАРИНА ЕВГЕНЬЕВНА
БАСОВА**

руководитель практики претензионно-судебной работы ООО «СИБУР», преподаватель НИУ «Высшая школа экономики» и *Moscow Digital School*



**ВИКТОР ГЕОРГИЕВИЧ
ДОМШЕНКО**

руководитель отдела судебной защиты АО «Почта России», доцент МВШСЭН (Шанинка), кандидат юридических наук

ОРГАНИЗАЦИЯ СУДЕБНОЙ РАБОТЫ В КОМПАНИИ: ВЫЗОВЫ, ЗНАНИЯ, ТЕХНОЛОГИИ

В статье рассмотрены основные вопросы организации претензионно-судебной работы в крупных компаниях. Авторами на основе личного опыта представлены разные способы построения этой работы внутри юридической службы — по территориальному признаку либо с использованием центров компетенции. Предложен обзор используемых судебными юристами нестандартных технологических решений, позволяющих оптимизировать, удешевить и ускорить процессы. Также освещены подходы к оценке эффективности судебных юристов, проанализированы преимущества и недостатки использования количественного критерия для подсчета успешных дел и возможных альтернатив этому критерию. Отдельное внимание уделено управлению и сохранению знаний в рамках юридической функции компании, важности методологии и сервисов.

Ключевые слова: судебная работа, центр компетенций, технологии, сохранение знаний, KPI

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-30-38

Организация претензионно-исковой работы в компании

Большинство юридических служб крупных российских компаний имеют в своем составе претензионно-судебное подразделение. Отечественный подход к ним в целом отличается от западного, где компании предпочитают передавать значительную часть задач на аутсорсинг, а потому штат юридических команд относительно невелик. Это различие не случайно и обусловлено рядом факторов: и традиционной для нас склонностью концентрировать все «внутри»,

и зачастую более низкими расходами на содержание внутренних юристов в сравнении с привлечением консультантов на постоянной основе для решения типовых задач, и нашей привычкой передавать в суд даже самый мелкий спор вместо того, чтобы разрешить его миром, и все еще недостаточной автоматизацией типовых, рутинных и во многом технических процессов.

Отсюда — и сравнительно крупные, по несколько сотен человек, юридические службы российских компаний вообще, и претензионно-судебные подразделения в частности. Если добавить к этому разрозненность юристов в компаниях, имеющих большую филиальную сеть или множество дочерних структур на территории страны, то сразу появляется потребность как-то упорядочить управление такой службой.

В «СИБУРе» длительное время, до 2017 года, в каждом регионе претензионно-исковая работа велась юристами предприятий самостоятельно, независимо от сложности и видов споров. Плюсом такой децентрализованной структуры было максимальное вовлечение специалистов и рост компетенций на местах, а минусом — отсутствие стабильной унификации в подходах. Ключевым недостатком являлась сложность управления такой структурой, отчего задачи часто дублировались и численность юристов не была оптимальной. В итоге страдали среди прочего показатели по выигранным судебным делам: они редко превышали 65–70%. Сбор и проверка отчетности превращались в довольно трудоемкий и не всегда прозрачный процесс. Дополнительно все усложнялось отсутствием единой системы ведения дел и судебной отчетности.

Осознание всех этих минусов побудило компанию «СИБУР», как и большинство других производственных гигантов, перейти к более централизованной структуре и внедрить единообразные стандарты претензионно-исковой работы. Поэтому для сопровождения самых сложных банкротств и арбитражных споров в составе «СИБУР Холдинг» были созданы два отдельных судебных центра: в Тюмени и Казани.

По сути, это аналог консалтинга внутри корпоративной юридической службы — названные центры оказывают предприятиям группы услуги по ведению претензионной и судебной работы.

Немаловажная основа такой модели — включение во все контракты альтернативной договорной подсудности с возможностью выбора истцом удобного ему места и способа разрешения спора между несколькими государственными судами и арбитражами (третейскими судами).

Такой метод — своеобразное ноу-хау «СИБУРа», позволяющее гибко управлять ресурсами судебных юристов. Имея такую оговорку, можно в зависимости от сложности и фактического состава правового конфликта выбирать, кто из юристов и в каком регионе будет его сопровождать и куда эффективнее обратиться за защитой своих нарушенных прав — в более дорогой, но быстрый арбитраж, где нет возможности пересмотра, либо в государственный суд одного из регионов нашего присутствия, учитывая сложившуюся в конкретном регионе практику судов по спорному вопросу.

«СИБУР» выбрал Казань и Тюмень в качестве мест размещения судебных центров не случайно. Во-первых, они территориально близки к самым крупным производственным единицам «СИБУРа» — нефтехимическим гигантам «ЗапСибНефтехим» (Тобольск), «КазаньОргсинтез» (Казань) и «Нижнекамскнефтехим» (Нижнекамск), во-вторых, в этих регионах две из трех судебных инстанций расположены в одном городе. Учитывая тот факт, что сложные споры только в одной инстанции рассматриваются, по нашим наблюдениям, полтора, а в отдельных случаях до четырех-пяти лет, постоянные командировки в другие города порождают для компании значительные расходы. Иначе говоря, чем ближе суд к судебным юристам — тем удобнее и, главное, дешевле судебный процесс для компании.

В-третьих, при выборе локации учитывалась практика и загрузка судов данных регионов — длительность рассмотрения дел, частота отмен судебных актов нижестоящих судов и даже персональный состав судебного корпуса. Еще одним важным критерием служил рынок труда — зарплатные ожидания потенциальных сотрудников и их соответствие квалификации и качеству юридического образования в регионе.

Для сопровождения стандартной досудебной работы выделен претензионный центр. В нем сосредоточены все стандартные досудебные претензии по охране труда, логистике, неустойкам, просроченной дебиторской

задолженности. До централизации эта работа либо совсем не велась, либо велась фрагментарно, так как была сосредоточена в бизнес-подразделениях. Первый шаг на пути к развитию претензионного центра состоял в выявлении и описании целевого претензионного процесса, второй — в максимальной оптимизации и автоматизации процессов. После создания претензионного центра «СИБУР» начал выставлять почти в два раза больше претензий при более рациональном использовании ресурсов компании.

Есть еще одна особенность юридической службы «СИБУР»: собственная практика международного коммерческого арбитража, что само по себе редкость для корпоративных юридических команд. Создание собственной практики было обусловлено текущей геополитической ситуацией, санкциями в связи с массовыми нарушениями обязательств по контрактам с контрагентами из так называемых недружественных юрисдикций с одновременным существенно ограниченным доступом к иностранным консультантам в Великобритании и Европе. Эта компетенция выстраивалась и через обучение судебных юристов «СИБУР» международному арбитражу, и наймом сотрудника из консалтинга с профильным опытом. Сейчас в компании шесть судебных юристов, которые преимущественно занимаются претензиями и судами с иностранными компаниями, включая споры по взысканию просроченной задолженности и споры с логистическими операторами в SCC (Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма), ICC (Международный арбитражный суд при Международной торговой палате), VIAC (Венский международный арбитражный центр).

Практика построения юридических функций в больших корпорациях может различаться. В этом свете интересен опыт «Почты России» — одной из самых крупных компаний со стопроцентным госучастием. Ее юридическая служба организована по территориальному принципу и с учетом филиальной сети компании на территории всей страны. До недавнего времени почти в каждом филиале «Почты России» (субъекте РФ) имелось юридическое подразделение (либо юрист), которое занималось всеми вопросами правового сопровождения своего филиала. Далее существовало среднее звено — макрорегиональные центры, которые были, с одной стороны, филиалами для своего субъекта, а с другой — вышестоящей струк-

турной единицей для нескольких подконтрольных филиалов. Вышестоящим звеном в этой цепи являлся корпоративный центр, аккумулирующий юристов с делением их по специализациям. С прошлого года компания сделала условно трехзвенную структуру двухзвенной, исключив подразделения филиалов и расширив компетенции макрорегиональных центров. Однако по-прежнему в компании претензионно-судебной работой занимаются более ста юристов.

Идеи о трансформации юридической службы в целом и судебной функции в частности в пользу выделения отдельных центров компетенций обсуждаются в «Почте России» с разной периодичностью и интенсивностью, готовится аналитика о вариантах распределения типовых и сложных задач, возможных локациях этих центров и пр. Приступить к реализации такого проекта можно будет лишь после оценки всех достоинств и недостатков, ведь в попытках улучшить работающий механизм можно и навредить.

Сейчас же улучшения в работе последовательно достигаются за счет точечной настройки — разграничения компетенций внутри подразделений юридической службы, постоянного повышения качества использования единой системы ведения сотрудниками всех претензионных и судебных дел и иных задач и активной методологической поддержки со стороны юристов корпоративного центра региональных подразделений.

Главное — несмотря на разницу в подходах к организации претензионно-исковой работы, судебные команды «СИБУРА» и «Почты России» могут в полном объеме вести претензионную и судебную работу своими силами. Это, конечно, не означает, что компании закрылись и не готовы работать с консультантами. Мы привлекаем их при необходимости, когда в конкретном деле требуются глубокие специальные познания по узким вопросам правового регулирования.

Использование технологических решений в претензионно-исковой работе

На общемировом фоне наша страна — лидер в плане доступности и оцифровки баз судебных решений судов, а также исполнительного производства. У судеб-



ных юристов есть широкая палитра различных баз учета и хранения судебных дел, систем постановки задач, контроля сроков за значимыми действиями и событиями, конструкторов документов. Такими инструментами пользуются многие крупные компании.

В то же время сейчас на рынке ИТ-услуг нет компаний, предлагающих единую платформу со всеми нужными судебному юристу ИТ-продуктами по автоматизации претензионно-судебной работы в целом, т.е. не готовые, а кастомизированные под потребности конкретного клиента решения. Как итог, многие компании, при наличии достаточных ресурсов, идут по пути собственных разработок ИТ-решений.

Во многом именно поэтому в юридической поддержке «СИБУРа» появилось отдельное *digital*-направление, где мы силами юристов, которые увлекаются программированием, разработали и затем внедрили несколько технологичных инструментов. Какие это продукты?

Компания «СИБУР» в целом поддерживает тенденцию разрешать споры миром, но долгое время у нас оставались открытыми вопросы: как определить, когда мировое соглашение выгодно для компании, а когда нет? как посчитать экономический эффект и стоимость разрешения спора в суде? Поэтому мы разработали **калькулятор** — инструмент финансовой аналитики, в основе которого лежит общепризнанная модель дисконтирования денежных потоков.

Принцип работы калькулятора: в него вводится ряд параметров, включая продолжительность спора, экспертную оценку результата, примерные расходы на ведение спора (включая арбитражные сборы, расходы на экспертов, консультантов и внутренних юристов), ставку *WACC*, а также возможные условия мирового соглашения. Калькулятор показывает наиболее выгодную модель разрешения спора, например что будет экономически целесообразнее — получить по суду через два года условные 100 тыс. руб. или заключить мировое соглашение об уплате в течение нескольких месяцев 50 тыс. руб. То есть что выгоднее — начинать (или продолжать) судебный процесс или заключить мировое. Это помогает и в диалоге с бизнесом, которому цифры и расчеты намного понятнее абстрактных юридических аргументов, и при оценке перспектив спора. Калькулятор чаще используется до судебного рассмотрения, но и на стадии

судебного разбирательства он также полезен — для определения точки безубыточности.

Инструмент прекрасно себя зарекомендовал внутри компании, и мы решили, что его нужно развивать и распространять на юридическом рынке. Поэтому мы совместно с нашим партнером — компанией «Вета» разработали общедоступный и бесплатный *Калькулятор экономической модели строительного спора*¹.

Другой инструмент — *макросы*, которые сами находят в реестрах компании нарушения обязательств контрагентами, формируют и отправляют претензии, причем даже с перечнем выгруженных макросом приложений.

Еще одним нашим решением являются *RPA-роботы* — компьютерная программа, копирующая действия человека в различных компьютерных программах. Они внедряются как виртуальный помощник, полностью или частично заменяя сотрудников на определенных участках бизнес-процессов в рамках операционной работы. В отличие от традиционных компьютерных программ, *RPA* взаимодействует с другими ИТ-системами с помощью оконного интерфейса — формы, поля и таблицы, — имитируя работу человека. Для нас *RPA-робот* — это сотрудник, работающий без выходных, больничных и без оплаты, выставляющий стандартные претензии в режиме 24/7. Робот сам отслеживает нарушение обязательств в системе, ежедневно формирует сотни претензий, собирает к ним комплект приложений, даже подписывает претензии и отправляет их контрагентам по электронной почте, а по завершении сохраняет в отдельной папке скан отправленной претензии.

Эти инструменты существенно сократили трудоемкость и, главное, скорость выполнения типичных задач (приблизительно в 4–5 раз). Сейчас они уже внедрены в процесс выставления претензий об оплате штрафов и по охране труда и промышленной безопасности.

Важно, что робот надежен, не допускает ошибок, достаточно легко и быстро внедряется в существующий ИТ-ландшафт и при этом очень бюджетный

¹ См.: <https://veta.expert/projects/sudsporcalc/?ysclid=lmvwaajgva553122304> (дата обращения: 16.05.2024).

по стоимости, если внедрять его за счет внутренних ИТ-ресурсов компании, а эффект для компании исчисляется в миллиардах рублей. Есть еще один полезный результат таких наработок: видя скорость и регулярность выставления штрафов, контрагенты стали лучше платить, а как следствие, в суды стало передаваться меньше претензий. Наконец, роботы позволили высвободить под более сложные задачи юристов, которые ранее занимались этой типичной и не самой творческой работой.

По пути собственных разработок пытаются идти многие, но не у всех есть человеческий (кадры, способные решать нетривиальные для юридической функции компании задачи) или финансовый (на привлечение технологий и людей извне) ресурс.

Юридическая служба «Почты России» находится в постоянном поиске возможных решений за счет внутренних юристов — людей, сочетающих глубокое знание матчасти нашей профессии с увлечением компьютерной лингвистикой, математикой и ИТ.

Нам видится перспективным анализ новостного потока в отношении компании или ее контрагентов. Безусловно, за новостями в отношении корпораций следят их медиаслужбы, но они, как правило, не имеют юридической экспертизы, а поэтому не оценивают новости с точки зрения юридических рисков. Сама по себе идея сбора (парсинга) и агрегации новостей о компании и ее контрагентах в одном месте довольно популярна и известна. Однако инструменты для их автоматического анализа пока не получили должного развития.

При этом уже сейчас вполне возможно составлять из новостей за прошедший период датасеты и обучать на них модели машинного обучения с целью дать по конкретной текущей новости прогноз необходимого события (просрочка исполнения обязательства, подача иска, банкротство). Такой прогноз не заменит эксперта, но даст ему понятный количественный инструмент оценки юридических рисков компании. Разработанная юристами компании и тестируемая более года концепция успешно себя зарекомендовала и вполне готова к промышленному запуску.

Еще ранее наши юристы пробовали применять и другие методы количественной оценки возможности

наступления изучаемого события — на основе знаний и опыта квалифицированных экспертов с использованием нечетко-возможностных моделей. Подобные решения позволяют использовать экспертные знания и принимать решения с наилучшей перспективой и наименьшими рисками. Методика строится на формализации экспертной информации в виде математической модели с факторным пространством (факторными переменными), где эксперт выступает в роли «интеллектуальной измерительно-диагностической системы»². Всегда есть необходимость вербализации экспертом своих знаний и приведения их к виду, отражаемому в нечеткой модели; однако значительная часть профессиональных знаний человека — накопленный опыт, умения и пр. — неявные. Построение подобной модели позволяет представить явные и неявные знания как равнодействующую множества факторов, оцениваемых экспертом. Особенность методики — построение факторного пространства из нечетких безразмерных лингвистических переменных.

Такое решение мы в свое время тестировали на разных вопросах применительно к банкротным процедурам³. В условиях недостаточности информации оно позволяет, например, определить, целесообразно ли начинать банкротство; сделать максимально объективный прогноз; оценить риски и представить несколько рассчитанных альтернатив лицу, принимающему решение. Это, разумеется, не означает, что при получении низкого значения принципиально недопустимо обращаться к банкротству. Скорее, у лица, принимающего решение в конкретной ситуации, появляется возможность более объективно оценить действительное положение вещей.

² Суть в том, что создается опросная матрица с разными факторами (например, состав и размер активов должника, количество кредиторов и размер их требований, «личность» контролирующих должника лиц и пр.), которая затем заполняется экспертом, а полученные значения используются для расчетов количественных оценок обобщенного показателя, который, в свою очередь, далее проверяется на адекватность. См. об этом подробнее: *Специццев А.В., Домшенко Н.Г.* Эксперт как «интеллектуальная измерительно-диагностическая система» // Сборник докладов XIII Международной конференции по мягким вычислениям и измерениям *SCM*, 23–25 июля 2010 г. Т. 2. СПб., 2010. С. 28–34.

³ *Домшенко В., Специццев А.* Инициирование банкротства должника: как определить его целесообразность в условиях нечетких данных // Приложение к журналу «Корпоративный юрист». 2020. № 11. С. 33–35.



Говоря о *Legal Tech*-решениях, нужно сказать, что помимо сравнительно давно используемых в «Почте России» систем учета и хранения претензионных и судебных дел, в компании функционирует конструктор договоров и процессуальных документов, реализованный в нашей инфраструктуре компанией *Doczilla*.

Ключевой вывод из всего сказанного — нужно пользоваться современными технологиями. Роботы не заменят юристов, но упростят им жизнь и высвободят время и силы на выполнение реально сложных задач.

Оценка эффективности претензионно-исковой работы — *KPI* судебного юриста

Сам факт установки для корпоративных, в частности судебных, юристов ключевых показателей эффективности (*KPI*), зависящих от успеха по делу, длительное время вызывал и до сих пор вызывает неприятие. Причина этого прежде всего в том, что исход судебного спора не может на 100% зависеть от юриста. Тем не менее господствующая установка в компаниях такова, что споры должны выигрываться: простые и типовые, сложные и с противоречивой правоприменительной практикой.

Как показывает анализ бенчмарков, различные юридические департаменты в зависимости от бизнес-модели, культуры и задач компании ставят себе очень разные и творческие *KPI*. Многие коллеги ограничиваются только качественными показателями, например соблюдением установленных внутренними регламентами сроков (на подготовку правовых заключений; ответов бизнес-подразделениям; на предъявление претензий; ответы на входящие претензии и иски; получение и предъявление исполнительных листов) и отсутствием ошибок при выполнении данных действий. Другие в качестве целей ставят «ритмичность» и планомерность предъявления претензий и исков, а также количество претензий и исков на одного юриста в год. Третьи делают акцент на сокращении средних сроков на подготовку исходящих претензий и исков, получении денежных средств по исходящим претензиям и даже сокращении сроков рассмотрения судами сроков стандартных для компании судебных споров.

Юридическая служба «Почты России» несколько лет назад перешла от количественных показателей к качественным. Теперь целевые показатели деятельности судебных юристов направлены на создание некой дополнительной ценности для юридической функции и, как следствие, для компании. Это могут быть, к примеру, предложения по оптимизации тех или иных юридических задач, анализ текущей работы по какому-то направлению и предложения по улучшению соответствующей функции. Это может быть также исполнение юридической задачи, которая не является профильной для судебных юристов. Хрестоматийный пример — подготовка проекта нормативного акта отраслевого регулирования в рамках реализации законодательной инициативы. Известно, что ряд компаний относят к подобным целям продвижение юридической экспертизы компании вовне — участие в профессиональных конкурсах лучших юридических департаментов, конференциях, публикации в профессиональных изданиях.

Что касается процента выигранных дел, то наши метрики системно показывают положительную динамику, учитывая количество споров в год — порядка 10 тыс. — и самые разные категории споров. При этом важно понимать, что специфика нашей компании, как и ряда других компаний с государственным участием, состоит в том, что порой в суд передаются ситуации, которые можно назвать спорами лишь с натяжкой. Речь прежде всего о случаях, когда формально не соответствующий договору условный акт сдачи работ, пусть и в незначительных деталях, фактически препятствует приемке выполненных работ и их оплате, — спор здесь лишь номинальный, но он отправляется в суд, где его результат довольно предсказуем.

В «СИБУРе», напротив, ставится *KPI* по судебной работе — как по количеству, так и по сумме выигранных дел. Показатель не только достаточно высокий и амбициозный (выше 80%), но и прогрессивный, ежегодно мы добавляем 1% по сравнению с предыдущим годом. Кроме того, есть показатели по суммам выставленных и оплаченных (взысканных) стандартных претензий, а также по принудительному исполнению судебных актов в ходе исполнительного производства.

Конечно, отдельные «венчурные» судебные споры, которые инициируются с целью изменения судебной

практики, правильнее исключать из общей статистики, иначе будет возникать боязнь ошибки и падения общего процента успешных дел.

Следствием каждого крупного проигрыша в «СИБУРе» являются «выученные уроки» — анализ причин проигрыша: была ли это недоработка конкретного юриста либо системная проблема (недостаточная проработка условий типовых контрактов или бизнес-процессов компании). Проигрыш в суде — лакмусовая бумажка серых зон в процессах и документах компании, и святая обязанность каждого судебного юриста — вернуться к бизнесу с предложениями по доработке договоров либо оптимизации (корректировке) процессов для митигации повторных проигрышей и роста убытков компании.

Но даже если юристы судебного подразделения не ставят перед собой количественные и качественные цели по претензионно-судебной работе, по итогам года точно имеет смысл анализировать ее результаты как минимум в двух плоскостях: *value created* — сумма, которую заработала компания в результате претензионно-исковой работы, и *value protected* — сумма, которую сэкономили юристы в результате нивелирования угрозы бизнесу.

Судебные юристы крупных компаний, которые качественно выполняют свою работу, выигрывают суды и взыскивают суммы, не должны восприниматься бизнесом как исключительно сервисное, даже расходное, подразделение, — они также вносят вклад в *EBITDA* компании, и его стоит оцифровывать и показывать.

Управление знаниями судебных юристов

В любой юридической службе крупной компании перманентная заменяемость кадров — вполне естественная вещь. Причем люди не всегда и необязательно покидают компанию, они могут начать заниматься другими юридическими или даже неюридическими задачами. Относительно большие команды среди прочего постоянно вырабатывают, накапливают колоссальную ценность — опыт и знания прежде всего по типовым для компании задачам, как то:

типовые формы документов, алгоритмы выполнения рутинных задач, правовые позиции на досудебной и судебной стадиях, аргументы в переговорах и т.п., но также и по неординарным задачам — инструментам разрешения сложных ситуаций. Весь подобный опыт и знания — от шаблонных коротких фраз деловой переписки до конкретных приемов процессуального поведения юриста в прецедентных судебных спорах — богатый ресурс юридической функции, а значит, и компании в целом. Поэтому нужно научиться управлять таким ресурсом, сохранять и развивать его. Иначе каждый новый сотрудник будет неоправданно тратить время на изобретение уже созданного велосипеда, притом что не каждый раз и не у каждого получится создать новый *Donhou bike*.

К решению вопроса можно подходить с двух сторон — использование сервисов и технологических инструментов хранения знаний и использование структуры знаний и методологии их использования, сохранения и развития.

В «Почте России» значительную часть времени судебных юристов корпоративного центра занимает методологическая работа. «Почта России» — огромная компания с более 330 тыс. сотрудников на всей территории страны, колоссальным объемом имущества и значительным количеством направленной деятельности. У нас немало споров в различных сферах и по разным категориям дел. Поэтому существует объективная необходимость вырабатывать типовые позиции для всей филиальной сети, своевременно реагировать и методологически поддерживать бизнес-подразделения и региональные центры. Не менее важно и аккумулировать лучшие практики для их дальнейшего удобного использования. У нас не было и до сих пор нет специальных сервисов для этих целей, в разное время мы пробовали имеющиеся у нас продукты — внутренний портал, сетевые диски и «облака», *CasePro*, но все это для поставленной задачи являлось скорее компромиссом.

В то же время мы уделяли значительное внимание содержанию и средствам обобщения знаний судебной функции — что, кем, когда должно сохраняться, как было бы удобно это в дальнейшем использовать. Отсюда появлялись новые идеи по нашим внутренним продуктам. Типовые шаблоны



документов и постоянно обновляемые методические рекомендации по отдельным категориям споров — неотъемлемая часть почти любой юридической службы крупной компании. В дополнение к этому мы уже довольно давно, более четырех лет назад запустили авторский ежеквартальный правовой дайджест, включающий позиции судов по ключевым делам нашей компании, релевантные для бизнесов «Почты России» позиции высших судов и новости законодательства, а также наиболее близкие по тематике к нашей работе публикации за прошедшие три месяца. Другими успешно используемыми инструментами стали аудиоподкасты с разбором интересных дел Верховного Суда, вебинары по конкретным темам, видеокурсы по экспертным темам и профессионально записанный с помощью Корпоративного университета компании адаптационный видеокурс для новых сотрудников судебного подразделения по использованию разных внутренних программ и решений. Осенью мы традиционно проводим ежегодную конференцию юридической службы, где наши коллеги из региональных подразделений освещают новые практики и тенденции в их регионах за прошедший год. Мы обобщаем выступления конференций и создали печатный правовой ежегодник, наш юридический альманах. Все внутренние материалы вместе с пополняемой ведущей юридической периодикой доступны любому сотруднику юридической службы. Но мы все еще в поисках более удобных сервисов по хранению знаний.

В «СИБУРе» есть Корпоративный университет, который занимается образовательными программами практически на любые темы — от тайм-менеджмента до курсов продвинутого пользователя *IT*. Корпоративный университет сочетает классические и современные, цифровые методы обучения. Учитывая, что «СИБУР» — географически распределенная компания, очень популярно дистанционное обучение: как привычные классические вебинары и электронные курсы, так и обучение с использованием *VR*- и *AR*- (*virtual* и *augmented reality*, виртуальная и дополненная реальность) симуляторов, онлайн-тренажеров, видеоуроков и интерактивных инструкций. Юристы стараются перенимать передовые практики коллег и весьма активно занимаются образовательной и просветительской деятельностью для бизнес-подразделений компании. Из самого

простого и уже прижившегося — ежеквартальные вебинары по юридической тематике на различные темы: от правильного привлечения работника к дисциплинарной ответственности до особенностей и методик расчета ущерба, причиненного окружающей среде.

В качестве примера использования *IT* — мы готовим обучающие курсы, иногда с привлечением внешних подрядчиков, в интерактивном формате: квиза, вебинара или мини-фильма. Так, недавно наша юридическая поддержка запустила курс коротких (по 10 минут) видеороликов с интерактивными элементами и тестами, посвященных допретензионной и претензионной работе. В цифровой форме мы рассказали, какие документы необходимы для качественного ведения такой работы, где взять шаблоны документов, каков порядок действий, чтобы правильно оформить доказательственную базу для последующего судебного спора. Самое важное — показать, что может произойти, если допущены ошибки либо нарушена процедура, какие негативные последствия для компании наступают из-за возможных ошибок.

В «СИБУРе» даже локальные нормативные документы, которые выходят из-под пера юристов, разработаны в *user-friendly* формате, не более нескольких схематичных страниц с гиперссылками на полезные ресурсы. Во времена клипового мышления у бизнеса нет возможности читать многостраничные талмуды и выискивать в них нужную информацию. Главное требование к документу — возможность за считанные минуты разобраться в его основных положениях и найти нужную информацию или шаблон.

У юридической поддержки есть свой внутренний портал, где аккумулируются сведения о юристах, наши разъяснения, практика и база знаний. Любой сотрудник компании может оперативно найти ответ на интересующий его вопрос

Поскольку юриспруденция — довольно сложная тема для неюристов, важно рассказывать о сложных категориях максимально просто и понятными даже обычному человеку словами, а это — ключевой принцип формирования знаний, донесения юридического контента до бизнеса. 📄

Organisation of Litigation Work in the Company: Challenges, Knowledge, Technologies

The article deals with the main issues of organising claims and litigation work in large companies. The authors present a view based on their personal experience on the models of structuring the claims and litigation function within the legal service — by territory and using centres of competence. The article provides an overview of non-standard technological solutions used in the work of trial lawyers, which can optimise processes, make them cheaper and faster. The authors highlighted the approaches to assessing the effectiveness of trial lawyers, analysed the advantages and disadvantages of using a quantitative criterion for counting successful cases and its possible alternatives. Special attention is paid to the management and preservation of knowledge of the legal function of the company, the importance of methodology and services.

Keywords: *litigation work, competence center, technology, knowledge retention, KPI*

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Marina E. Basova

Head of Claims and Litigation Practice at Sibur LLC, Lecturer at the HSE University and Moscow Digital School (e-mail: basovame@sibur.ru)

Viktor G. Domshenko

Head of the Judicial Defence Department of JSC Russian Post, Associate Professor at Moscow School of Social and Economic Sciences, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: victor_domshenko@mail.ru)

REFERENCES

Domshenko, V. and Spetsivtsev, A. “Initiating a debtor’s bankruptcy: how to determine its appropriateness in a fuzzy data environment” [*Initsirovaniye bankrotstva dolzhnika: kak opredelit’ ego tselesoobraznost’ v usloviyakh nechetkikh dannykh*]. *Corporate Lawyer*. Appendix [*Prilozheniye k zhurnalu “Korporativnyy yurist”*]. 2020. No. 11. P. 33–35.

Spesivtsev, A.V. and Domshenko, N.G. “Expert as an ‘intelligent measurement-diagnostic system’” [*Ekspert kak “intellektual’naya izmeritel’no-diagnosticheskaya sistema”*], in: *Proceedings of the XIII International Conference on Soft Computing and Measurement SCM, 23–25 July 2010* [*Sbornik dokladov KhIII Mezhdunarodnoy konferentsii po myagkim vychisleniyam i izmereniyam SCM, 23–25 iyulya 2010*]. Vol. 2. Saint Petersburg, 2010. P. 28–34.



**ЮРИЙ ЕВГЕНЬЕВИЧ
ДОННИКОВ**

директор юридического
департамента
и комплаенс
ООО «Хэдхантер»,
кандидат юридических
наук

ЗАЧЕМ ЮРИСТАМ ЗНАТЬ О БИЗНЕС-ПРОЦЕССАХ?

Статья исследует ценность и значимость процессного подхода в каждодневной юридической работе, разъясняет содержание категории «бизнес-процессы» и то, как это понимание помогает юристам решать стоящие перед ними задачи более эффективно.

Ключевые слова: бизнес-процессы для юристов, эффективность юридической работы, бизнес-процессы, оптимизация юридической работы

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-39-44

По результатам исследования «Бенчмаркинг юридической функции — 2023»¹, проведенного компанией «Технологии Доверия», первую строчку среди самых актуальных задач руководителя юридической функции заняла оптимизация юридических процессов. Поэтому важно разобраться понятие и основное содержание бизнес-процессов, а также объяснить, почему их знание так важно для повседневной деятельности юристов.

Л. Бассли, отвечавшая за правовую функцию в компании *Microsoft*, отмечала, что «юристы не думают о своей работе как об управлении процессами»². Между тем в основании современной юридической функции лежат три главных элемента:

- 1) команда — сотрудники, которые составляют юридическую функцию, включая ее руководителя;
- 2) технологии — инструменты цифровизации и автоматизации, необходимые для всемерного повышения эффективности юридической функции;
- 3) бизнес-процессы.

¹ См.: <https://tedo.ru/benchmarking-legal-2023> (дата обращения: 19.05.2024).

² «Юристы не думают о своей работе как об управлении процессами»: интервью с Л. Бассли // *Legal Insight*. 2018. № 5. С. 26.

Существует и другой подход, выделяющий в основе современной юридической функции пять элементов: людей, структуру, технологии, процессы и объединяющее все эти четыре элемента — лидерство в юридической функции.

Как мы видим, оба подхода во многом схожи и в обоих бизнес-процессы являются базовым элементом, неким столпом, без которого не может существовать современная юридическая функция.

Важно также отметить, что наличие указанных выше элементов свойственно как для корпоративных юридических команд каких-либо компаний (если речь идет о правовом сопровождении бизнеса, т.е. том, что принято называть *in-house*), так и для юридических фирм.

Под бизнес-процессами обычно понимается совокупность действий, направленных на получение каких-либо результата или ценности для потребителя.

Если подумать, нас везде окружают те или иные бизнес-процессы самого разного назначения и масштаба, от, например, покупки кофе в кофейне до использования услуг авиакомпании, включая посещение аэропорта, для перелета из одного города в другой. В обоих случаях есть все элементы бизнес-процессов.

Каждый бизнес-процесс может состоять из множества более мелких подпроцессов разной степени сложности и взаимосвязанности. Например — оформление и оплата авиабилета, или прохождение паспортного контроля, или связанный с приготовлением кофе процесс доставки в кофейню кофейных зерен поставщиком.

Бизнес-процессы можно классифицировать и по другим признакам. Так, выделяют:

— ключевые процессы, которые создают ценность для клиента (приготовление кофе в кофейне);

— вспомогательные процессы, обеспечивающие поддержку и эффективное функционирование операционных процессов, но не взаимодействующие с клиентом напрямую (уборка в кофейне, ремонт кофемашины, поставка сливок);

— управленческие процессы, направленные на управление и координацию операционных и вспомогатель-

ных процессов (разработка коммерческого плана кофейни, контроль качества обслуживания).

Определение и фиксация бизнес-процессов внутри самой организации позволяют: устанавливать единые требования к результатам деятельности различных бизнес-подразделений; повышать скорость и автоматизировать работу; снижать себестоимость и издержки; обеспечивать эффективное управление и координировать работу подразделений; обеспечивать прозрачность на всех этапах функционирования; обеспечивать предсказуемость результатов; понимать специфику каждого этапа; формировать варианты оптимизации самих же процессов; быстро находить проблемные места и устранять сбои; распределять и перераспределять зоны ответственности и функции управления; исключать риск потери компетенций, если ценный сотрудник увольняется или уходит в отпуск; быстро вводить в курс дела и обучать новых работников; обеспечивать эффективное взаимодействие подразделений (или практик в юридических фирмах); реализовывать системность и обеспечивать отсутствие хаоса в работе.

|| В этом смысле юридические фирмы, консалтинговые компании — точно такие же организации, у которых может быть множество многообразных бизнес-процессов.

Как уже было отмечено, бизнес-процессу присуще наличие потребителя (получателя) его результата — заказчика или клиента. Это могут быть внутренние (менеджер по договору) и внешние (покупатели продуктов компании) потребители.

Есть и другие роли, которые, как и роль «заказчик», определяются в зависимости от того, какую функцию в процессе они выполняют. К ним относятся, например, владелец процесса, исполнители, поставщики, заинтересованные стороны.

Наличие у процесса владельца — необходимое условие его эффективности. Именно владелец определяет структуру, содержание и состав участников процесса, отвечает за эффективность всего процесса в целом, несет за него ответственность.

Определение того, кто является владельцем бизнес-процесса, очень значимо. Как гласит известная



поговорка, без хозяина дом — сирота. В отсутствие владельца процесс может идти по усмотрению любого его участника — без оценки того, насколько пострадает непосредственно результат процесса и насколько вероятно возникновение хаоса в ходе его достижения. Участники процесса в отсутствие владельца могут спорить о том, где пределы их зон ответственности, каким должен быть результат и каковы общие сроки по его достижению.

Нельзя допускать и того, чтобы у одного процесса было двое и более владельцев, — это приведет к спорам между ними о структуре и содержании процесса, взаимным обвинениям или самоустранению одного или всех владельцев от разрешения ситуации.

Исполнители осуществляют действия по достижению результата процесса (например, финансовый департамент). Исполнителей по процессу может быть разное количество, это могут быть сотрудники одного или нескольких подразделений, их состав может меняться внутри процесса в зависимости от типа запроса, его сложности, срочности и других параметров.

Для каждого бизнес-процесса могут определяться свои названия ролей, поскольку название роли должно раскрывать ее назначение и содержание.

При этом не стоит путать роли в бизнес-процессах и должности сотрудников. Один и тот же сотрудник в разных процессах может играть очень разные роли и быть не только исполнителем, но и заказчиком.

Например, исполнитель роли юриста по согласованию договоров (т.е. исполнитель внутри бизнес-процесса «договорная работа») может быть заказчиком в бизнес-процессе «работа курьерской службы» внутри своей же компании (когда ставит запрос на направление курьера для доставки документов своему подрядчику — юридической фирме или в суд).

В одном юридическом бизнес-процессе могут участвовать разные юристы, выполняющие различные роли. Например, в процессе «согласование договора» могут потребоваться специальные экспертные знания (например, в области интеллектуальной собственности или работы с персональными данными), которыми

не обладает юрист по согласованию договоров, — в таком случае к процессу может подключиться юрист с такими знаниями в роли юриста-эксперта.

Значимость процессов столь высока, что в действительности гораздо большую ценность в организации создают именно хорошо продуманные и отстроенные процессы, а не финансовые или материальные ресурсы. Процессы могут создавать больше ценности, чем создают люди в рамках какой-либо своей деятельности. Отлично отстроенные процессы могут быть даже конкурентным преимуществом при выборе клиентом, с какими из подрядчиков / поставщиков / юридических фирм ему работать. Информация на рынке об удобных, прозрачных и эффективных для клиентов процессах взаимодействия может продвигать бренд компании.

Эффективное взаимодействие между различными экспертными/профильными практиками в юридических фирмах при работе над проектами, затрагивающими различные отрасли права, — тоже результат хорошо отлаженных процессов.

Реализация продуманных и отстроенных бизнес-процессов представляет собой процессный подход в деятельности.

Использование процессного подхода в работе юристов для бизнеса (будь то производственный бизнес, сфера продуктов питания, переработка нефтепродуктов, информационные технологии, юридический бизнес или любой другой): обеспечивает стабильность и предсказуемость деятельности; нивелирует свои в работе; формирует представление о том, что функция работает по понятным бизнесу стандартам.

Для самих юристов процессный подход: обеспечивает удовлетворенность бизнес-заказчиков и управляемость юридической функции; максимизирует эффективность и снижает затраты; повышает скорость и качество работы сотрудников; повышает пропускную способность при тех же ресурсах; позволяет выполнять однотипные задачи быстрее; обеспечивает легкую заменимость сотрудников и быстрое введение в курс дела новых; создает возможность масштабирования при отсутствии микроменеджмента.

Рассуждая о том, зачем юристам понимать такую, возможно, для многих из них непривычную сущность,

как бизнес-процессы, нужно поставить вопрос: что несет в себе юридическая деятельность, имеет ли она ценность? Конечно имеет, ведь юридические сервисы и продукты, как и любой бизнес-процесс, направлены на достижение результата в какой-либо деятельности. Например:

— благодаря вовремя согласованному юристами договору было закуплено сырье для производства (реализован построенный объект, проданы товары на складе, вовремя до старта продаж нового ассортимента товаров проведена маркетинговая кампания);

— благодаря вовремя зарегистрированному товарному знаку конкуренты не могут использовать тот же бренд для своей продукции и потому не перехватывают на себя клиентов компании;

— благодаря выданной доверенности состоялась важная сделка;

— благодаря вовремя выявленным правовым рискам компания не понесла существенные убытки.

Таких повседневных результатов деятельности очень много, и все они имеют ценность, пусть и разную. Деятельность юристов в консалтинговых компаниях и юридических фирмах прямо выражается в такой ценности, ведь именно за ней обратился клиент и именно она имеет вполне конкретное стоимостное выражение.

В наиболее общем виде любой бизнес-процесс можно разложить на три этапа: начало, содержание (собственно сам процесс) и результат.

Для заказчика, очевидно, на первом месте стоит вовремя предоставленный, отвечающий его ожиданиям результат процесса. Но и самый большой этап, предшествующий достижению результата, — сам процесс — может быть для него не менее значим.

Предположим, вы пришли в вашу любимую кофейню, но в этот раз там было не убрано; пока вы ожидали свой заказ, вам нагрубил сотрудник, а еще слишком громко играла музыка. Все эти обстоятельства в процессе приготовления вашего кофе (содержание процесса) сформировали у вас понимание, что больше вы сюда не придете.

Перенесем пример с кофейни на юридическую фирму. Клиент обратился с запросом о подготовке и ведении дела в суде. Бюджет его устроил, фирма вроде бы хорошо известна на рынке. Но юристы фирмы не оперативно и неохотно отвечали на письма клиента, присылали для ознакомления и подписания плохо вычитанные документы, постоянно либо сдвигали сроки, либо опаздывали в судебные заседания. В конечном итоге несмотря на то, что дело в суде для клиента было выиграно, сам процесс получения юридических услуг был для него настолько эмоционально сложным, что в следующий раз он либо будет долго сомневаться перед обращением в эту же фирму, либо сразу выберет другую.

Поэтому в бизнес-процессах важно не только получение клиентом ожидаемого результата в ожидаемые сроки, но и понятный, прозрачный и эффективный процесс предоставления такого результата клиенту.

М. Портер сформулировал три базовые стратегии потребительской ценности. Если применить их к бизнес-процессам, то можно отметить следующее:

1) лидерство по издержкам (низкие затраты) будет достигаться через дешевые (экономные) бизнес-процессы;

2) лидерство по продукту (инновации) — через быстрые бизнес-процессы;

3) лидерство в клиентском опыте (кастомизация) — при гибкости бизнес-процессов и их способности эффективно функционировать даже при изменении каких-либо вводных для их начала.

Возвращаясь к ролям в бизнес-процессах, отметим, что, с одной стороны, очень значимо их разделение. С другой стороны, важно избегать ситуаций, когда исполнитель роли будет заинтересован только в ней, т.е. ему будет важно только то, как он отработал свою роль, и всё. При работе с бизнес-процессами правильнее обеспечивать наиболее эффективное взаимодействие между людьми, ролями в одном или в связанных бизнес-процессах.

Усилия всех участников бизнес-процесса должны быть направлены на достижение итогового результата максимально эффективным и быстрым для заказчика



способом. Именно за счет взаимодействия любой бизнес-процесс будет достигать максимальной синергии и производительности, а значит, будет более экономным, эффективным и быстрым, что важно не только для его конечного потребителя, но и для компании, юридической фирмы и даже для самих его участников. Как известно, сила всей цепи определяется по силе самого слабого звена в ней. Поэтому процесс должен быть эффективным на всем его протяжении.

Бизнес-процессы могут создаваться и ситуационно, но, насколько это возможно, по заранее определенной модели. Например, создается рабочая группа или команда для реализации конкретного проекта. В ее рамках определяется руководитель проекта или проектный менеджер, который определяет роли каждого из участников.

В организациях, где такого рода проекты или работа над ними носят постоянный характер, создание проектных команд и назначение в них ответственных лиц, включая проектного менеджера, могут быть регламентированы, как и любой другой постоянный бизнес-процесс. Поэтому важной составляющей эффективности бизнес-процессов является их выявление и документирование.

Часто юристы в своей работе документируют привычные для себя процедуры, которые точно так же являются бизнес-процессами. Целью такого документирования обычно называется оформление процедур, закрепление последовательности шагов, оформление прав и обязанностей участников. Например, регламентируется договорная работа для бизнес-процесса «договорная работа» или выдача доверенностей для бизнес-процесса «делегирование полномочий в компании — выдача и работа с доверенностями».

Таким образом, самим юристам уже довольно привычно описывать свои юридические сервисы — как они функционируют и предоставляются — именно с позиции подхода к ним как к бизнес-процессам.

Помимо регламентов, описывающих бизнес-процессы, рекомендуется создавать и графические карты процессов — они позволяют визуализировать бизнес-процессы, выявить их слабые места, исключить дублирование шагов, анализировать процесс для це-

лей его упрощения, ускорения и совершенствования, а иначе говоря — оптимизации.

Важным показателем эффективности любого бизнес-процесса являются метрики. Они могут дать представление о том, как быстро движется бизнес-процесс, насколько он затратен, насколько успешно тот или иной участник процесса справляется со своими задачами; позволяют сравнить одного участника с другими, выполняющими идентичные функции, а при выявлении разницы — найти причины, почему разные юристы (или другие сотрудники) справляются с одними и теми же участками работы с разной скоростью или справляются с разным объемом задач за один промежуток времени; найти, на каких этапах и у каких подразделений процесс чаще всего застревает или, наоборот, быстро движется. При достаточном уровне цифровизации бизнес-процессов метрики эффективности можно собирать в виде аналитических данных, формируемых программным обеспечением, которое было использовано для цифровизации такого процесса. Работу с аналитикой данных, получаемых в ходе функционирования бизнес-процессов, именуют *data-driven* подходом. Если бизнес уделяет внимание аналитике данных, которые возникают в ходе деятельности компании, это позволяет ему решать очень многие задачи, включая повышение прибыльности и снижение затрат в деятельности.

Оптимизация бизнес-процессов наравне с их выстраиванием и документированием является важным инструментом повышения их эффективности.

Оптимизация процессов является четвертым этапом в жизненном цикле бизнес-процесса. Первые три — моделирование, исполнение, анализ.

Существуют различные методы оптимизации бизнес-процессов. Например — методы «здорового смысла», бережливого производства (*Lean Production*), *Agile*, 6 сигм, *Scrum*, метод непрерывного совершенствования (*Kaizen*) и другие инструменты, подходящие для самых различных бизнес-процессов, в том числе юридических бизнес-процессов в организации или юридической фирме.

Подходы к оптимизации тоже разделяются на две модели: инжиниринг (эволюционный путь) и реинжиниринг (кардинальные изменения). Инжиниринг позволя-

ет оптимизировать бизнес-процессы без значительных их изменений. Реинжиниринг, напротив, влечет кардинальные изменения бизнес-процессов и заключается в том, что процесс создается заново, а тот, что был до этого, прекращает свое существование.

Оптимизацию можно начать с анализа процесса и определения того, что в нем добавляет ценности, а что — нет. Например, в бизнес-процессе «договорная работа» исправление допущенных другими сотрудниками ошибок, опечаток в тексте проекта договора не будет добавлять ценности, как и ситуация, когда на разных этапах в согласовании документа участвовали разные юристы из одной организации, а в итоге один юрист правит ошибки другого. Напротив, обнаружение критичного риска в условиях договора будет добавлять ценность.

Исключение из процесса того, что не добавляет ценности, позитивно скажется на его эффективности, скорости, затраченных ресурсах, что и будет в данном случае целью его оптимизации.

Автоматизация, т.е. передача рутинной работы от человека алгоритму, также является методом оптимизации. Пример — программное генерирование (программное обеспечение в виде конструктора документов) готовой доверенности на основе данных от автора запроса в компании вместо составления текста доверенности живым юристом.

Еще один метод — делегирование, отказ от участия в процессе согласования. Например, можно исключить юристов из цепочки согласования договора, если его сумма не превышает определенный порог, или отказаться от выставления претензий поставщику товаров, если стоимость непоставленного товара или брака также не превышает определенный порог (так как затраты компании на сам процесс претензионной работы будут выше, чем его результат — исполнение обязательства поставщиком, и он теряет всякий экономический смысл).

Итак, хорошо продуманные и отстроенные бизнес-процессы имеют значимую и прямую ценность для самих же юристов. В связи с этим для выстраивания эффективных бизнес-процессов можно порекомендовать юристам:

1) выявлять, описывать и структурировать процессы. Каждый процесс должен иметь владельца, ответственных лиц, детализированные процедуры внутри, цель и результат. Должны быть определены сроки, *KPI* и метрики эффективности процесса. Нет владельца процесса — нет порядка в нем;

2) отрисовывать процессы. Визуализация показывает лишние шаги, чрезмерную сложность процесса и как его можно упростить;

3) связывать процессы — маленькие процессы между собой и с большими процессами. Взаимосвязи должны работать;

4) определить минимальную достаточность участников процесса. Чем меньше участников процесса, тем лучше;

5) автоматизировать, цифровизировать и минимизировать участие человека;

6) использовать инструменты аналитики процессов — графики, отчеты, опросы, регулярные ретровстречи. Нужно понимать, что происходит в процессах;

7) непрерывно работать над улучшением процессов. Потребности клиентов меняются, нужно чтобы процессы менялись вместе с такими изменениями. 

Why Do Lawyers Need to Know about Business Processes?

The article gives an understanding of the value and significance of the process approach in everyday legal work, explains the content of the category “business processes” and how this understanding will help lawyers to act more effectively in solving their tasks.

Keywords: *business processes for lawyers, efficiency of legal work, business processes, optimisation of legal work*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Yury E. Donnikov
Legal and Compliance Director of HeadHunter LLC, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: ydonnikov@ya.ru)



**ЕКАТЕРИНА
ВЛАДИМИРОВНА
РЕГЕДА**

заместитель
генерального директора
по правовым вопросам
«ГАПС-Девелопмент»,
кандидат юридических
наук

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ КАК ПРОДУКТ ЭФФЕКТИВНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО МЕНЕДЖМЕНТА

В статье систематизирован опыт автора по юридической поддержке работы с локальными нормативными актами. Автор объясняет, в чем ценность такой поддержки для бизнеса и для главы юридической функции и почему юристы должны участвовать в согласовании регламентов. Также даны рекомендации относительно юридического дизайна, которые способствуют упрощению понимания регламентов пользователями, о способах актуализации регламентной базы и ее каскадирования в крупном холдинге.

Ключевые слова: локальные нормативные акты, методология регламентации, юридический дизайн

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-45-53

Регламентация — не юридическая работа?

Среди юристов распространено мнение, будто разработка и согласование регламентов — это неважная работа, которая не создает ценности для бизнеса. Некоторые коллеги и вовсе называют ее неюридической.

Во многих крупных корпорациях работу по регламентации курирует отдельное подразделение, не входящее в состав юридической службы, а юристы не вовле-

чены в процессы разработки и согласования локальных нормативных актов (далее — локальные акты, акты, регламент), считая эту деятельность бюрократической. Также регламенты могут выпускаться подразделениями — «владельцами» соответствующих процессов без согласования их положений с юристами.

Полагаю, что данный подход не отвечает интересам корпорации, и вот почему:

— разработанный и утвержденный без участия юристов регламент, скорее всего, не поможет в ходе трудового спора;

— такой акт может противоречить другим действующим регламентам, инициированным иными подразделениями компании;

— в нем могут отсутствовать обязательные требования к документальному оформлению юридически значимых действий по процессу, что приведет к судебным проигрышам коммерческих споров из-за ненадлежащим образом оформленных/отправленных документов.

Причем на все это как на причину невозможности выигрыша судебного спора будут ссылаться те же самые юристы, которые ранее настаивали на том, что работа по регламентации неюридическая, и просили исключить их из процесса согласования регламентов.

На мой взгляд, если уж компания тратит ресурсы на регламентацию бизнес-процессов, то, во избежание указанных рисков, рационально вести эту работу с участием юристов¹.

Создают ли регламенты добавленную стоимость компании?

По моему мнению, пока компания существует как стартап, о регламентации задумываться рано, по-

¹ Речь, безусловно, идет о нетиповых регламентах. В отношении повторяющихся (типовых) локальных актов, которые чаще всего инициируются HR-подразделением и бухгалтерией, целесообразно внедрить защищенные от редактирования формы, утвердив их содержание приказом (если такие формы не утверждены нормативно), и исключить юристов из процесса их согласования.

скольку в деятельности стартапа больше гибкости, неопределенности и импровизации, чем повторяющихся операций.

Но как только компания выходит на следующую стадию развития (нашла свою нишу, подтвердила бизнес-модель, растет или готовится к расширению), приходит время описания и регламентации бизнес-процессов.

Локальные акты помогают:

а) договориться о сферах ответственности подразделений в рамках бизнес-процессов, описать их слепые зоны;

б) зафиксировать сроки исполнения тех или иных трудовых функций;

в) согласовать трудовую функцию так, чтобы не осталось недопониманий по конкретным действиям работника;

г) зафиксировать порядок оформления юридически значимых документов в рамках процессов;

д) установить инструменты контроля за соблюдением описанного процесса;

е) провести работу над ошибками и более не наступать на те же грабли;

ж) сформировать базу знаний или лучших практик;

з) наладить операционный процесс по ознакомлению новых сотрудников корпорации с их непосредственными обязанностями.

Пункты «а»–«д» особенно важны в ситуациях, когда несколько подразделений спорят о зоне ответственности, появляется новый набор функций или существенно расширяется текущая деятельность компании.

||| Ценность описания процесса, который и так хорошо функционирует, или утверждения рекомендуемых форм документов и формулировок состоит в создании базы лучших практик и инструмента для обучения новых сотрудников.



Кроме того, при изменении штатного расписания (особенно при разделении или упразднении подразделений, участвующих в процессе) наличие регламента, где в качестве ответственных указаны упраздняемые и разделяемые подразделения, позволит быстро договориться о распределении функций в рамках новой организационной структуры.

Регламентация ради регламентации, безусловно, не нужна. Можно согласиться с ГОСТ «Системы менеджмента качества» в том, что «разработка документации не должна быть самоцелью, а должна добавлять ценность»².

Если говорить о прямом экономическом эффекте от регламентации, то наличие локальных актов по основным процессам и эффективной системы их обновления является обязательным требованием при сертификации систем менеджмента качества, которая часто необходима для участия компании в госзакупках либо ее выхода на международные рынки, а также повышает доверие к производимой продукции среди клиентов и рекомендуется при выходе на IPO.

Хороший регламент: какой он по форме?

Прежде всего, легкий для восприятия. Причем данное качество может отсутствовать как у текстового, так и у графического локального акта. Наверняка все слышали утверждение «Регламенты никто не читает». Ниже я приведу приемы **юридического дизайна для текстовых локальных актов**, которые увеличат число их «читателей», а следовательно, и пользу для компании.

1. Использовать принципы книг М. Ильяхова и Л. Сарычевой «Пиши. Сокращай: Как создавать сильный текст»³ и А. Вашкевича «Лигал-дизайн и юридическая эффективность. Метод „Симплоера“»⁴. Не буду дублировать основные тезисы авторов, но отмечу, что, по моему мнению, большинство их рекомендаций обяза-

тельны для работы не только с локальными актами, но и с любыми юридическими текстами.

2. При внесении изменений в регламент выделять их цветом (а удаленные положения выделять тем же цветом + зачеркивание). Использование режима рецензирования в *MS Word* менее предпочтительно, поскольку воспринимать его сложнее, чем текст, выделенный светлым маркером. Если помните, в период новой коронавирусной инфекции благодаря желтой заливке части текста мы за 2–3 минуты понимали, что конкретно менялось в очередной редакции указа мэра г. Москвы от 5 марта 2020 года № 12-УМ «О введении режима повышенной готовности». Я как юрист была благодарна команде мэра за такой юридический дизайн.

3. Утверждать любой акт приказом, где в обязательном порядке перечисляются должности либо наименования подразделений, на которые этим актом возлагаются какие-то задачи или функции, а также ссылки на конкретные пункты акта, которые им нужно выполнять. Регламент сканируется одним файлом с таким приказом, поэтому при открытии файла пользователи сразу видят перечень подразделений или должностей с указанием конкретных пунктов локального акта, возлагающих на них определенные задачи. Мы неоднократно слышали слова благодарности за такой подход от внутренних клиентов, поскольку он позволяет им быстро понять, затрагивает ли акт непосредственно их работу или нет. Этот прием также помогает при актуализации актов в случае изменения штатного расписания (подробнее об этом речь пойдет в последнем разделе настоящей статьи).

4. Сопровождать любой акт компактной аннотацией, которая действительно отображает его краткое содержание (основные нововведения, если они есть, и участники процесса, в каких пунктах/разделах что указано), а не дублирует в более пространственных формулировках название (в нашей компании заведена практика рассылки аннотаций из 2–3 абзацев по содержанию принятых регламентов).

5. При принятии локального акта о сложных процессах проводить обучение для сотрудников путем вебинара, обучающего ролика, тестирования.

6. Если есть деньги на дизайнера, то целесообразно оформить важный локальный акт как яркую презента-

² ГОСТ Р ИСО 9001-2015. Национальный стандарт Российской Федерации. Системы менеджмента качества. Требования (утв. приказом Росстандарта от 28.09.2015 № 1391-ст).

³ М., 2017.

⁴ М., 2024.

цию: вы наверняка получите за это благодарность от внутренних клиентов.

Переходим к **рекомендациям по форме графических локальных актов.**

На мой взгляд, важно не переборщить с графической частью: она должна быть уместна. Например, иногда в регламенты вносят упрощенную схему по процессу, при этом в текстовой части приводится много исключений из стандартного процесса, которые на схеме не отображены. Полагаю, что схема имеет право на существование, если процесс действительно сложный, а не состоит из трех шагов, которые и без того поименованы в названиях разделов, но в ней важно сослаться на пункты акта, где указаны исключения, не учтенные на схеме.

Если в акте описываются несколько сценариев одного и того же процесса (например, процесс утверждения бюджета на разных жизненных циклах проекта или процесс устранения недостатков в построенном объекте при наличии гарантийного удержания и без него), то есть смысл изложить их в **табличной форме** — так пользователю будет легче понять различия. Табличная форма полезна также для чек-листов.

Пример из практики 1

Постоянной деятельностью моей команды является Due Diligence (далее — DD) новых площадок под строительство в г. Москве. DD мы проводим собственными силами (так как сталкивались с некачественными выводами привлеченных консультантов). Для качественного обеспечения этого стандартного для нас процесса мы приказом (для юристов) утвердили чек-лист по DD нового актива в табличной форме.

В строках таблицы зафиксированы конкретные пункты, которые проверяются разными подразделениями юридической службы (наличие зарегистрированной аренды, перепланировок, публичных доменов и т.п.).

В столбцах заполняется:

— какое именно подразделение юридической службы совершает указанные в строке действия по проверке;

— необходим ли запрос независимых документов / достаточно ли представленных продавцом актива документов / необходим ли натурный осмотр объекта / соблюдены ли требования к давности документов и т.п.;

— результат проверки;

— оценка степени выявленного риска;

— способ устранения выявленного риска.

Такая форма локального акта позволяет:

— совершить все необходимые действия по проверке (линейным сотрудникам, особенно новым);

— не дублировать действия по проверке (до утверждения чек-листа (по активу) проверяли и судебные, и земельно-имущественные юристы);

— оперативно выявить важные риски по проверке;

— включить в график реализации проекта после покупки актива мероприятия, которые необходимы для минимизации выявленных в ходе DD рисков (в Москве практически нет площадок без рисков);

— проводить работу над ошибками, дополняя чек-лист неочевидными проверочными действиями, необходимость которых выявил наш опыт.

Пример из практики 2

В составе приобретенного нами для дальнейшего сноса здания был санузел, о чем свидетельствовали как документы технической инвентаризации, так и выписка из ЕГРН. После покупки выяснилось, что доступ к санузлу из нашего здания отсутствует и его никогда не существовало, но исторически есть доступ из прилегающего соседнего здания. Причем других санузлов в соседнем здании нет. В ЕГРН у них также зарегистрированы права на это помещение (завдоение в Росреестре). Вхождение санузла в периметр соседнего здания было подтверждено более давними, чем у нас, документами технической инвентаризации, и именно сосед более 10 лет нес расходы на эксплуатацию спорного помещения. Согласитесь, в такой ситуации (историческое отсутствие доступа из нашего здания в это помещение, продолжительное использование помещения как



единственного санузла соседнего здания) возникают большие имущественные риски по нашему проекту (как минимум могут быть приняты обеспечительные меры, которые заморозят снос здания и сорвут график стройки). Наступив на такие, думаю, неочевидные не только для нас грабли, мы дополнили чек-лист по DD новых активов обязанностью юристов-имущественников проверять отсутствие доступов в приобретаемые помещения из прилегающих зданий.

Схемы бизнес-процессов целесообразно указывать в приложении к локальному акту по сложным бизнес-процессам, в которых задействованы несколько подразделений. Наши бизнес-аналитики рисуют схемы в нотации BPMN⁵. Она удобна еще и тем, что позволяет «нарисовать жизнь организации» в IT-среде бизнес-моделирования *Business Studio*. Для простоты восприятия важно разбивать схемы по длинным процессам на разные этапы на отдельных листах, так как длинная схема тяжело воспринимается в документе.

Схема в нотации BPMN позволяет увидеть последовательность действий разных подразделений и схему движения информации.

Сферы и сроки проверки подразделений мы фиксируем в матрице RASC⁶ в табличной форме.

Возникает вопрос: требуется ли текстовое сопровождение для регламента, оформленного в виде схемы в нотации BPMN с матрицей RASC? Не будет ли текстовая часть дублировать его содержание?

Мы ответили на него следующим образом: если нет необходимости указывать дополнительные требования по документальному оформлению процесса или по правам доступа или форме оформляемых документов, если не нужно зафиксировать сложные термины и исключения по процессу, то можно ограничиться только приказом с перечнем должностей участников процесса⁷, которым будет утверждена схема и мат-

рица RASC. В иных случаях недостающие сведения стоит указать в текстовой части локального акта.

Рекомендации делать регламент **в виде фильма, мультфильма или комикса** в большинстве случаев считаю примером избыточного юридического дизайна. Тем не менее иногда это имеет смысл: вспомним, например, памятку в кармане сидения самолета о действиях при его падении, стенд с рисунками о необходимых действиях работников у опасного станка либо плакаты о правильном порядке мытья рук, которые появились у многих офисных раковин в период новой коронавирусной инфекции.

Пример из практики 3

Во время визита на заводы компаний «Евраз» и «Аскона» в составе экскурсионных групп я расписывалась в журнале об инструктаже по безопасности после просмотра правил поведения на опасном производственном объекте в виде мультфильма и фильма, и это точно было эффективнее и быстрее, чем прочтение текстового регламента всеми членами экскурсионной группы.

Повторюсь, графическая часть в акте должна быть уместна.

Хороший регламент: какой он по содержанию?

Необходимо корректно определить сферу проверки проекта локального акта юристом, при этом будет ошибочным ограничиться его проверкой на соответствие законодательству и нормативно-правовым актам (далее — нормативный акт). В такой логике юрист чаще всего просмотрит регламент на предмет упоминаемых в нем нормативных актов (не утратили ли они силу) и указанных по тексту критических требований этих актов, но не будет проверять наличие ответственных лиц, сроков и мест размещения результирующих документов по процессу.

Пример из практики 1

В штат социального учреждения был принят начальник подразделения пожарной безопасности, который

⁵ См.: https://www.businessstudio.ru/wiki/docs/current/doku.php/ru/csdesign/bpmodeling/bpmn_notation (дата обращения: 15.05.2024).

⁶ См.: <https://developers.sber.ru/help/business-development/raci-methodology> (дата обращения: 15.05.2024).

⁷ О цели указания в приказе должностей участников процесса речь пойдет в разделе «Актуализация регламентов корпорации» настоящей статьи.

запустил на согласование несколько локальных актов по пожарной безопасности. При их беглом прочтении я обнаружила, что его должность была упомянута только в связи с одной обязанностью — разработать и утвердить эти акты, а обеспечить и контролировать соблюдение всех указанных в них действий (закупка огнетушителей, размещение схем эвакуации, проведение обучений сотрудников, ложных пожарных тревог и т.п.) должен был генеральный директор компании. При отсутствии юристов в маршруте согласования таких локальных актов последние бы были утверждены в такой недопустимой редакции, и в случае пожара было бы достаточно сложно исключить ответственность первого лица компании.

Таким образом, при проверке актов в большинстве случаев юрист должен ответить на следующие вопросы:

- 1) нет ли логических разрывов в процессе?
- 2) не противоречит ли описанный процесс иным действующим актам компании?
- 3) есть ли ответственные должности по каждому подпроцессу?
- 4) соответствуют ли должности ответственных сотрудников штатной структуре?
- 5) не дублируются ли функции?
- 6) распределены ли сферы согласования у участников процесса?
- 7) установлены ли сроки по подпроцессам?
- 8) какие риски очевидно могут возникнуть по процессу? какие инструменты заложены в регламенте для их снижения?
- 9) установлены ли места размещения результирующих документов по процессу и права доступа к ним?

Следует уточнить, что проверка соответствия ответственных по процессу сотрудников штатной структуре на уровне юристов должна быть верхнеуровневой. Точное соответствие указанных в акте должностей штатному расписанию должно проверяться либо автоматически, либо силами HR. Однако указание ответ-

ственным за действия, очевидно являющиеся основной сферой деятельности конкретного подразделения, сотрудника другого подразделения либо генерального директора, целесообразно адресно согласовать с такими сотрудниками (помним, что представители других профессий, работающие в компании, не всегда читают регламенты и их проекты).

Пример из практики 2

При согласовании регламента об утверждении списка материалов и оборудования для проектирования строительного проекта в качестве согласующих были указаны несколько закупочных подразделений компании, в составе которых есть сотрудники, обеспечивающие контроль за ценообразованием, а также держатель бюджета проекта. При этом в матрице согласования не было указано, кто проверяет соответствие утвержденных материалов и оборудования бюджету проекта. После того, как юрист задал этот вопрос, выяснилось, что все указанные коллеги полагали, что в рамках данного процесса контроль осуществляют не они. В результате было проведено совещание и определен ответственный.

Такой объем проверки юристом может показаться очень большим и вызвать обоснованный вопрос: что же тогда при согласовании локального акта проверяет иницилирующее подразделение?

На мой взгляд, при согласовании регламента подразделение — держатель процесса должно отвечать за полноту указания необходимых в рамках процесса действий и требований к ним (если применимо). В противном случае юристам придется погружаться в профессиональные стандарты и правила по всем существующим направлениям деятельности компании, что значительно удлинит сроки и увеличит объем работы при согласовании регламента.

Юридический дизайн или бюрократия?

Важно отметить, что мой опыт регламентации бизнес-процессов имел место в российских компаниях среднего размера (хотя и системообразующих) без государственного участия, поэтому может не учитывать особенности работы госкорпораций или международных компаний. В то же время при обмене опытом кол-



леги из указанных компаний демонстрировали свою методологию работы с локальными актами, которая включает в себя:

- а) утверждение и актуализацию в отдельном регламенте терминов, используемых во всех актах компании;
- б) регламентацию требований к структуре и наименованиям актов.

Плюсами указанной методологии является то, что она:

- создает предсказуемость и интуитивность поиска необходимой информации в регламенте пользователем;
- выступает инструментом управления знаниями (не приходится каждый раз изобретать велосипед при формулировании определений терминов, и все их можно найти в одном месте);
- большинству людей проще заполнить шаблон, чем разрабатывать документ с нуля.

Однако, по моему мнению (которое, безусловно, может быть ошибочным), указанные подходы могут вызывать и негативный эффект при регламентации в силу следующего.

Утверждение отдельным локальным актом перечня терминов, которые могут использоваться в других актах без их определения, с одной стороны, приводит к сокращению текста регламентов, что является плюсом для потенциальных пользователей, которые предпочитают короткий документ, а с другой стороны, вынуждает пользователей при прочтении нового регламента искать и смотреть определение термина в другом файле, что менее удобно для них.

Полагаю, что если термины общеизвестны, то нет практического смысла их утверждать ни в каждом акте, ни в специфическом регламенте о терминах; сложный термин лучше специально разъяснить в регламенте, который его использует.

Обязательная классификация видов локальных актов также представляется мне излишней. Название акта никак не повлияет на его юридическую силу.

Не являясь специалистом в делопроизводстве, сошлюсь на публикацию в профильном журнале, в которой В.Ф. Янкова отмечает, что нормативными актами правила делопроизводства с локальными актами регламентированы только для органов государственной власти и местного самоуправления⁸, а обязательные требования для делопроизводства юридических лиц не утверждены.

И даже обращаясь к ГОСТу «Системы менеджмента качества», мы не находим требований к наименованию актов, наличию в них обязательных реквизитов.

Исключение из указанного правила можно считать обоснованным, только если согласно законодательству документ должен называться определенным образом, например «Положение» или «Политика»⁹.

Обязательные требования к форме и структуре локального акта чаще всего предполагают, что регламент должен включать в себя цели его принятия (хотя они в 99% случаев и так понятны из названия), срок пересмотра (имеет смысл только в отношении актов, которые необходимо пересмотреть в заранее известные сроки), ответственность за неисполнение (и она почти всегда «предусмотрена действующим законодательством»). В моем понимании юридического дизайна такие требования излишни и не способствуют увеличению числа сотрудников, читающих регламенты.

Наличие стандартной структуры, которая как минимум включает в себя цели и задачи, увеличивает объем результирующего документа, а это, в свою очередь, приводит к сокращению числа сотрудников, которые его в конечном счете прочитают. Поэтому в нашей компании мы в каждом конкретном случае выбираем подходящую форму для регламента и отказались от идеи утверждения в отдельном локальном акте общих для всего холдинга терминов.

⁸ Янковая В.Ф. Локальные (внутренние) нормативные акты: виды документов, назначение, жизненный цикл // Делопроизводство. 2023. № 3. С. 14–20.

⁹ Например, приказ Минздрава России от 31 июля 2020 года № 785н «Об утверждении Требований к организации и проведению внутреннего контроля качества и безопасности медицинской деятельности» содержит указание на разработку медицинскими организациями «стандартной операционной процедуры».

Актуализация регламентов корпорации

Согласно п. 5.3.2 ГОСТа «Системы менеджмента качества» для управления документированной информацией организация должна предусматривать управление изменениями (например, управление версиями).

На практике в вопросе **управления версиями локального акта** проблем не возникает — здесь можно использовать метод, аналогичный внесению изменений в федеральные законы, а именно: регламент по основным процессам имеет основной номер (который был присвоен изначальной версии регламента), приказ о внесении изменений в регламент имеет свой номер, но в заголовке указывается фраза «изложить регламент с основным номером в редакции настоящего приказа» (или подобная формулировка). Преимущества данного подхода связаны с тем, что в локальных актах часто необходимо делать ссылки на другие регламенты. Если бы при внесении изменений основной номер регламента изменялся, то пришлось бы переутверждать все документы, в которых этот регламент упомянут. В ситуации же, когда указан основной номер регламента, достаточно в скобках указать «с учетом изменений», что существенно упростит актуализацию.

Сложнее обстоят дела с актуализацией локальных актов при изменении штатного расписания.

При переименовании или введении новых должностей актуализировать регламенты можно двумя способами:

1) издать один приказ, в котором в табличной форме указать исключаемые должности, акты, которые возлагают на эти должности определенные задачи или функции, и должности из нового штатного расписания, которые с даты изменения должны эти функции выполнять (если происходит только переименование должности, то целесообразно просто указать на применение всех изданных ранее локальных актов в отношении старой должности к новой должности);

2) вносить изменения в каждый акт, в котором упомянуты исключаемые должности.

С точки зрения трудозатрат проще первый вариант.

С точки зрения удобства внутренних клиентов — проще второй вариант, так как он позволяет им всегда ви-

деть актуальную редакцию регламента и не сверять ее с приказами о применении регламента в отношении новых должностей.

Поэтому мы применяем второй подход.

Для того чтобы упростить его реализацию, мы используем следующий прием: любой акт утверждается приказом, где в обязательном порядке перечисляются должности и пункты регламента, по которым на них возлагается новая функция или новое поручение. Это не только упрощает актуализацию локальных актов при внесении изменений в штатное расписание (не нужно перечитывать все акты, достаточно просмотреть должности на одном листе — в приказах об их утверждении), но и удобно для пользователя, так как при ознакомлении с новым актом он может увидеть, касается ли он прямо его должности или нет.

Также существует подход, когда в локальном акте указываются не должности, а роли, и в должностных инструкциях конкретных функций уже указывается, что конкретная должность должна выполнять определенную роль по регламенту. На мой взгляд, такой подход оправдан только в очень крупных корпорациях, когда одну и ту же функцию могут выполнять несколько десятков должностей: акт будет проще восприниматься, если вместо перечисления должностей будет указана одна роль. С точки зрения трудозатрат для актуализации актов подход с ролями, как мне думается, сложнее, поскольку требует не только контроля за актуализацией регламентов, но и контроля за своевременной актуализацией должностных инструкций. В итоге сотрудникам, участвующим в регламентируемом процессе, придется знакомиться и с регламентом, и с изменениями в должностную инструкцию, что не видится удобным для пользователей решением.

Регламентация в холдинговых структурах

Средний и крупный бизнес объединяется в холдинговые структуры, в рамках которых присутствует не один десяток юридических лиц. Возникает вопрос: как организовать процесс регламентации в холдинговой



структуре с учетом того, что по трудовому праву отношения с работником должен оформлять работодатель, а не юридическое лицо из его группы лиц?

Дублировать все акты в каждой из компаний группы не кажется оптимальным решением, тем более что для некоторых компаний это потребует изменение в названии должностей или процессов.

На практике распространена ситуация, когда в холдинге создана управляющая компания, в штат которой приняты почти все сотрудники, а в других дочерних обществах в штате никого нет, так как между обществами и управляющей компанией заключены договор управления и на различные бэк-офисные (поддерживающие) услуги.

В этом случае целесообразно издавать приказ от всех дочерних обществ холдинга (кроме управляющей компании) о присоединении к локальным актам управляющей компании, при условии ознакомления с этими документами работников дочернего общества.

Бывают более сложные ситуации, когда штат распределен между разными юридическими лицами группы и процессы у них полностью или частично различаются.

У нас именно такая ситуация, и мы выходим из нее, утверждая на уровне головной компании матрицу применения локальных актов дочерними компаниями, из которой сразу же видно, в каких компаниях можно присоединиться к актам головной компании (и мы присоединяемся способом, описанным выше), а в каком случае нужно разработать собственный регламент (тогда мы в приказе о присоединении к актам головной компании делаем исключение).

Выводы и рекомендации

Выходя на новое место работы или при смене непосредственного руководителя, я всегда спрашивала: какое главное ожидание от меня как от директора по правовым вопросам? И слышала в ответ — управление правовыми рисками компании.

Участие юристов в регламентации бизнес-процессов — это стратегическое управление рисками ком-

пании, а не операционное (по конкретным делам, поступившим в работу).

Руководители юридических функций должны понимать, что качественное юридическое и методологическое сопровождение процесса регламентации повысит эффективность управления знаниями и внутреннего взаимодействия, а также ускорит процессы и адаптацию новых сотрудников в компании.

При внедрении эффективных инструментов юридического дизайна в локальных актах регламентация будет восприниматься бизнесом не как инструмент бюрократии, а, скорее, как шпаргалка по лучшим практикам в работе. А при внедрении должной методологии работы с регламентами их актуализация не будет занимать много времени и усилий. ■

Regulation as a Product of Effective Legal Management

The article systematises the author's experience in legal support of work with local regulations. The author explains the value of this work for business and for the head of the legal function and why lawyers must necessarily participate in the coordination of regulations. The article also provides recommendations on legal design techniques that help simplify the understanding of regulations by users, as well as recommendations on the methodology for updating the regulatory framework and its cascading in a large holding company.

Keywords: local regulations, regulatory methodology, legal design

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Ekaterina V. Regeda

Deputy General Director for Legal Affairs of GALS-Development, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: ekaterina.regeda@gmail.com)

REFERENCES

Yankovaya, V.F. "Local (internal) normative acts: types of documents, purpose, life cycle" [*Lokal'nyye (vnutrenniye) normativnyye акты: vidy dokumentov, naznachenkiye, zhiznennyy tsikl*]. Records Management [*Deloproizvodstvo*]. 2023. No. 3. P. 14–20.



**АЛЕКСАНДР
ВЛАДИМИРОВИЧ
НИКИФОРОВ**

председатель
Президиума Московской
областной коллегии
адвокатов, кандидат
юридических наук,
доктор юридического
администрирования
(DLA)

СОВРЕМЕННЫЕ ТРЕНДЫ В УПРАВЛЕНИИ ТРАДИЦИОННОЙ КОЛЛЕГИЕЙ АДВОКАТОВ

Традиционные коллегии адвокатов создавались по территориальному признаку начиная с 1922 года и за прошедшие более чем 100 лет накопили значительный опыт работы в различных социально-экономических условиях. Предложенная законодателем система управления ими не претерпевала значимых изменений и в настоящее время стала системой управления региональными адвокатскими палатами. Автор предлагает использовать стратегию «голубого океана» для традиционных коллегий адвокатов, изменить порядок формирования коллегиального исполнительного органа, частично децентрализовать управление, преодолеть негативные последствия влияния иерархической системы и перейти к модели уплощенной иерархии с элементами плоских команд.

Ключевые слова: традиционная коллегия адвокатов, уплощенная иерархия, «дома функций», президиум компетенций, стратегия «голубого океана»

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-54-61

В качестве традиционных выступают создаваемые с 1922 года по территориальному признаку коллегии адвокатов, отличительными чертами которых являются выборность коллегиального исполнительного и единоличного исполнительного органов, независимость от смены учредителей, сочетание централизованной и децентрализованной организационной структуры. Традиционная коллегия адвокатов представляет собой иерархическую систему. Здесь система — это комбинация взаимодействующих элементов, организованных для достижения одной или нескольких целей¹, важной частью которой является организационная структура.

¹ ГОСТ Р 57193-2016. Системная и программная инженерия. Процессы жизненного цикла.

Организационная структура любого предприятия предполагает наличие относительно самостоятельных подразделений, которые вправе принимать решения и образуют определенную иерархию. Существуют различные дефиниции организационной структуры. Например, В.В. Кондратьев определяет структуру предприятия как логическое взаимоотношение уровней управления и функциональных областей, позволяющее наиболее эффективно достигать целей организаций². По мнению А.И. Лёвиной, организационная структура — стабильный набор структурно и иерархически взаимосвязанных организационных единиц для координации человеческих ресурсов компании³. Несмотря на различия в данных определениях, их объединяют указание на наличие отдельных подразделений и обязательность взаимосвязи между ними, что, по нашему мнению, позволяет определить степень влияния каждого элемента на решения, принимаемые внутри организации.

Элементами традиционной⁴ коллегии адвокатов выступают: общее собрание адвокатов, на котором члены коллегии выбирают коллегиальный и единоличный исполнительный орган (президиум и председателя коллегии), а также орган внутреннего аудита (ревизионную комиссию). Руководителей филиалов коллегии назначает президиум с учетом мнения коллектива адвокатов. Рассматриваемый подход к формированию обязательных элементов организационной структуры адвокатского образования закрепляется в учредительных документах.

Организационная структура традиционной коллегии адвокатов становится организационной структурой адвокатских палат. Остается иерархическая система,

² Кондратьев В.В. Проектируем корпоративную архитектуру. М., 2007. С. 86.

³ Лёвина А.И. Теория и методология интеграции операционных, информационный и управленческих технологий в модели архитектуры предприятия: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2020. С. 114.

⁴ Минюст СССР письмом от 26 июля 1990 года № К-7-467 разрешил министерствам юстиции союзных республик, в порядке эксперимента, создавать в дополнение к действующим (традиционным) коллегиям адвокатов альтернативные (параллельные) коллегии адвокатов (см.: *Поспелов О.В.* Формы адвокатских образований. М., 2008. С. 71). Параллельные коллегии адвокатов не создавали выборных органов управления, достаточно часто руководство осуществлялось единолично учредителями без проведения общих собраний и учета мнений адвокатов.

где в качестве президиума выступает совет адвокатской палаты, председателя президиума — президент палаты, а юридических консультаций — адвокатские образования.

Обращает на себя внимание тот факт, что впервые с 1922 года законодательство об адвокатской деятельности не регламентирует организационную структуру коллегий, сообщая в п. 18 ст. 22 Закона об адвокатской деятельности⁵, что к отношениям, возникающим в связи с учреждением, деятельностью и ликвидацией коллегий адвокатов, применяются правила, предусмотренные для ассоциаций (союзов). Таким образом, законодатель отказался от регулирования вопросов учреждения и деятельности коллегий адвокатов профильным законом, переложив его на Закон о некоммерческих организациях⁶ и Гражданский кодекс (ГК) РФ.

Ассоциация (союз) имеет определенное сходство с коллегией адвокатов, поскольку может являться некоммерческой организацией, основанной на членстве и объединении входящих в ее состав лиц по профессиональному признаку. Структуры органов управления данных юридических лиц также имеют общие черты (см. табл.).

Сравнительная характеристика органов управления ассоциаций (союзов) и традиционных коллегий адвокатов

Структура органов управления	Ассоциация (союз)	Традиционная коллегия адвокатов
Высший	Съезд, конференция или иной коллегиальный орган, определяемый уставом	Общее собрание
Исполнительный	Единоличный (один или несколько) или коллегиальный	Коллегиальный
Финансового контроля	Ревизионная комиссия	Ревизионная комиссия
Исполнительного контроля	Наблюдательный совет	Отсутствует

⁵ Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

⁶ Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях».

После принятия Закона об адвокатской деятельности организационная структура традиционных коллегий адвокатов достаточно часто стихийно изменялась, новая структура создавалась исходя только из текущей деятельности. В итоге коллегии, выбравшие филиал в качестве единственно возможного вида обособленного подразделения, оказались в более уязвимом положении по сравнению с теми, в составе которых юридические консультации получили статус обособленных подразделений.

Закон об адвокатской деятельности ускорил процесс децентрализации управления в традиционной коллегии адвокатов. По нашему мнению, об этом свидетельствуют два факта. Во-первых, увеличивается финансовая самостоятельность филиалов: достаточно часто филиалы выделяются на самостоятельный баланс, имеют собственные рублевые и валютные счета⁷. Во-вторых, расширяется управленческий функционал руководителей среднего звена — заведующих филиалами, поскольку сюда добавляется контроль за своевременной сдачей финансовой и статистической отчетности.

Однако децентрализация не могла носить постоянный характер. Некоторые решения должны были оставаться централизованными. Ш. Сандермоен относит к таковым финансовые и кадровые, поскольку «и человеческие, и финансовые ресурсы входят в систему коллективных интересов корпорации»⁸. Представляется, что сюда также относятся любые решения, касающиеся стратегии, миссии, ценностей и задач коллегии.

Распределение полномочий в цепочке «президиум — заведующие филиалами — адвокаты» достаточно четко определяет характерное для иерархических систем право вмешательства в деятельность нижестоящих звеньев, когда «на деятельность подсистемы любого уровня непосредственное и явно выраженное воздействие оказывают вышерасположенные уровни, чаще всего ближайший старший уровень. Это воздействие носит для нижележащих

обязывающий характер и в нем находит свое отражение приоритет действий и целей более высоких уровней»⁹.

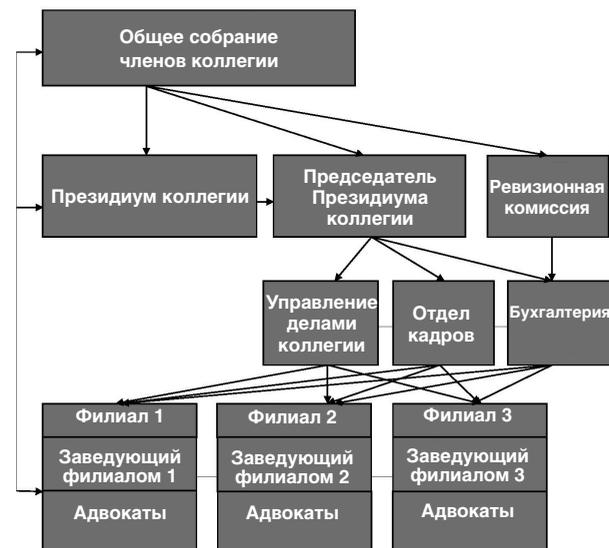


Рис. 1. Организационная структура традиционной коллегии адвокатов

В настоящее время изменение устройства коллегий проявляется в усилении роли подразделений, наличие которых ранее не рассматривалось как часть структуры. Элементы структуры формируются вокруг сервисных направлений: бухгалтерии, кадрового обеспечения и управления делами коллегии. Повышение их роли и выделение в качестве самостоятельных элементов системы связаны с реализацией государством контролирующих функций в различных областях хозяйственной деятельности. При этом постоянно возникают новые, неизвестные ранее виды контроля. Например — контроль за обработкой и хранением персональных данных членов коллегии.

Организационная структура традиционной коллегии адвокатов (рис. 1) позволяет утверждать, что все ее элементы связаны между собой. Вместе с тем эта связь не везде одинакова. Например, председатель президиума не может отдавать обязательные указания ревизионной комиссии, но результаты проводимого финансового контроля

⁷ См.: Положение о филиале Московской областной коллегии адвокатов (утв. Общим собранием членов МОКА 04.04.2003). URL: <https://nomoka.ru/docs/положение/%20o%20филиале%20216pdf> (дата обращения: 28.05.2024).

⁸ Сандермоен Ш. Организационная структура. Реализация стратегии на практике. М., 2020. С. 93.

⁹ Месарович М., Мако Д., Такахара И. Теория иерархических многоуровневых систем. М., 1973. С. 55.



деятельности филиалов обсуждаются на президиуме коллегии, что позволяет установить и исправить типовые ошибки.

Из представленной на рис. 1 организационной структуры возможно установить некоторые признаки, которые, согласно классификации Г. Минцберга, позволили бы рассматривать такую структуру как свойственную диверсифицированной (децентрализованной) организации¹⁰:

— коллегия адвокатов является организацией, объединяющей ее членов по профессиональному признаку, т.е. стремится оставаться закрытой системой;

— филиалы коллегии действуют независимо друг от друга, руководство осуществляется президиумом коллегии;

— объединяющим фактором для юридических консультаций является адвокатская деятельность членов коллегии.

Традиционная коллегия адвокатов, будучи организацией, сформированной по профессиональному признаку, может быть определена как многоуровневая система. В пользу такого вывода свидетельствует прежде всего то обстоятельство, что элемент верхнего уровня обуславливает деятельность элементов нижнего уровня, но не управляет ею. В частности, исполнительный орган может принимать организационные решения, касающиеся деятельности филиалов коллегии, но не затрагивающие собственно адвокатскую деятельность. В свою очередь, элементы среднего уровня могут принимать решения, которые могут быть, но не обязательно будут решениями верхнего уровня. Как указывают исследователи, такая свобода действий — отличительная черта любой социальной многоуровневой системы¹¹.

Как было отмечено выше, образование традиционных коллегий адвокатов началось в 1922 году на основе территориального признака — одна коллегия в одной административно-территориальной единице страны. Поэтому длительное время они

действовали в условиях достаточно стабильной социально-экономической среды. Следует учитывать, что в 1930-е годы исследования проблем общей теории управления были фактически прекращены, поскольку завершилось формирование административно-командной системы управления¹². Данная система не предполагает иной организационной формы, кроме бюрократической. 19 ноября 1986 года принимается Закон СССР «Об индивидуальной трудовой деятельности», а 26 мая 1988 года — Закон № 8998-XI «О кооперации в СССР». Появляются первые альтернативные («параллельные») коллегии адвокатов.

Недостатком традиционных коллегий адвокатов явился тот факт, что, несмотря на изменения социально-экономического строя, подавляющее большинство из них еще длительное время оставались бюрократическими организациями, сформированными по профессиональному признаку, с постоянством руководящих должностей и четкой иерархией функциональных полномочий руководителей.

В традиционных коллегиях преобладало реактивное управление¹³, которое сводилось к несвоевременным реакциям исполнительного органа коллегии на изменения внешней и внутренней среды. Принимались ежеквартальные планы работы, предусматривающие задачи, аналогичные тем, которые ставились на всем протяжении деятельности коллегий: проверка качества работы молодых адвокатов, ревизия финансово-хозяйственной деятельности юридических консультаций, проверка условий и организации работы в юридических консультациях. Само по себе планирование не может рассматриваться как недостаток, но альтернативные варианты управления не прорабатывались.

М.В. Масловский отмечает, что основоположник теории рациональной бюрократии М. Вебер считал такую одну из типов идеальной рациональной

¹⁰ Минцберг Г. Менеджмент: природа и структура организаций. М., 2021. С. 407.

¹¹ См.: Месарович М., Мако Д., Такахара И. Указ. соч. С. 69.

¹² Маршев В.И. История управленческой мысли: учеб. М., 2021. С. 707.

¹³ См.: Гольдберг М.А. «Реактивное управление» — «Проактивное управление». URL: <https://vsetreningi.ru/news/4805/> (дата обращения: 28.05.2024).

организации, характеризующейся эффективностью административных действий, которая достигается за счет специализации квалифицированного управленческого аппарата и формального разделения обязанностей, иерархичной системы контроля и подчинения должностных лиц, безличных отношений, основанных на зафиксированных законах и правилах, которые определяют принятие решений путем отделения административных функций от средств управления¹⁴. М. Крозье указывает на кризис системы по принятию решений, поскольку в бюрократической организации ненадлежащим образом функционирует процесс обратной связи и ошибки не могут быть приняты во внимание для исправления самой системы¹⁵.

Применение бюрократической модели управления в отношении традиционной коллегии адвокатов имеет совершенно очевидные недостатки. При механистической модели управления увеличение количества структурных подразделений неизбежно влечет дублирование управленческих функций, намеренное размытие границ зон ответственности. Однако сохранение бюрократического типа управления предполагает и положительные моменты. Так, сохраняются нравственные традиции, выработанные поколениями адвокатов, постоянно действует школа профессиональной подготовки кадров, процессы бухгалтерского и кадрового обеспечения деятельности соответствуют всем требованиям законодательства.

Важным является изменение политики формирования коллегиального исполнительного органа традиционной коллегии адвокатов. Ранее, как правило, он формировался из числа адвокатов с продолжительным стажем деятельности, пользующихся определенным авторитетом среди своих коллег. Представляется, что в настоящее время такой подход неприменим.

Хороший адвокат может быть весьма посредственным руководителем, что, безусловно, не исключает и обратной ситуации. Необходимо формирование президиума, который определялся бы как президиум компетенций, где за каждым его членом был бы закреплен определенный участок работы. Например, это могут быть несколько филиалов или определенная цель деятельности коллегии.

Такой подход позволяет решить несколько задач. Согласно Закону иерархических компенсаций (Закон Седова)¹⁶ рост разнообразия на верхнем уровне иерархической организации обеспечивается ограничением разнообразия на предыдущих уровнях, и наоборот — рост разнообразия на нижнем уровне разрушает верхний уровень организации. В случае даже частичной децентрализации управления организацией повышается уровень компетенции среднего звена (заведующих филиалами), но при этом деградирует исполнительный орган коллегии. Если этот процесс не привести в равновесие, то со временем президиум теряет возможность понимать процессы, протекающие в коллегии, его значение стремительно снижается, что в итоге может привести к прекращению деятельности коллегии. Поэтому необходимо достаточно четкое распределение полномочий, одновременно направленное на сохранение компетентного среднего звена управления.

Иерархическая структура коллегии адвокатов может оказать негативное влияние на скорость принятия решений за счет высокой степени бюрократизации, нивелировав оперативность до уровня «ритуального менеджмента»¹⁷, когда на первый план выдвигается процедура принятия решений. Поэтому для формирования стратегии столь необходим переход к уплотненной иерархии с элементами плоской организации (рис. 2).

Уплотненная иерархия с элементами плоской организации способствует увеличению количества каналов

¹⁴ Масловский М.В. Теория бюрократии Макса Вебера и современная политическая социология: монография. URL: <https://knigogid.ru/books/1798595-teoriya-byurokratii-maksa-vebera-i-sovremennaya-politicheskaya-sociologiya-monografiya/toread#:~:text=M.%20B.%20Масловский%20Теория%20бюрократии,социологической%20науки%20-%20социологии%20организаций> (дата обращения: 28.05.2024).

¹⁵ Crozier M. The Bureaucratic Phenomenon. Routledge, 2017.

¹⁶ См.: Назаретян А.П. Цивилизационные кризисы в контексте Универсальной истории (Синергетика, психология, футурология). М., 2001. С. 62.

¹⁷ Демьяненко В., Вахин А., Елиферов В. и др. Особенности управления изменениями в России. Издательские решения, 2016. С. 26. URL: <https://click.ru/3AurpF> (дата обращения: 28.05.2024).

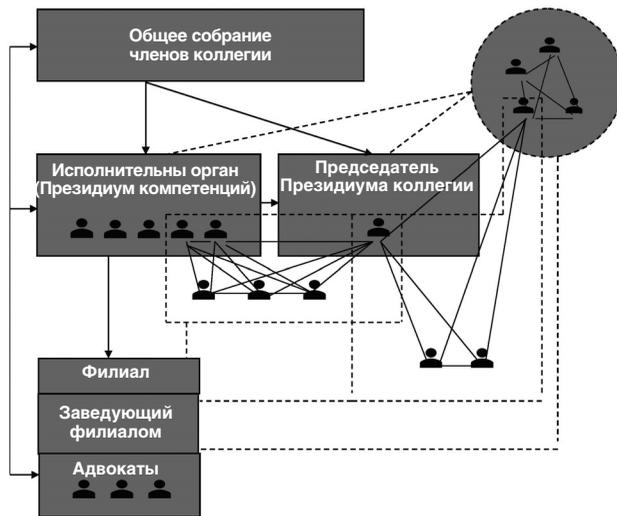


Рис. 2. Соотношение обязательных элементов организационной структуры традиционной коллегии адвокатов (обычная иерархия) и уплощенной иерархии с элементами плоской организации

обмена информацией и формированию команды для разработки инновационных решений в различных областях деятельности; помогает сделать организацию более адаптивной к изменениям. При этом организационная структура коллегии адвокатов не претерпевает изменений, а ее отдельные элементы вполне совместимы с предлагаемой иерархической системой.

«Плоские команды»¹⁸ показаны на рис. 2 пунктирными линиями. В состав каждой из них могут входить не только члены исполнительного органа коллегии адвокатов, но и адвокаты одного или нескольких филиалов, что увеличивает их вовлеченность в принятие текущих оперативных решений. Команда может работать как изолированно, так и совместно с другими командами; внутри всех команд линейное подчинение замещается профессиональным. Использование уплощенной иерархии с элементами плоской организации позволяет сместить акцент с должности на роль каждого члена определенной команды. При этом намеренно

не создаются так называемые практики по различным областям права, поскольку система практик носит более жесткий характер и заставляет ожидать решения руководителя практики, что негативно сказывается на возможности творческого подхода к решению поставленных задач.

Образование команд оказывает положительное влияние на скорость обмена информацией между филиалами. В современных условиях это приобретает существенное значение, поскольку изолированность обособленных подразделений не позволяет обмениваться мнениями относительно практических решений, касающихся вопросов адвокатской деятельности.

Каждый адвокат, входящий в состав команды, остается адвокатом коллегии и, соответственно, осуществляет адвокатскую деятельность. В команду могут входить не только адвокаты, но и, например, работники бухгалтерии или кадровой службы коллегии. Тем самым создаются «дома функций»¹⁹, когда отдельный специалист команды после разрешения задачи возвращается к своим текущим обязанностям (деятельности) и сохраняет свою связь с организацией. Кроме того, здесь не нужно создавать обособленные подразделения и есть возможность решать задачи, которые требуют внимания специалистов различных областей, и, соответственно, централизовать задачу в рамках одной команды.

По нашему мнению, создание рассматриваемой иерархии является одной из стратегий развития традиционной коллегии адвокатов.

В качестве недостатка здесь можно назвать неизменность организационной структуры. Итоговые решения принимаются коллегиальным исполнительным органом адвокатского образования. На наш взгляд, преодолеть этот недостаток можно, сформировав исполнительный орган в соответствии с компетенциями, создавая «президиум компетенций».

Необходимо учитывать, что создание уплощенной иерархии с элементами плоской организации не мо-

¹⁸ См.: Четыре типа инновационных организационных структур // Дайджест «Современные тенденции развития организационного дизайна и современные типы организационных структур». BITOBE consulting group. С. 17. URL: <https://expertise.bitobe.ru/materials/bitobe-tendencii-razvitiya-organizacionnogo-dizajna.pdf> (дата обращения: 28.05.2024).

¹⁹ См.: Инновации в оргдизайне. Консалтинговая группа «Текарт», 2020. С. 41. URL: https://techart.ru/download/insights/0007/3902/add_files/organizational-design-innovations-techart-1606744842.pdf (дата обращения: 28.05.2024).

жет преследовать цель полной замены организационной структуры коллегии адвокатов. Традиционные финансово-хозяйственные процессы, происходящие в бухгалтерском учете, ревизионном контроле, кадровом обеспечении, требуют бюрократического подхода. Однако образование команд позволяет получить оценку существующих стандартов данной деятельности, внести необходимые изменения, а как итог — обеспечить согласованность и взаимодополняемость между существующими бизнес-процессами и инновациями.

Высокая степень индивидуализации традиционных коллегий адвокатов не позволяет серьезно утверждать, что они должны быть похожи на иные адвокатские образования. Вопрос превосходства разрешается сам собой, если поставить во главу угла долю рынка. Проведенный нами опрос адвокатов позволяет сказать, что коллегия адвокатов может оказывать дополнительные услуги, например по медиации, информированию об адвокатах, предоставлению доступа к экспертным знаниям посредством неформального общения адвокатов. При этом демографический состав адвокатуры не является определяющим фактором, влияющим на позиционирование коллегии адвокатов как гибкого адвокатского образования, способного разрабатывать и внедрять инновации.

Представляется, что для определения доли рынка можно ориентироваться на стратегию «голубого океана»: замечая противостояние на существующих рынках с высокой степенью конкурентности и низкой степенью доходности (так называемые алые океаны) формированием «голубого океана» — уникальной ниши, практически свободной от конкуренции²⁰.

На практике традиционная коллегия адвокатов способна создать уникальное предложение, учитывая то, что ее клиентами могут быть в том числе и адвокаты, которые членами коллегии не являются.

Например, коллегия может вести бухгалтерский учет для другого адвокатского образования, что снизит

финансовые издержки последнего; или организовать повышение квалификации для адвокатов с последующей сертификацией для зачета часов повышения квалификации; или предоставлять клиентов. Данный подход — оказание со стороны коллегии адвокату определенной услуги, которая непосредственно для адвокатской деятельности является сопутствующей, но ее отсутствие затрудняет адвокатскую деятельность (например, отсутствие необходимых часов повышения квалификации может повлечь привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности), — позволяет выделить новый сегмент рынка, который с определенной долей условности можно обозначить как *B2L* — *business-to-lawyers*, или «бизнес для адвокатов»,

Полагаем, что организация деятельности адвокатских образований по принципам «голубого океана» *B2L* позволяет посредством отдельных стратегических сценариев развивать существующие направления (*B2B*, *B2C*) и является адаптивной и инновационной стратегией. Кроме того, *B2L* способствует развитию концептуального партнерства с другими адвокатскими образованиями, а также позволяет предлагать дополнительные услуги, такие как альтернативное разрешение споров, справочная информация по адвокатам и пр.

Стратегия *B2L* позволяет оптимально распределить ресурсы коллегии адвокатов и оценить обоснованность совершаемых в рамках ее исполнения действий. Представляется, что в адвокатском образовании она обеспечит согласованность руководства между деятельностью команд и исполнительным органом традиционной коллегии адвокатов, а также поддержит необходимость сохранения общего собрания адвокатов как высшего руководящего органа адвокатского образования.

Для традиционной коллегии адвокатов суть стратегии *B2L* можно выразить фразой «всегда внимание к адвокату, приоритет фактическому росту перед формальной отчетностью».

Кроме того, использование данного принципа позволяет уйти от копирования стратегий других адвокатских образований и нивелировать ситуации, когда каждый новый выборный руководитель адвокатского образования меняет стратегию развития по собствен-

²⁰ Моборн Р., Чан Ким В. Стратегия голубого океана. Как найти или создать рынок, свободный от других игроков. М., 2017. С. 12.



ному усмотрению. Наконец, приоритет фактического роста перед формальной отчетностью позволяет создавать индивидуальные предложения для членов коллегии, активно давать обратную связь для адаптации предлагаемых услуг, оперативно реагировать на изменяющиеся требования законодательства. Использование стратегии *B2L* формирует новый юридический ландшафт в интересах как членов коллегии, так и адвокатского сообщества в целом.

Поскольку стратегия «голубого океана» базируется в том числе на доступности ее восприятия, ее свойствами являются простота и конкретность. Д. Коттер писал: «...всякий раз, когда вы не в состоянии за пять минут описать концепцию, которая определяет и направляет конкретные программы модернизации, и не обнаруживаете у слушателя понимания и интереса, — знайте, что вас ждут крупные неприятности»²¹. Сказанное не означает, что каждый адвокат коллегии должен знать операционные процессы, происходящие, например, в кадровой службе. Однако его задачей является понимание положительного эффекта от членства в коллегии. ■

Modern Trends in Managing a Traditional Bar Association

The creation of traditional bar associations began in 1922 on a territorial basis and for more than 100 years of history, they have accumulated considerable experience of work in different socio-economic conditions. The management system proposed by the legislator for these bar associations has not undergone any significant changes and has now become the management system of regional bar associations. The author proposes a 'blue ocean' strategy for traditional bar associations, changes in the order of formation of the collegial executive body, partial decentralisation of management, overcoming the negative consequences of the influence of the hierarchical system, transition to a flattened hierarchy with elements of flat commands.

Keywords: traditional bar association, flattened hierarchy, 'function houses', presidium of competencies, blue ocean strategy

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Alexander V. Nikiforov

Chairman of the Presidium of the Moscow Regional Bar Association, Candidate of Juridical Sciences, DLA (e-mail: 2058@apmo.ru)

REFERENCES

- Crozier, M. *The Bureaucratic Phenomenon*. Routledge, 2017.
- Current trends in organisational design and modern types of organisational structures: A Digest BITOBE consulting group, available at: <https://expertise.bitobe.ru/materials/bitobe-tendencii-razvitiya-organizacionnogo-dizajna.pdf> (accessed 28 May 2024).
- Dem'yanenko, V., Vakhin, A., Eliforov, V. et al. Peculiarities of change management in Russia [*Osobennosti upravleniya izmeneniyami v Rossii*]. Izdatel'skiye resheniya, 2016, available at: <https://clck.ru/3AurpF> (accessed 28 May 2024).
- HBR's 10 Must Reads on Strategy [*Harvard Business Review (HBR). Strategiya*]. Moscow, 2016, available at: <https://alpinabook.ru/catalog/book-strategiya> (accessed 28 May 2024).
- Kondrat'yev, V.V. [*Proyektiruyem korporativnyuyu arkhitekturu. Metodika i praktika strukturirovaniya biznes-deyatelnosti*]. Moscow, 2007. 504 p.
- Kotter, J. *Leading Change: An Action Plan from the World's Foremost Expert on Business Leadership [Vpered i peremen: Kak uspešno provesti organizatsionnyye preobrazovaniya]*. Moscow, 2019. 288 p.
- Lyovina, A.I. *Theory and methodology for integrating operational, information and management technologies into enterprise architecture models: A Doctor of Economic Sciences Thesis [Teoriya i metodologiya integratsii operatsionnykh, informatsionnykh i upravlencheskikh tekhnologiy v modeli arkhitektury predpriyatiya: dis. na soiskaniye uchenoy stepeni d-ra ekon. nauk]*. Saint Petersburg, 2020. 353 p.
- Mauborgne, R. and Chan Kim, W. *Blue Ocean Strategy [Strategiya golubogo okeana. Kak nayti ili sozdat' rynek, svobodnyy ot drugikh igrokov]*. Moscow, 2016. 336 p.
- Mesarović, M., Mako, D. and Takahara, Y. *Theory of Hierarchical Multilevel Systems [Teoriya iyerarkhicheskikh mnogourovnevnykh sistem]*. Moscow, 1973. 344 p.
- Mintzberg, H. *The Structuring of Organizations [Menedzhment: Priroda i struktura organizatsiy]*. Moscow, 2021. 626 p.
- Nazaretyan, A.P. *Civilisational Crises in the Context of Universal History: Synergetics, Psychology and Futurology [Tsivilizatsionnyye krizisy v kontekste Universal'noy istorii (Sinergitika, psikhologiya, futurologiya)]*. Moscow; Saratov, 2001.
- Sandermoen, Kj. *Organisational Structure: Making strategy happen [Organizatsionnaya struktura. Realizatsiya strategii na praktike]*. Moscow, 2020. 219 p.
- Techart Consulting Group. *Innovation in organisational design [Innovatsii v orgdizayne]*, available at: https://techart.ru/download/insights/0007/3902/add_files/organizational-design-innovations-techart-1606744842.pdf (accessed 28 May 2024).

²¹ Коттер Д. Впереди перемен: Как успешно провести организационные преобразования. М., 2019. С. 8.



**АНДРЕЙ ОЛЕГОВИЧ
РЫБАЛОВ**

начальник Управления конституционных основ частного права Конституционного Суда РФ, доцент юридического факультета СПбГУ, кандидат юридических наук

ПЕТР ВЕЛИКИЙ И РЕГИСТРАЦИЯ НЕДВИЖИМОСТИ: СПРАВЕДЛИВЫ ЛИ УПРЕКИ?

Согласно распространенной точке зрения в русском праве XVII века в результате принятия в 1649 году Соборного Уложения были строго разграничены совершение купчей как обязательственного договора и запись в книги Поместного приказа — лишь последняя приводила к переходу права собственности на землю. Петровские же преобразования вновь, как и прежде, связали переход права собственности с моментом совершения купчей; запись сохранила значение лишь для взимания пошлин. По мнению автора, обвинения против Петра I в подобном редуccionизме необоснованны. Внесение регистрационной записи в русском праве того периода не являлось способом переноса права.

Ключевые слова: купчая, Поместный приказ, вотчина, вотчинная записка

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-62-70

Если верить известному историческому анекдоту, в 1717 году Петр Великий спросил у приближенных, кто принес больше пользы Отечеству — он или его отец, царь Алексей Михайлович. Неистовый князь Яков Долгоруков, славный тем, что мог разодрать пред изумленным Сенатом царский указ, смело заявил Петру: в деле правосудия «отец твой больше тебя сделал».

Характеризуя правотворческую деятельность Петра, наша дореволюционная юридическая литература, в частности, ставила ему в вину разрушение сло-

жившейся в России начиная с середины XVI века системы регистрации недвижимости, «родного образца правильной вотчинной системы, хотя и перво-бытно-простой»¹. Подобное сожаление высказывал, например, М.К. Цеймерн: «По старинным нашим законам... имущество переходило в полную собственность приобретателя... со времени утверждения имени за приобретателем в особо учрежденном для вотчинных дел Поместном Приказе... <...> ...всякое приобретение, неоглашенное в книгах сего Приказа, считалось ничтожным в глазах сторонних лиц. <...> Вглядываясь в этот простой порядок, нельзя не сознаться, что предки наши обладали ипотечным порядком, в возможном по тогдашним способам совершенстве; оставалось потомству только применить более удобные формы новейшего времени, и, конечно, мы имели бы тогда ипотечную систему ни в чем не уступающую самым лучшим образцам германской ипотеки, которая, по справедливости, признается превосходнейшею»².

К.П. Победоносцев полагал, что с принятием Соборного Уложения 1649 года запись в книги Поместного приказа заняла главное место в системе приобретения и укрепления прав собственности: именно с ней связывался сам переход вещного права. «К сожалению, — продолжал он, — начало это, кажется, не было понято посреди той ломки старинных форм и учреждений, которая началась у нас при Петре. <...> Петр I обратил внимание на существовавший беспорядок в изложении и совершении актов и сделок. Желая уничтожить неопределенность и произвол в этом деле, он установил новые строгие формы совершения актов крепостным порядком... <...> ...но при этом вовсе упущено было из виду внутреннее значение вотчинной записки приобретения в поземельную книгу... <...> ...понятие об укреплении имущества за приобретателем перенесено было на момент совершения самой сделки, тогда как в прежнем порядке то и другое различалось»³.

Подробно о старой русской вотчинной системе писал И.А. Базанов. По его мнению, развитие старой русской регистрационной системы необходимо разделить на два этапа:

- 1) ранний, до принятия Соборного Уложения 1649 года; и
- 2) поздний, после 1649 года.

В ранний период переход права собственности к приобретателю осуществлялся совершением купчей крепости, т.е. распорядительного акта, влекшего не возникновение обязательств, как современный договор купли-продажи, а саму передачу права. В поздний же период, как утверждает И.А. Базанов, он происходил лишь в результате внесения соответствующей записи в вотчинные книги Поместного приказа. Процесс, по его мнению, проходил в три этапа. Купчая, совершенная «на площади», т.е. у площадного подьячего, тогдашнего аналога нотариуса⁴, порождала только обязательство перенести вотчинное право на приобретателя⁵. Переход же права собственности требовал совершения вещного договора о передаче права собственности на недвижимость и составления официального акта, совершаемого вотчинным установлением, а именно записью отчуждаемого имущества в вотчинные книги⁶. Петровские же преобразования, мол, привели к тому, что переход права собственности вновь, как и прежде, стал связываться с моментом совершения купчей; вотчинная записка получила значение лишь для взимания пошлин⁷.

Так ли это?

(с 1699 г.), 2) «справки» акта, т.е. явки и записки его в приказе (поместном, земском) или у воеводы (в городах) и 3) «отказа», т.е. оглашения местными властями о переходе права. Моментом перехода вещного права считался момент справки... Петр I предписал совершать сделки крепостным порядком и приурочил переход права к моменту их совершения. Вследствие этого справка и отказ хотя не были формально отменены, но утратили прежнее значение и стали постепенно выходить из употребления» (Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. URL: https://civil.consultant.ru/elib/books/24/page_29.html; дата обращения: 16.05.2024).

⁴ См.: Рыбалов А.О. Пером и бердышом // Петербургский нотариус. 2022. Июнь. С. 8.

⁵ Базанов И.А. Указ соч. С. 11.

⁶ Там же. С. 27.

⁷ Там же. С. 62.

¹ Базанов И.А. Вотчинный режим в России. Его происхождение, современное состояние и проект реформы. Томск, 1910. С. 7.

² Цеймерн М.К. Мысли об устройстве ипотечного порядка в России. СПб., 1862.

³ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 1. М., 2003. С. 219. В том же ключе высказывается Е.В. Васьковский: «В течение XVI и XVII вв. совершение сделок на недвижимости состояло из трех элементов: а) совершения акта у площадных подьячих или у крепостных дел

На мой взгляд, обвинения Петра в разрушении отечественной регистрационной системы беспочвенны⁸. У нас нет веских оснований полагать, что во второй половине XVII века право собственности на землю переходило именно в момент внесения записи в книги Поместного приказа.

Казалось бы, ст. 34 главы XVII Уложения недвусмысленно закрепляла принцип внесения: «...кто вотчину свою... кому продаст, и деньги возьмет и купчую даст, а в Поместном приказе в книгах ту вотчину за купцом не запишет, да после того ту же свою вотчину иному кому продаст воровством, и деньги возьмет, и в Поместном приказе в книги ту вотчину за последним купцом запишет, и той вотчиной владеть тому, за кем та вотчина в Поместном приказе в книгах записана, а первому купцу тою вотчиною владеть не велеть, поскольку он, ту вотчину купив, в Поместном приказе за собою в книги не записал. <...> А если он, ту вотчину продав, за обоими купцами в книги не запишет, и ту вотчину отдать по купчей первому купцу, и в книги за ним записать, а последнему купцу велеть на нем доправить деньги»⁹.

Между тем толковать эту норму можно как минимум двумя способами. Во-первых, именно так, как предлагает И.А. Базанов: вотчина принадлежит второму покупателю, поскольку именно его право зарегистрировано («записано»). Во-вторых, иначе — как защиту добросовестного приобретателя. В этом случае собственником становится первый покупатель (его купчая составлена раньше), однако поскольку

⁸ По всей видимости, эта тенденция явилась частью «Петровской антилегенды», вошедшей в моду со второй половины XIX века в пику господствовавшей до того «Петровской легенде».

⁹ Интересно, что И.А. Базанов по поводу этой нормы пишет так: «Памятник [Соборное Уложение] даже выработывался при участии народных представителей и, что особенно интересно, знаменитая 34 статья 17 Главы Уложения, как установлено проф. Загоскиным, внесена в законодательный памятник под влиянием этих именно представителей» (Указ. соч. С. 5). Между тем Н.П. Загоскин называет ст. 34 среди тех норм, которые составлены «при участии выборных людей, но (насколько по крайней мере известно) без непосредственно инициативы их» (Загоскин Н.П. Уложение царя Алексея Михайловича и Земский Собор 1648–1649 года. Речь, произнесенная в торжественном годичном собрании Императорского Казанского Университета 5 ноября 1879 года. Казань, 1879. С. 55). «При участии» и «под влиянием» — это очень разные вещи.

второй полагался на запись, мы — по правилам о добросовестном приобретении от неуправомоченного отчуждателя — отдаем предпочтение именно ему. Последнее прочтение, кстати, куда более лестно для нашего права.

Думаю, можно провести такой мысленный эксперимент. Предположим, что совершена купчая, вещь передана, однако в вотчинные книги запись не внесена; кто будет считаться собственником? Сможет ли покупатель защищать свое право от третьих лиц, не ссылающихся ни на купчие, ни на запись? У меня не вызывает сомнений то, что собственником будет считаться покупатель; ст. 34 главы XVII Уложения «включалась» лишь при конкуренции двух покупателей.

Статья 34 главы XVII Уложения ничего не говорит об обязательности записи для совершения продажи, что очень важно с учетом казуистичности тогдашнего законодательства. Вот, например, как ст. 246 и 250 главы X устанавливают обязательность определенной формы купчей: «А мимо площадных подьячих и без послухов никому ни на кого крепостей не писать» (ст. 246); «А вотчинные и дворовые купчие, и закладные, и данные, и иные всякие крепости в больших делах всяких чинов людям велеть на Москве и в городах писать, и в послухах писаться на площади площадным подьячим, а в селах и деревнях и по подворьям таких крепостей... никому не писать» (ст. 250). Здесь обязательность формы совершенно очевидна: «писать вот так, а иначе не писать».

Если бы составители Соборного Уложения имели в виду необходимость записи для перехода права к покупателю, то они бы утвердили это требование со всей детальностью, свойственной юридическому языку тех времен.

Системное толкование норм главы XVII приводит к тому же выводу.

Например, ст. 31 той же главы говорит про возможность родового выкупа «купленных» вотчин: «Если... кто купленную свою вотчину кому продаст, или заложит, или отдаст кому безденежно, и крепость на ту вотчину даст... и детям его, и внучатам, и иным его роду впредь до той вотчины дела нет, и на выкуп им ту вотчину не отдавать (здесь и далее в цитатах курсив мой. — А.Р.)». Норма, отказывая потомкам в праве



выкупа отчужденной вотчины, как нетрудно заметить, ни словом не обмолвилась о необходимости записи — речь только про крепость, т.е. право собственности по-прежнему переходило в момент дачи крепости, поэтому здесь и говорится о *выкупе*.

Подтверждением этого может служить и ст. 39, в которой говорится о том, что если некто купит вотчину у изменника или приобретет вотчину как его просроченный залог, но не запишет в книги, то вотчина изымается в пользу государя, поскольку приобретатель ту вотчину за собой не записал. Вроде бы сказанное должно доказывать идею возникновения права с момента регистрации. Однако это скорее похоже на то самое исключение, которое подтверждает существование правила: «незапись» вотчины карается только в случае конфискации у изменника.

И.А. Базанов трактует в пользу своей точки зрения и законодательство царя Федора Алексеевича (указы 1676 и 1677 годов). Рассмотрим Новоуказные статьи о вотчинных и поместных делах от 24 мая 1676 года¹⁰ и Новоуказные статьи о поместьях и вотчинах от 10 августа 1677 года¹¹. Что там сказано? По сути, следующее: если помещику позволено свое поместье выкупить в вотчину (в собственность), но он, не заплатив в Поместный приказ деньги за вотчину, поместную землю, что ему разрешено выкупить, продал другому лицу, а приобретатель просит о записи приобретенного за ним в книги и пошлину заплатил, то такие вотчины надлежит записать за приобретателем в Поместном приказе. А если впредь кто-то попросит продать его поместье ему же в вотчину и та земля ему из Поместного приказа (еще) *не продана*, а он ее кому продаст, то такие земли отдавать тому, кто донесет.

По-моему, мы и здесь видим, скорее, защиту добросовестного приобретателя. Вряд ли помещик, который не заплатил за выкуп своего поместья в вотчину, был записан в книгах в качестве собственника. В таком случае — по И.А. Базанову — он не был собственником и не мог передать право собственности покупателю. Добавлю, что этот помещик, вероятнее всего, действительно не стал вотчинником, но лишь потому, что не заплатил выкупную стоимость поместья (на это указывает вторая часть цитируемого текста).

Однако норма защищает приобретателя, который вроде бы должен был знать об отсутствии записи за продавцом. Это более подтверждает мысль, что запись не только не была правопродолжающей, но не была и ультимативным *доказательством* существования права.

Именной с боярским приговором Указ от 11 июня 1677 года¹² отчасти повторяет решение 24 мая 1676 года. Однако он интересен контекстом. В докладе проблема рассматривается как раз в системе с той самой ст. 34 главы XVII Уложения о защите покупателя, который полагался на вотчинную запись. После ст. 34 приводится Указ от 24 мая 1676 года и ставится вопрос, который в мае 1676 года не был рассмотрен: наказывать ли тех, кто продал вотчину «не купив», и если эта вотчина отдается третьим лицам, донесшим о такой сделке, взыскивать ли покупателям с продавцов деньги без суда?

На вопрос Указ 1677 года отвечает так: если кто продал или заложил невыкупленную вотчину и такие вотчины по прежнему указу отданы доносчикам в поместье, покупателям таких вотчин деньги взыскивать с продавцов без суда, но их самих не наказывать, поскольку с них взыскиваются деньги. Но интересно здесь другое. Вопрос о продаже невыкупленной вотчины ставится в единстве со ст. 34 главы XVII Уложения, т.е. явно имеется в виду схожесть ситуаций. В чем эта схожесть? Нормы 1676 и 1677 годов очевидно исходят из того, что продажу совершает не собственник: там говорится о тех, кто «не купив в вотчину, продадут». И ст. 34 главы XVII Уложения имеет в виду то же самое — что право уже перешло по купчей к покупателю и неуправомоченный продавец совершает вторую сделку.

Кроме того, в положениях 1676 года предписывается записать вотчины за приобретателями, коль скоро они уплатили пошлины в Поместный приказ.

По всей видимости, это косвенно указывает на главную цель записи: не совершение перехода права собственности, а фискальный интерес.

Вот, например, указ царя Алексея Михайловича от 21 июня 1670 года о записке крепостей на купленное

¹⁰ ПСЗ. Собрание первое. № 644.

¹¹ Там же. № 700.

¹² Там же. № 695.

и просроченное закладное недвижимое имение в Поместном приказе в течение года. Читаем: «Докладывал Великому Государю Думный дьяк Герасим Дохтуров: всяких чинов люди владеют купленными и закладными **своими** вотчинами по купчим и по закладным, не записав в Поместном приказе за собою в записные вотчинные книги многие годы для того, чтоб им пошлин не платить, потому что многие купчие и закладные писаны в больших деньгах. И Великий Государь указал, и бояре приговорили: ...чтоб впредь по купчим и по закладным всяких чинов люди купленные и закладные свои вотчины в Поместном приказе записывали, и купчие и закладные к записке в Поместный приказ приносили с сего числа в год, до такого же числа. А если кто впредь купленных и закладных своих вотчин с сего числа о записке бить челом не станут, и купчих и закладных в Поместный приказ до году не принесут, и у тех людей указал Великий Государь те их купленные и закладные вотчины после года **отписывать** на себя, Великого Государя, и те их купчие и закладные впредь не в купчие»¹³.

И.А. Базанов считает этот указ подтверждением его точки зрения. Действительно, вроде бы предписание совершенно недвусмысленно: без записи (регистрации) купчие и закладные впредь не в купчие, т.е., как кажется, не имеют силы.

Между тем указ скорее доказывает обратное — право переходило и без записи, — поэтому в нем и сказано, что владеют неплательщики «**своими** вотчинами». Да и можно ли помыслить, что покупатели (и залогодержатели, к которым право собственности перешло вследствие просрочки должника) годами не записывают свое право, зная, что в силу этого они не стали собственниками? Мне такой поворот представляется совершенно невыносимым. Если же действительно «купчие не в купчие», то было бы справедливо вернуть вотчины прежним правообладателям. Между тем вотчины конфискуются («отписываются на Великого Государя»). За что же страдают «настоящие собственники»? К ним Алексей Михайлович вроде никаких претензий не имеет, его гнев направлен лишь против приобретателей. Им и грозит санкция. В чем она выражается? В том, что у них отнимут *принадлежащее им* имущество, — в Указе и говорится, что они «вла-

деют купленными и закладными своими вотчинами, не записав в Поместном приказе». Понятна и причина наказания: они «владеют... *своими* вотчинами... не записав в Поместном приказе за собою... чтобы пошлин не платить».

Появление этого указа, вероятнее, показывает: никто не считал, что право не перейдет без записи в книгах, потому и пытались порой ограничиться купчими.

Например, в 1670 году разрешается спор о принадлежности вотчины стоимостью ни много ни мало 5000 рублей — это гигантская сумма. Такими деньгами не рискуют. Каждая из сторон ссылаясь на свои купчие: одна и та же вотчина была продана разным покупателям разными продавцами. Ответчик выиграл суд, поскольку спорная вотчина в писцовых книгах была записана за продавцами ответчика, а не за продавцом истца. В ходе разбирательства никому и в голову не пришло поинтересоваться, почему вотчина не записана в книгах ни за истцами, ни за ответчиком. Записи лишь помогли суду проследить цепочку отчуждений — вплоть до выдачи купчей последними лицами, указанными в книгах, и этого оказалось достаточно¹⁴.

В пользу такого подхода свидетельствуют и Статьи о вотчинах 29 марта 1680 года. Ими, в частности, устанавливается записывать вотчины за приобретателями и в тех случаях, когда отчуждатель умер, не будучи допрошен в Поместном приказе насчет сделки, если при их жизни никто ее не оспаривал¹⁵. Это не подтверждает взгляд на запись как на «вещный договор» и основание перехода права собственности. Там же говорится о случаях, когда вотчинники (*sic!*) бьют челом о записи вотчины, но за отчуждателями эти вотчины в Поместном приказе не записаны и у отчуждателя нет крепостей, по которым они приобрели имущество; предписывается такие вотчины «без крепостей тех людей, за кем вотчины в писцовых книгах записаны», не записывать, поскольку владеют они теми вотчинами, «не взяв у прежних вотчинников крепостей»¹⁶.

¹³ ПСЗ. Собрание первое. № 475. См. также: Указ царя Федора Алексеевича от 24 октября 1676 года: Там же. № 666.

¹⁴ Архив гостей Панкратьевых XVII — начала XVIII в. Т. 2. М.; СПб., 2007. С. 117.

¹⁵ ПСЗ. Собрание первое. № 814.

¹⁶ Там же.



Как видим, при наличии крепостей у отчуждателей никаких проблем у приобретателей бы не возникло, несмотря на отсутствие записи за отчуждателями.

Поэтому, например, Троицкий Сергиев монастырь в те же самые годы просит царя выдать ему «жалованную грамоту, по которой им монастырской вотчиной владеть», поскольку прежние документы у монастыря сгорели: «и им де впредь той монастырской вотчиной владеть не по чему»¹⁷. Таким образом, подтверждение своих прав Троицкий Сергиев монастырь (в юридической грамотности стряпчих которого никаких сомнений быть не может) видит отнюдь не в писцовых книгах, а в грамоте, которая хранится в ларце.

Поэтому, несмотря на угрозы, приобретатели часто не торопятся с регистрацией. Например, лишь в 1718 году записывается купчая от 1671 года, при этом в самой купчей указывается, что «казак Хохлов продал свою вотчинную землю... что написана в писцовой книге за стрельцом Пятиковым», т.е. земля не была записана за самим продавцом¹⁸. Покупателем выступает монастырь, так что списать все на неграмотность приобретателя нельзя. Множество подобных «просроченных» крепостей можно найти, в частности, в том же псковском источнике. Примеры «просроченных» крепостей, хотя и очень немногочисленные, есть также в опубликованной Записной вотчинной книге¹⁹. Возможно, эта редкость связана с работой подьячих московской Ивановской площади (тогдашнего нотариата), которые составляли крепости и, по всей видимости, сразу готовили сторонам документы для подачи в находившийся тут же Поместный приказ (а может, и помогали в подаче документов)²⁰. Похоже, «на Москве» порядка было больше, чем «в регионах».

4 мая 1681 года Именным указом царя Федора Алексеевича «О нечинении помещикам в поместных и вотчинных делах ссор, драк, грабежа и убийства»²¹ землевладельцам было обещано общее описание земель для разрешения имущественных споров. Указ предписывает: «А кто писцам на поместные свои и вотчинные земли крепостей не положит, и учинятся споры, и те земли и всякие угодья разведены будут по тем крепостям, которые кто писцам положит».

Как видим, решающее значение по-прежнему имеют крепости, а не запись.

А в апреле 1684 года²², когда Уложение действовало уже 35 лет, в п. 8–9 Писцового наказа, данного царями Иваном и Петром писцам (т.е. чиновникам, высылаемым для описания земель), указывалось записывать вотчины в книги и за теми собственниками, которые предъявят писцам крепости на них, даже если по тем крепостям вотчины за ними не записаны в Поместном приказе. Собственникам при этом надлежало попенять на необходимость записки в Поместном приказе и уплату пошлин.

В Статьях о поместных и вотчинных делах от 28 января 1681 года, в частности, говорится о приобретаемых вотчин, более полувека назад пожалованных отчуждателям за заслуги в эпоху Смутного времени. Отмечается, что такие вотчины по купчим и по закладным и по жалованным грамотам надлежит записывать за последующими приобретателями, даже если они, не записав приобретенные вотчины за собой в книги, владели ими «многие годы». За это необходимо у них в Поместный приказ пошлыны взять вдвое²³.

То, что радение властей о записи было вызвано скорее публично-правовыми, и прежде всего фискальными, интересами, хорошо видно, например, из Статьи о вотчинах от 29 марта 1680 года (п. 6). Там указывается, что если покупатель или залогодержатель, вотчину за собой не записав, продаст ее или заложит, то пошлыны с купчей или закладной, по которой ему та вотчина принадлежала, платить ему, если только он не возложит уплату этих пошлын на тех, кто у него вотчину купит или возьмет в залог. А если тех (пер-

¹⁷ Там же. № 807.

¹⁸ Постников А.Б. Древлехранилище Псковского музея. Обзорение русских рукописных документов XVI–XVII вв. М., 2013. С. 244.

¹⁹ Записные вотчинные книги Поместного приказа 1626–1657 гг. М., 2010. См., напр.: № 29 на с. 852, № 3 на с. 855, № 17 на с. 896, № 36 на с. 908 и др.

²⁰ На это косвенно указывает то, что чаще встречается просрочка внесения просроченных закладных. В этом случае сторонам уже не было необходимости обращаться к подьячим (закладная ими уже была составлена ранее, и при оформлении самой закладной переход права не происходил), и потому допускалась просрочка.

²¹ ПСЗ. Собрание первое. № 866.

²² Там же. № 1074.

²³ Там же. № 860.

воначальных) покупателей и залогодержателей не стало, то пошлины надлежит взыскивать с последних покупателей или залогодержателей, а тем уже эти пошлины через суд истребовать с жен, детей и родственников неплательщиков пошлины, к которым перешло по наследству их движимое имущество, дворы, поместья и вотчины. Таким образом, долг по уплате пошлины «приклеивался» к вотчине и следовал за ней. Однако гораздо интереснее другое.

В соответствии с приведенной нормой вотчина переходила от одного приобретателя к другому и без записи; действительность как «незарегистрированного», так и последующего перехода права ни у кого, похоже, сомнения не вызвала. Беспокойство у власти вызывал только платеж пошлин. Кроме того, это несомненно демонстрирует: игнорирование записи было распространенным явлением, что было бы практически невероятным, если бы право собственности действительно переходило лишь при ее помощи.

Разумеется, помимо очевидного фискального интереса, запись преследовала и другую важнейшую цель — организацию государственной службы. Служить должны были и вотчинники, и помещики, и именно за счет земли они обеспечивали себя всем для этой службы необходимым. С данной точки зрения вроде бы удобнее связать запись в книге и переход права собственности с соответствующими повинностями: проще спрашивать с того, кто записан в книги. Однако нет смысла требовать службу от лица, которое только записано в книгах, но вотчиной уже не владеет, потому что передало ее покупателю, — тем более что задержка в записи могла быть значительной и вызванной объективными причинами. Разумнее потребовать ее от того, кто уже владеет вотчиной на основании купчей и имеет фактическую возможность исполнять обязанности. В этом вопросе, по-моему, правительство должно было руководствоваться сугубо деловыми соображениями, а не абстрактными идеями организации «правильной вотчинной системы». Эти соображения в большей степени требовали приведения вотчинных записей в соответствие с реальным положением дел, а не подчинения земельного оборота записям. Иными словами, нужно было понуждать покупателей, уже ставших собственниками, записываться в книги. Именно это мы, похоже, и наблюдаем.

Наверное, нужно принять во внимание еще одно обстоятельство. В мае 1626 года документы Поместного приказа были уничтожены пожаром. Соборное Уложение принято в 1649 году, т.е. сравнительно недолгое время спустя, когда воспоминания о пожаре были, безусловно, еще живы. Если право на землю возникает только в результате записи в книги, то и основным доказательством его существования будет запись в этих книгах. Но ведь совсем недавно все книги развеялись пеплом, и вообще Москва горит регулярно. В подобных условиях можно ли настолько доверять книгам? Такое решение было бы опрочечивым.

Наконец, присмотримся к пресловутому Указу Петра от 9 декабря 1699 года. В нем (принятом по конкретному поводу — подделана подпись на одной купчей)²⁴ говорится лишь, что впредь купчие и прочие крепости надлежит составлять не на площади (у тогдашних нотариусов), а в Поместном приказе, т.е. в самом вотчинном учреждении. Коль скоро купчая была актом переноса права собственности, то именно Указ Петра и поставил переход права собственности под контроль Поместного приказа, в котором этот акт составлялся. Потом уже этот акт записывался в книги. Указ предписывает записывать вотчины в книги в течение двух месяцев против прежнего года, что тоже сложно считать ослаблением вотчинного режима. Наконец, Указ, вопреки мнению И.А. Базанова²⁵, не объявляет незарегистрированные купчие ничтожными: на них запрещено ссылаться в случае спора, но не сказано, что они не дают права владеть имуществом. В условиях тогдашней казуистичности законодательства это было бы сказано непременно.

Вернемся к утверждению И.А. Базанова, что «в развитем праве Московского государства», т.е. после принятия Соборного Уложения 1649 года, купчая была не актом переноса прав, а основанием возникновения обязательства²⁶. Можно привести примеры, из которых очевидно, что и после 1649 года возникновение обязательства предшествует совершению купчей, а купчая как раз выступает способом его исполнения, т.е. переноса права. Вот, например, из практики 1675 года: «Я, вдова Марфа Севастьянова

²⁴ ПСЗ. Собрание первое. № 1732.

²⁵ Базанов И.А. Указ. соч. С. 11.

²⁶ Там же.



дочь, Тимофеевская жена Бесова... дала эту договорную запись на себя Ивану Данилову сыну Панкратьеву... в том, что... продала я, Марфа, ему, Ивану, пожню свою... И мне, Марфе, прийти... и написать подлинную купчую на ту пожню и отдать ему, Ивану Андрееву. А купчую написать, как водится. В том сию запись дала»²⁷. В 1674 году заключается договор: «Я, Григорий Максимов сын Клоков, дал на себя эту запись думному дьяку Лариону Ивановичу, в том, что великого государя жалование поместье за мною (следует описание поместья)... И о том поместье мне, Григорию, бить челом великому государю и купить из поместья себе в вотчину. А как великий государь меня пожалует, в вотчину мне укажет... и мне, Григорию, ту свою вотчину... продать думному дьяку Лариону Ивановичу и жене его и детям в вотчину и купчую дать, как ведется, и челобитную за рукою о справке в Поместном приказе за ним, думским дьяком за Ларионом Ивановичем, подать. А за ту землю деньги я взял по договору 50 рублей наперед все сполна. А если я, Григорий, о том, своем поместье бить челом великому государю о продаже из поместья в вотчину не стану, или великий государь пожалует то мое поместье мне в вотчину, и в поместном приказе за мною поместье в вотчину справят, а я ту вотчину... за взятые деньги не продам и купчей не дам, или челобитную о справке в Поместный приказ не подам, и стану той вотчиной сам владеть или кому иному продам, то думному дьяку Лариону Ивановичу... взять на мне по сей записи сто рублей. ...А запись писал Ивановской площади подьячий Зотка Секачев»²⁸. В приведенных примерах продавцы лишь обязуются перенести на покупателя право собственности — написать купчую.

²⁷ Архив гостей Панкратьевых XVII — начала XVIII в. Т. 2. С. 173. См. также: «Я, крестьянин Лаврентий Артемьев сын Суворов, продал Ивану Данилову сыну Панкратьеву... пашенную свою землю с санным покосом... А рядил я, Лаврентий, за ту землю 110 рублей. И по этой записи взял вперед задатку 40 рублей, а остальные деньги взять, как стану купчую писать, а подлинную купчую написать... на Рождество Христово и в вотчинные книги записать, как водится» (Там же. С. 214); «Я, крестьянин Семен Иванов сын Шаламов, дал эту договорную запись Ивану Данилову сыну Панкратьеву... в том, что... продал я ему пожни. ...А рядил я, Семен, за все пожни у него, Ивана, 120 рублей, вперед взял 73 рубля, а остальные деньги взять... как стану купчую писать. А подлинную купчую написать 20 декабря и отдать Ивану в съезжей избе в книги записать, чтобы те пожни Ивану Панкратьеву вечно стали крепки...» (Там же. С. 218).

²⁸ Шумаков С. Сотницы, грамоты и записи. Вып. 5. М., 1910. С. 46.

Таким образом, и значительно позднее принятия Соборного Уложения купчая не являлась способом установления обязательства, а привычно выступала способом переноса права собственности, т.е. той самой распорядительной сделкой.

В конечном счете запись служила прежде всего достижению публичных интересов. Однако, как писал К.П. Победоносцев, это не умаляет ее важность и для интересов частных: «Без сомнения, обряд справки и записки имел важное значение для казны государевой; но в этом обряде выражается, и помимо финансовой цели, разумное начало порядка и достоверности землевладения, выражается желание московского правительства иметь всегда в руках своих точные сведения о переходах недвижимой собственности и предупредить неизвестность о правах частных владельцев. Посредством справки и допроса тотчас могло быть приведено в известность, правильно ли совершился переход имения, утверждалось частное право владельца, устанавливалось окончательно отношение его к правительству в качестве собственника, владельца известной дачи, наконец, что весьма важно, предупреждалась возможность двойной продажи одного и того же имения в разные руки»²⁹.

Вероятнее всего, запись не переносила право собственности. Но может ли это как-то дискредитировать наше право XVII века? Ни в коем случае. Мы до сих пор спорим о том, какое значение имеет внесение записи в реестр недвижимости, — и это при прямом указании закона.

Поэтому не столь важно, какую роль в переносе права играют записи в регистрационной системе (справляемся же мы как-то сейчас!). Важно то, что у нас в XV–XVII веках была создана функционирующая система регистрации, позволявшая учитывать земельные владения и фиксировать их принадлежность.

Нужно отметить, что за рамками обсуждения остается принципиальный вопрос: можно ли вообще

²⁹ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 217.

экстраполировать на ту эпоху наши представления о переходе субъективного права? Общество XVII века, конечно, уже далеко ушло от архаичных представлений о том, что принадлежность вещи определялась владением, но еще не пришло к новой формальной определенности момента перехода права, ведь сама категория субъективного права только-только нарождалась. Это сейчас мы представляем субъективное право как нечто одномоментно передаваемое и привычно определяем этот момент при помощи какого-то внешнего признака — регистрации, передачи и т.д. Русский человек XVII века, с категорией субъективного права незнакомый, мог мыслить иначе. «Чья вотчина?» — вот вопрос, которым он мог задаваться. Переход этой принадлежности мог растянуться во времени и совершенно необязательно должен был мыслиться как обусловленный каким-то разовым действием — составлением купчей или записью в книгах. Это обстоятельство, безусловно, необходимо принимать в расчет, когда мы говорим о переходе права на том или ином основании в описываемую эпоху. □

Peter the Great and Property Registration: Are the Reproaches Fair?

According to a widespread point of view, in the Russian law of the XVII century after the adoption in 1649 of the *Soborny Ulozheniye*, there was a strict distinction between the execution of a bill of sale as a private dispositive act and an entry in the books of the *Pomestniy Prikaz* — only the latter led to the transfer of ownership of land. Due to Peter's reforms the transfer of ownership again, as before, was associated with the moment of the bill of sale; the record retained its significance only for the collection of duties. In the author's opinion, accusations against Peter the Great of such reductionism

are unfounded. Making a registration record in the Russian law of that period was not a way of transferring the right.

Keywords: *bill of sale, Pomestniy Prikaz, fiefdom, fief note*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Andrey O. Rybalov

Head of the Department of Constitutional Foundations of Private Law of the Constitutional Court of the Russian Federation, Associate Professor at the Faculty of Law of Saint Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences

REFERENCES

Bazanov, I.A. The estate (*votchinnyy*) regime in Russia. Its origin, current state and reform project [*Votchinnyy rezhim v Rossii. Ego proiskhozhdeniye, sovremennoye sostoyaniye i proyekt reformy*]. Tomsk, 1910.

Pobedonostsev, K.P. A Course on Civil Law [*Kurs grazhdanskogo prava*]. Vol. 1. Moscow, 2003.

Postnikov, A.B. Archives of the Pskov Museum. Review of Russian manuscript documents of XVI–XVII centuries [*Drevlekhranilishche Pskovskogo muzeya. Obozreniye russkikh rukopisnykh dokumentov XVI–XVII vv.*]. Moscow, 2013.

Rybalov, A.O. “With a quill and a dagger” [*Perom i berdyshom*]. Petersburg notary [*Peterburgskiy notarius*]. 2022. June.

Shumakov, S. Centuries, charters and records [*Sotnitsy, gramoty i zapisi*]. Iss. 5. Moscow, 1910.

Vaskovskiy, E.V. A Coursebook on Civil Law [*Uchebnik grazhdanskogo prava*], available at: <https://civil.consultant.ru/> (accessed 16 May 2024).

Zagoskin, N.P. The Statute of Tsar Alexei Mikhailovich and the Zemsky Sobor of 1648–1649. Speech delivered at the solemn annual meeting of the Imperial Kazan University on 5 November 1879 [*Ulozheniye tsarya Alekseye Mikhaylovicha i Zemskiy Sobor 1648–1649 goda. Rech'*, proiznesennaya v torzhestvennom godichnom sobranii Imperatorskogo Kazanskogo Universiteta 5 noyabrya 1879 goda]. Kazan, 1879.

Zeimern, M.K. Thoughts on the mortgage order in Russia [*Mysli ob ustroystve ipotechnogo poryadka v Rossii*]. Saint Petersburg, 1862.



**КОНСТАНТИН
АНАТОЛЬЕВИЧ
САСОВ**

адвокат, ведущий юрист
«Пепеляев Групп»,
кандидат юридических
наук

НАЛОГИ ПО ПОНЯТИЯМ

Неосновательное обогащение бюджета за счет имущества проверяемых налогоплательщиков — это следствие ложного понимания интересов государственной службы, реализуемого при помощи нормативно не определенных понятий, которые введены в оборот при помощи в том числе высших судов. Автор статьи предлагает законный способ решения этой проблемы.

Ключевые слова: налог, правовая природа налога, недобросовестность налогоплательщика, необоснованная налоговая выгода

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-71-77

По закону...

Конституционный Суд РФ уже давно определил правовую природу налога: это та часть имущества, которая в виде определенной денежной суммы подлежит взносу в казну. Его уплата и принудительное изъятие вытекают из конституционной публично-правовой обязанности налогоплательщика, который не вправе распоряжаться по своему усмотрению этой частью имущества¹; налоговый платеж — это основанная на законе денежная форма отчуждения собственности, поступающей в специальный бюджетный фонд с целью обеспечения расходов публичной власти, — отчуждения, осуществляемого на началах обязательности, безвозвратности, индивидуальной безвозмездности и обеспеченного государственным понуждением². Основные принципы налогообложения закреплены

¹ См.: Постановление КС РФ от 17.12.1996 № 20-П.

² См.: Постановление КС РФ от 11.11.1997 № 16-П.

в ст. 3 Налогового кодекса (НК) РФ: обязательная уплата только законно установленных налогов; всеобщность и равенство налогообложения, недискриминационность налогообложения, экономическая обоснованность и недопустимость произвольных налогов, нечрезмерность налоговой нагрузки.

Частная собственность налогоплательщика охраняется ст. 35 Конституции РФ, а обязанность уплачивать законно установленные налоги предусмотрена ст. 57 Конституции. Формула баланса между конституционными обязанностями налогоплательщика и правами налоговых органов также описана в решениях Конституционного Суда РФ:

— обязанность платить налоги должна среди прочего пониматься как обязанность платить налоги в размере не большем, чем это установлено законом³;

— наделение налогового органа полномочием действовать властно-обязывающим образом при бесспорном взыскании налоговых платежей правомерно в той степени, в какой такие действия, во-первых, остаются в рамках именно налоговых имущественных отношений, а во-вторых, не отменяют и не умаляют права и свободы человека и гражданина⁴.

Европейский суд по правам человека квалифицирует налоговую переплату как собственность налогоплательщика.

Так, в постановлении от 16 апреля 2002 года по жалобе № 36677/97 (§ 47 и 48) ЕСПЧ подчеркнул, что право налогоплательщика на возврат излишне уплаченного налога является имуществом в значении ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Поскольку согласно ст. 5 Протокола № 1 его нормы рассматриваются договаривающимися государствами как дополнительные статьи Конвенции, то нет юридических препятствий для признания дел о возврате излишне уплаченных налогов спорами о «гражданских правах и обязанностях» в значении п. 1 ст. 6 Конвенции. С точки зрения соблюдения требований Конвенции в целях обеспечения уплаты налогов и иных обязательных платежей

государство вправе принимать такие фискальные законы, какие оно сочтет желательными (абз. 2 ст. 1 Протокола № 1), при условии, что предпринимаемые им в этой сфере меры не переходят в область произвольной конфискации⁵.

Такой подход означает, что налоговое законодательство и практика его применения судом должны быть однозначными и предсказуемыми, не допускающими произвола государства.

Правила исчисления налогов, в том числе условия применения налоговых вычетов, исчерпывающе перечислены в НК РФ. Задача налогового контроля — сличить фактическое поведение налогоплательщика с нормативно определенным и по результатам рассчитать либо размер недоимки, либо размер налоговой переплаты.

С этим согласны и высшие судебные инстанции РФ. Так, Верховным Судом РФ указано, что в силу п. 4 ст. 89 НК РФ предметом выездной налоговой проверки является правильность исчисления и своевременность уплаты налогов. Следовательно, результатом проверки не может выступать доначисление недоимки, которая не должна была возникнуть у проверяемого лица при надлежащем соблюдении им требований законодательства о налогах и сборах⁶. При этом Верховный Суд напоминает, что вывод о налоговом правонарушителе должен быть достоверным, а не определяться по принципу «кого проверяют, тот и виноват»⁷.

Конституционный Суд РФ называет налоговую реконструкцию способом определения проверяющими действительного размера налогового обязательства налогоплательщика: «Если для целей налогообло-

⁵ См.: постановление ЕСПЧ от 06.11.2003 по делу «Рошка против России» (жалоба № 63343/00).

⁶ Определение ВС РФ от 19.01.2018 № 305-КГ17-14988 по делу № А41-17865/2016. См. также: Определения ВС РФ от 16.02.2018 № 302-КГ17-16602 по делу № А33-17038/2015, от 03.08.2018 № 305-КГ18-4557 по делу № А40-93786/2017.

⁷ В Определении ВС РФ от 29.11.2016 № 305-КГ16-10399 по делу № А40-71125/2015 провозглашено, что налоговый орган, как следует из п. 4 ст. 89 НК РФ, обязан в ходе выездной налоговой проверки доказывать причастность налогоплательщика-покупателя к негативному поведению своего контрагента и непричастность к данным действиям изготовителя товара.

³ См., напр.: Постановление КС РФ от 17.03.2009 № 5-П; Определение КС РФ от 18.07.2019 № 2171-О.

⁴ См.: Постановление КС РФ от 17.12.1996 № 20-П.



жения учтены операции не в соответствии с их действительным экономическим смыслом или операции, не обусловленные разумными экономическими и иными причинами (целями делового характера), это предполагает доначисление налогов так, как если бы налогоплательщик не злоупотреблял правом»⁸.

Несмотря на эти правовые ориентиры, налоговые органы зачастую видят свою задачу не в восстановлении налоговых потерь бюджета за счет виновного лица, а в выполнении плана собираемости налогов на подконтрольной территории любым способом.

По понятиям...

1. Понятие «недобросовестный налогоплательщик» позволяло налоговому органу взыскать налог дважды (в том числе — за себя и за контрагента).

В 2001 году Конституционный Суд РФ ввел презумпцию добросовестности налогоплательщика, обосновав ее действующими положениями Гражданского и Налогового кодексов (в частности, п. 7 ст. 3 НК РФ) и определив ее цель — исключить возложение на добросовестного налогоплательщика обязанностей, не предусмотренных законом⁹. Однако такая цель по методу «от противного» преобразилась в возможность возложить на недобросовестного налогоплательщика обязанности, не предусмотренные законом, например заплатить в бюджет налог повторно, или заплатить налог за контрагента, или заплатить налог в незаконном размере (без налоговых вычетов).

К сожалению, в судебной практике укоренился подход, согласно которому отсутствие в действиях налогоплательщика нарушений закона не означает автоматически его добросовестности¹⁰. Признаки недобросовестности обрели субъективно-оценочный характер. Например: отсутствие прибыли от деятельности общества, выполнение одним лицом функций руководителя, учредителя и главного бухгалтера

общества, отсутствие накладных расходов в декларации по указанному налогу, а также информации о перевозчике и хранении товара и т.д.¹¹

Как отмечал С.Г. Пепеляев, концепция недобросовестного налогоплательщика, примененная Конституционным Судом РФ исключительно в целях предотвращения уклонений от налогообложения с использованием проблемных банков, была подхвачена налоговыми органами и арбитражными судами и стала применяться чрезвычайно широко — для решения практически любых задач повышения собираемости налогов¹². Привлекательность и живучесть понятия «недобросовестность налогоплательщика» объяснялась возможностью отказа от необходимости доказывания сложного юридического состава признания действий налогоплательщиков неправомерными¹³.

Применение понятия «недобросовестный налогоплательщик» в практике возродило принцип круговой налоговой поруки, когда неуплата налогов одним налогоплательщиком влекла доначисление налога другому налогоплательщику — его контрагенту.

Попытку Конституционного Суда РФ бороться с круговой порукой в налоговом праве нельзя признать удовлетворительной. Так, единожды провозгласив правовую позицию о том, что налогоплательщик не несет ответственности за действия всех организаций, участвующих в многостадийном процессе уплаты и перечисления налогов в бюджет¹⁴, Суд от нее впоследствии отказался, заключив, что отказ в праве на налоговый вычет может иметь место, если процесс реализации товаров (работ, услуг) не сопровождается соблюдением корреспондирующего этому праву обязанности по уплате налога на добавленную стоимость в бюджет в денежной форме¹⁵.

⁸ См.: Определение КС РФ от 04.07.2017 № 1440-О.

⁹ Определение КС РФ от 25.07.2001 № 138-О. См. также: Определения КС РФ от 16.10.2003 № 329-О, от 18.01.2005 № 36-О.

¹⁰ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 26.03.2003 по делу № Ф03-А73/03-2/204.

¹¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.01.2005 по делу № А56-8281/04.

¹² См.: Пепеляев С.Г. Комментарий к Постановлению Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53. М., 2007. С. 7.

¹³ См.: Гаврилов Л.А. Недобросовестность налогоплательщиков в сфере налоговых отношений // Налоговые споры: теория и практика. 2005. № 9. С. 11–15.

¹⁴ См.: Определение КС РФ от 16.10.2003 № 329-О.

¹⁵ См.: Определение КС РФ от 04.11.2004 № 324-О, разъясняющее Определение от 08.04.2004 № 169-О.

2. Понятие «необоснованная налоговая выгода» позволяет налоговому органу взыскать незаконный налог.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда (ВАС) РФ от 12 октября 2006 года № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (далее — Постановление Пленума ВАС РФ № 53) хотя и конкретизировало признаки порочного поведения налогоплательщика, но не исключило саму возможность лишения его собственности под видом взыскания налогов.

Более того, введение взамен расплывчатой категории «недобросовестный налогоплательщик» определенного понятия «необоснованная налоговая выгода налогоплательщика» позволило налоговым органам взыскивать с налогоплательщика не установленные в законе налоги: налог на прибыль без учета затрат, связанных с получением этой прибыли, и НДС без учета налоговых вычетов (налоги на выручку).

Сам термин «необоснованная налоговая выгода», имеющий негативную коннотацию, превратил налогоплательщика, исчислившего налог по закону, в «налогового выгодоприобретателя», покушающегося на бюджет как на источник своих необоснованных доходов.

В 2010 году судья ВАС РФ Т.В. Завьялова отмечала: «К сожалению, анализ судебной практики последних лет показывает, что, выдвигая аргумент о получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды, налоговые органы зачастую не ставят под сомнение факт совершения хозяйственной операции, реальность оплаты и наличие разумной деловой цели. Все претензии стали сводиться к доводу о недобросовестности контрагентов, основанному на показаниях лиц, фигурирующих в качестве руководителей таких организаций»¹⁶.

Казалось бы, само Постановление Пленума ВАС РФ № 53 призвано пресекать круговую налоговую поруку и объективное вменение: налоговый орган обязан доказать, что налогоплательщик действовал без долж-

ной осмотрительности и осторожности и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом, в частности в силу отношений взаимозависимости или аффилированности с ним; что он заключает сделки преимущественно с контрагентами, не исполняющими своих налоговых обязанностей (п. 10).

Однако на практике налоговое расследование переродилось в простое навешивание ярлыка «налогоплательщик, не проявивший должную осмотрительность при выборе контрагента, имеющего признаки фирмы-однодневки»¹⁷. В кризисном 2018 году это привело к массовым жалобам налогоплательщиков в Конституционный Суд РФ, основанным на фактах несправедливого и несоразмерного отъема у них денег под видом необоснованной налоговой выгоды от сделок с сомнительными контрагентами¹⁸. Похожий всплеск подобных жалоб наблюдался в посткризисном 2009-м: Конституционный Суд РФ тогда оправдывал свои отказы заявителям ссылкой на то, что сами по себе оспариваемые нормы НК РФ Конституции не противоречат, а их единообразное применение в толковании, защищающем права налогоплательщика, должен обеспечивать ВАС РФ. Но он с 2014 года упразднен, а законные полномочия Верховного Суда РФ такой задачи не предусматривают.

3. Понятие «непроявление должной осмотрительности» само по себе не имеет определенной смысловой нагрузки.

Правда, его попытался раскрыть экс-судья ВАС РФ В.В. Бациев¹⁹. По мнению этого эксперта, под должной осмотрительностью налогоплательщика должна пониматься коммерческая осмотрительность, предполагающая применение стандартов проверки деловой репутации, исправности, возможности исполнения,

¹⁷ Типовые признаки фирмы-однодневки: массовый учредитель, массовый руководитель, массовый регистратор, место массовой регистрации, недолгий срок активной хозяйственной деятельности.

¹⁸ Известно как минимум о восьми отказных определениях Конституционного Суда РФ 2018 года на такие жалобы: от 27 февраля № 530-О, от 29 мая № 1152-О, от 24 апреля № 1072-О, от 28 июня № 1633-О, от 17 июля № 1683-О и № 1717-О, от 26 ноября № 3054-О и № 3044-О.

¹⁹ Бациев В.В. Статья 54.1 НК РФ и должная осмотрительность // Закон.ру. 2017. 10 дек. URL: https://zakon.ru/blog/2017/12/10/statya_54-1_nk_rf_i_dolzhnaya_osmotritelnost (дата обращения: 17.05.2014).

¹⁶ Завьялова Т.В. О решениях ВАС РФ, которые повлияют на практику: интервью // Налоговые споры. 2010. № 9. С. 10.



платежеспособности контрагента; высшие суды никогда не требовали от налогоплательщика проверки налоговой исправности контрагента, понимая, что информация, на основе которой такая оценка могла быть произведена, — вне доступа налогоплательщика; для реализации этого понятия эксперт рекомендует обратиться к подходам, изложенным в Постановлении Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 года № 62 «О возмещении убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» (формула «знал или должен был знать о реальности сделки» работает как в налоговых, так и в гражданско-правовых отношениях).

Нетрудно заметить, что приведенные выводы и рекомендации существенно расходятся с традиционной судебной практикой разрешения налоговых споров.

Так, подавляющее большинство налоговых конфликтов, основанных на обвинении налоговым органом налогоплательщика в не проявлении должной осмотрительности при выборе контрагента, проходят в условиях, когда сделка реально исполнена к выгоде налогоплательщика (т.е. коммерческая осмотрительность директором проявлена), но контрагент подозревается в налоговой неисправности (информация, недоступная налогоплательщику).

4. Статья 54.1 НК РФ не исключила практику применения нормативно не определенных понятий.

Напротив, ее подп. 2 п. 2 предполагает, что обязательства по договору с налогоплательщиком могут исполняться иным лицом, а не контрагентом, указанным в договоре. Такого формального контрагента налоговые органы и суды называют «номинальная структура», «техническая компания»²⁰.

Так, Верховный Суд РФ упоминает неких гипотетических поставщиков, которые не могут передавать иным лицам обязательства по исполнению договора с налогоплательщиком в силу своей номинальности²¹. Из су-

дебных актов неясно, какой законно-определенный порок мешает юридическому лицу реализовать свою право- и дееспособность: дисквалификация руководителя, признание его подставным лицом²², регистрация юридического лица по подложным документам или что-то еще? Этот вопрос для налогоплательщика ключевой, поскольку ответ на него дает ему возможность избежать опасной связи.

Парадоксальным образом ни налоговые органы, ни суды не предъявляют к самим фирмам-однодневкам, номинальным структурам, техническим компаниям никаких налоговых, административных либо уголовных претензий. Простое исключение организаций из ЕГРЮЛ не влечет для них возмещения налогового ущерба бюджету²³.

Верховный Суд РФ пришел к выводу, что включение организации в список неблагонадежных компаний в федеральном информационном ресурсе «Риски» на сайте ФНС России (<https://www.nalog.gov.ru/>) в разделе «Проверь себя и контрагента» не препятствует ей в заключении гражданско-правовых сделок, носит характер справочной и предназначена только для принятия должностными лицами налоговых органов решения о целесообразности проведения мероприятий налогового контроля²⁴.

Федеральные суды заключают, что содержащиеся в акте налоговой проверки выводы о наличии у проверяемого лица признаков технической организации не свидетельствуют о выявленном налоговом правонарушении и не создают препятствий для дальнейшего ведения этим лицом предпринимательской деятельности, в том числе потому, что не отражаются в открытых информационных ресурсах.

Понятие «выгодоприобретатель налоговых разрывов по НДС», широко внедренное в оборот в последнее время ФНС России, вовсе не означает, что обладатель этого титула, присвоенного налоговым органом, действительно получил какое-либо финансовое или

²⁰ «Техническими» признаются компании, заведомо не ведущие реальной экономической деятельности (см.: п. 39 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2021) (утв. Президиумом ВС РФ 10.11.2021); п. 4 письма ФНС России от 10.03.2021 № БВ-4-7/3060@).

²¹ Определение ВС РФ от 14.05.2020 № 307-ЭС19-27597 по делу № А42-7695/2017.

²² См.: ст. 173.1 УК РФ.

²³ Более 173 тыс. компаний с недостоверными сведениями были исключены из ЕГРЮЛ в 2023 году. В отношении 275 тыс. организаций в реестр внесены записи о недостоверности данных.

²⁴ См.: Определение ВС РФ от 26.04.2016 № 305-КГ16-3048 по делу № А40-43028/2015.

иное преимущество от того, что кто-то в цепочке перепродавцов товара, работ, услуг не исполнил свои обязанности по уплате НДС в бюджет (т.е. был технической компанией). Эксперты признают²⁵, что дело АО «Таймырская топливная компания»²⁶ высветило парадокс: лицо, заочно признанное налоговым органом технической компанией в ходе налогового спора налогоплательщика, оказалось право-, дее- и платежеспособным в ходе очного гражданско-правового спора с тем же налогоплательщиком²⁷.

Анализ актов выездных налоговых проверок последнего времени обнаруживает удивительную картину: на одного проверенного налогоплательщика приходится десятки и сотни транзитных и технических компаний, которые допустили «разрывы НДС», но к которым нет налоговых претензий и порочащей информации о которых нет ни у налоговых органов по месту их налогового учета, ни у ФНС России на ее официальном сайте.

Складывается стойкое впечатление, что эти обзывательства (жаргонизмы, ненормативные понятия) в отношении контрагентов и субконтрагентов налогоплательщика применяются с единственной целью — без лишних трудозатрат и объяснений лишить налогоплательщика имущества под видом налоговой недоимки.

Как избавиться от «понятийного налогообложения»?

Солидарная налоговая ответственность (круговая налоговая порука) оправдывается тем, что взыскание недоимки с виновника «разрыва НДС» сопряжено с определенными административными трудностями

(к моменту проверки «нехорошая» фирма не действует, активов не имеет, руководитель и учредитель неплатежеспособны и т.д.).

Но если этот налогоплательщик в проверяемом периоде получал выручку и недоплачивал налоги, то следует найти настоящего **выгодоприобретателя налоговой экономии**, полученной при помощи **подконтрольного лица**²⁸.

Существующая практика налогового контроля рассматривает налоговые правоотношения в парадигме компенсации ущерба бюджета лицом, имеющим договорные отношения с реальным налоговым правонарушителем. Стоит налоговому органу обнаружить в «паутине» АСК НДС-2 налоговый разрыв на любом звене поставщиков/подрядчиков, как выгодоприобретателем этого разрыва назначается проверяемый налогоплательщик, занимающий центр этой «паутины»²⁹. В такой парадигме нет места для установления связи между потерями бюджета и фактом личного обогащения лица, привлекаемого к налоговой ответственности³⁰.

Представляется, что для прекращения использования ненормативной лексики в налоговых правоотношениях, соблюдения прав налогоплательщиков и наказания реальных налоговых мошенников нужно не просто сменить понятийный аппарат, но и саму парадигму налогового расследования, а именно: **выявлять не доказательства неосмотрительности (неосторожности) проверяемого налогоплательщика, а доказательства его бенефициарности и подконтрольности ему лица, фактически совершившего налоговое правонарушение**³¹.

²⁵ См.: Шумилина М.Ю. Назначение выгодоприобретателем налоговых разрывов по НДС // Налоговед. 2023. № 12.

²⁶ См.: Определения ВС РФ от 22.10.2018 по делу № А33-12005/2017 и ВС РФ от 09.09.2021 по делу № А33-3832/2019.

²⁷ Лишенным правовой логики в этом деле было и поведение заявителя: этот налогоплательщик не имел претензий к качеству подрядных работ до прихода к нему с проверкой налогового органа; выявленный же инспекцией дефект сделки (работы исполнены ненадлежащим лицом) повлек не иск о признании сделки мнимой и взыскании неосновательного обогащения лица, не исполнившего договорные обязательства, что было бы логичным, а налоговый регресс (компенсация потерь, возникших при излишней уплате налоговых платежей). Но подобный налоговый регресс НК РФ не предусмотрен.

²⁸ Определения ВС РФ от 29.11.2016 № 305-КГ16-10399 по делу № А40-71125/2015 и от 26.09.2018 по делу № А40-32793/2017.

²⁹ Учитывая, что книги покупок, на данных которых строится «паутина» АСК НДС-2, не содержат данных о предмете сделок, возможны ситуации, когда «разрыв НДС» в расчетах не связан с тем товаром (работой, услугой), который приобрел проверяемый налогоплательщик.

³⁰ В этой парадигме налоговый правонарушитель рассматривается как хулиган, разбивший дорогостоящую витрину магазина, или его пособник: он обязан возместить ущерб владельцу магазина в силу своей финансовой состоятельности несмотря на то, что этот деликт не повлек для него никакой экономической выгоды.

³¹ В соответствии с письмом ФНС России от 31.10.2017 № ЕД-4-9/22123@ «О Рекомендациях по применению по-



По установлении участников сомнительных сделок налоговому органу следует выявить реальные налоговые последствия этих сделок и в случае обнаружения совокупных налоговых потерь бюджета от их совершения³² доначислить налоговую недоимку **бенефициару** этой группы так, как если бы он и его **подконтрольное лицо** (лица) были **одной (реконструированной) организацией** с подконтрольным ему лицом³³.

Такая налоговая реконструкция соответствует ст. 45 НК РФ, п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 53 и общепринятым судебным доктринам «существо над формой», «прокол корпоративной вуали», «сделки по шагам». Она не подрывает идею верховенства права, не разъедает основные правовые ценности, на которых стоит современное общество³⁴, а реализует конституционный баланс прав и обязанностей участников налоговых правоотношений.✉

Taxes by Concepts

Unjust enrichment of the budget at the expense of the property of audited taxpayers is a consequence of falsely understood interests of the civil service, realised with the help of normatively undefined

‘concepts’, introduced into circulation, including with the help of the highest courts. The author of the article offers a legal way to solve this problem.

Keywords: *tax, legal nature of tax, taxpayer bad faith, unjustified tax benefit*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Konstantin A. Sasov

Leading Lawyer at Pepeliaev Group, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: k.sasov@pgplaw.ru)

REFERENCES

Demin, A.V. “Selective application of responsibility for tax offences” [*Izbiratel'noye primeneniye otvetstvennosti za nalogovyye pravonarusheniya*]. Tax expert [*Nalogoved*]. 2023. No. 12.

Gavrilov, P.A. “Bad faith of taxpayers in the sphere of tax relations” [*Nedobrosovestnost' nalogoplatel'shchikov v sfere nalogovykh otnosheniy*]. Tax disputes: theory and practice [*Nalogovyye spory: teoriya i praktika*]. 2005. No. 9. P. 11–15.

Pepelyayev, S.G. A Commentary to the Plenary Resolution of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 12 October 2006 No. 53 [*Kommentariy k Postanovleniyu Plenuma VAS RF ot 12 oktyabrya 2006 g. № 53*]. Moscow, 2007.

Shumilina, M.Yu. “Appointment by the beneficiary of tax gaps on VAT” [*Naznacheniye vygodopriobretatelem nalogovykh razryvov po NDS*]. Tax expert [*Nalogoved*]. 2023. No. 12.

Zavyalova, T.V. “Decisions of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, which will affect the practice: An interview” [*O resheniyakh VAS RF, kotoryye povliyayut na praktiku: interv'yu*]. Tax disputes [*Nalogovyye spory*]. 2010. No. 9.

ложений статьи 54.1 НК РФ» искажения налоговой базы — это умышленное налоговое правонарушение.

³² На необходимость установления факта налоговых потерь бюджета от сомнительных сделок взаимозависимых лиц указано в Определении ВС РФ от 15.06.2017 по делу № А40-230712/2015.

³³ Определение КС РФ от 04.07.2017 № 1440-О.

³⁴ См.: *Демин А.В.* Избирательное применение ответственности за налоговые правонарушения // *Налоговед*. 2023. № 12. С. 88.



**НАДЕЖДА НИКОЛАЕВНА
ТАРУСИНА**

заведующая кафедрой
социального
и семейного
законодательства
Ярославского
государственного
университета имени
П.Г. Демидова,
кандидат юридических
наук, профессор,
заслуженный юрист РФ

ДОКТРИНА И СЕМЕЙНЫЙ ЗАКОН: ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ ИЛИ «УСЕКНОВЕНИЕ» ТРАДИЦИИ?

Поводом к размышлениям автора данного текста послужила одна из актуальных публикаций, посвященная проблемам расширения сферы семейных союзов от классического супружества до гостевого брака, изменения режима собственности в них в зависимости от принадлежности к малой или большой семье, выравнивания обязательств родителей по отношению к своим детям, а также родителей и их совершеннолетних детей в части материальной поддержки. Подобный подход, особенно в его конкретизирующих положениях, нам представляется неприемлемым. В качестве основной антитезы нами избраны постулаты о суверенности семейного права, об особенностях семейных правоотношений (между супругами, родителями и детьми) и ориентации семейного закона на сохранение традиционных семейных ценностей. При этом не отрицается возможность субсидиарного применения к семейным отношениям норм гражданского права, однако — при условии точного их соответствия сущности семейных союзов, а это исключает обращение к методам формального равенства, компенсационности и избыточного рационализма.

Ключевые слова: семейные союзы, принципы гражданского права, различный подход к экономике семьи, обязанности родителей и детей, семейные ценности

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-78-85

Во втором номере журнала «Закон» за 2023 год опубликована стратегическая по замаху и оригинальная по содержанию статья, посвященная проблемам

актуализации правоотношений между родителями и детьми¹. В ней прослеживается и легкая ирония по отношению к предмету исследования (а равным образом к собственным предложениям), и явный призыв к цивилистам-семейноведам броситься по прочтении в омут дискуссии. Попробуем, однако, удержаться в процессе размышлений над предложенными автором смыслами на берегу...

С одной стороны, статья представляет собой яркий образец известного семейноведам феномена — противостояния идей суверенности семейного права (с его особой методологией) и семейного закона и сохранения (в иных вариациях — даже избыточного приумножения) их устойчивых связей с правом и законом гражданским. Как известно, на прикладном уровне данное противостояние в последние годы стало довольно энергичным. Так, в поле зрения классической цивилистики в очередной раз частично попали правоотношения собственности супругов — внедрение и распространение конструкции брачного договора, которая допускает противоположные законному правовые режимы и не содержит необходимых, соответствующих сущности брачного союза ограничений свободы данного договора (а также, например, не учитывает проблемы его кабалности); корректировка презумпции согласия при распоряжении общесупружеским имуществом; конструирование договора о суррогатном материнстве по типу возмездного оказания услуг; лишь условное раздвоение института опеки и попечительства над детьми на семейно-правовую и гражданско-правовую части, которое привело к дисгармонии его системы и содержания.

В то же время суверенный смысл семейно-правовой доктрины и семейного закона усилен ценностными компонентами, которые, наряду с уже имевшимися в конституционно-правовом арсенале (ст. 38 Конституции РФ), заявлены в конституционных поправках 2020 года (ч. 4 ст. 67.1, п. «ж.1» ч. 1 ст. 72). Кроме того, официальная ориентация российского государства и общества (по крайней мере, судя по социологическим опросам, значительной части последнего) на сохранение и развитие традиционных семейных ценностей, с учетом потребностей российских граждан

и современных цивилизационных вызовов, полагаем, еще более усиливает суверенную направленность семейного законодательства, а, следовательно, и потребность его оптимизации в данном направлении.

С другой стороны, очевидно, что ни в лагере сторонников, ни в лагере противников автономности семейного права не только нет (не может быть и не должно быть) единства позиций, но и наблюдается своеобразная, выражаясь языком физики, интерференция идей, позиций и аргументации, которая нередко не позволяет отнести ту или иную точку зрения к определенной философии — консерватизма, либерализма, модернизма или же прагматизма. Именно в таком сложном ключе мы воспринимаем обсуждаемый текст.

На первый взгляд, соображения автора статьи представляют собой «ковровую бомбардировку» основ и традиций семейного закона, прикладного и доктринального прочтения его смыслов, оставляя нетронутыми лишь незначительные территории семейно-правового пространства (хотя и по стилю, и по содержанию публикация, безусловно, оригинальна и мотивирует не только к протесту, но и к активному размышлению). С его точки зрения, это оправданно, отражает насущные потребности в ином, более справедливом, дифференцированном, адекватном подходе к правовому регулированию семейных отношений (на уровне как общих начал семейного законодательства, так и конкретных нормативно-правовых предписаний). Нетрудно догадаться, что мы не разделяем авторского замысла в полной мере, однако принимаем само целеполагание (ибо семейный закон, безусловно, нуждается в корректировке, а доктрина — в новых идеях), некоторые предположения и аргументацию. Это предполагает отход от восприятия «с первого взгляда» и поощряет более пристально присмотреться к идеологии и конкретике статьи.

Во-первых, совершенно очевидно, что анализ сущности семейных правоотношений, в том числе между родителями и детьми, исключительно или по преимуществу основан на гражданско-правовой методологии, т.е. автор принадлежит к числу классических цивилистов, организующих сложную «игру» на чужом, пусть и соседнем, поле, имеющем тот же источник, но отличающемся по составу «почвы» и, соответственно, произрастающей на ней «растительности».

¹ Иванов А.А. Переосмысливая отношения между родителями и детьми // Закон. 2023. № 2. С. 110–119.

По предложению автора статьи не будем спорить о принципах как таковых, дабы спор не утратил конкретику и не свелся к обсуждению системы права, но заметим, что возможность субсидиарного применения к семейным правоотношениям гражданского закона и гражданско-правового инструментария в целом (с которой, по мысли автора, соглашаются даже сторонники суверенности семейного права, что справедливо²) имеет весьма очевидные пределы: соответствие сущности семейных правоотношений (ст. 1, 5 СК РФ) и принятие во внимание нацеленности семейно-правового регулирования на сохранение традиционных семейных ценностей³.

Да, принципы гражданского права (диспозитивность, добросовестность, справедливость, разумность и др.), как и ключевые положения о конструкциях дееспособности, сделки, договора, обязательства, собственности и т.п., таковы, что могут быть использованы в цивилистике в целом и для всех «дочерних» отраслей права, включая не только право семейное, но и трудовое, в частности⁴. Однако это не только не предоставляет им доминирующей роли в областях, смежных с гражданским правом, но, напротив, предполагает существенную специфику их применения (например, конструкция семейной дееспособности весьма отлична от базисной гражданской; брак как договор и соглашение о порядке общения с ребенком отдельно проживающего родителя или близкого родственника лишь отдаленно напоминают договорную классику; заблуждение как основание признания брака недействительным хотя и квалифицируется с привлечением гражданского закона, но сугубо ограничительно; и т.д.). Оценивая «переосмысление отношений между родителями и детьми», будем исходить из означенных постулатов.

Семья, вопреки утверждению автора, не есть разновидность гражданско-правового сообщества⁵ (или

квазидоговора простого товарищества⁶). Она, безусловно, имеет свою экономику и нуждается в управлении ею, но не сводится к домашнему хозяйствованию, формированию и расходованию семейного бюджета (хотя одни только эти виды деятельности подтверждают специфику семьи как особого объединения личного характера). Не является она и аналогом фермерского хозяйства, хотя члены семьи могут его составлять.

С определенной позиции (пока еще не доработанной в законодательстве и не принятой в доктрине в качестве устойчивой конструкции) семья даже обладает квазиправосубъектностью как получатель разнообразных льгот — от налоговых до социально-обеспечительных (в этом случае те или иные члены семьи действуют в качестве ее представителей)⁷. Сущность семьи формируют личные отношения ее членов: в качестве предпосылок возникновения и изменения, а также установления специфических особенностей данного союза выступают супружество, родство, свойство, усыновление/удочерение, приемное родительство, опекуновство, фактическое воспитание, нахождение на иждивении, фактическое супружество; среди значимых признаков семьи — совместное проживание (с допущением исключений), общее хозяйство, взаимная забота, поддержка, уважение, объединенность общесемейными ценностями. Последние две характеристики относятся к числу декларативных призывов, однако им придан конституционно-правовой статус (п. 4 ст. 67.1, п. «ж.1» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ), они закреплены в общих началах семейного закона (ст. 1 СК РФ). И они выполняют не только общерегулятивную, но и воспитательную функцию: декларативность нормы далеко не всегда умаляет ее правовое достоинство.

Предлагаемая в статье дифференциация экономических режимов в зависимости от величины семьи (для «малой» — отдельная собственность, с допущением изменения договором на режим совместной, для большой — совместная)⁸ сомнительна с точки зрения сущности семейного союза, защиты интересов слабой

² Иванов А.А. Указ. соч. С. 111.

³ Подробно см., напр.: Тарусина Н.Н. Семейные ценности под эгидой права: новое в традиции и традиция в новом // *Lex Russica*. 2023. Т. 76. № 1. С. 33–52.

⁴ См.: Тарусина Н.Н. Субсидиарное применение правовых норм: цивилистические этюды // *Вестник Тверского государственного университета*. Серия: Право. 2021. № 2. С. 44–52. Конструкции договора, дееспособности и т.п. используются и в других (не дочерних) отраслях права.

⁵ Иванов А.А. Указ. соч. С. 111.

⁶ Ильина О.Ю. Современная российская семья как договор простого товарищества // *Семейное и жилищное право*. 2019. № 1. С. 12–15.

⁷ Подробно об этом см., напр.: Долинская В.В. Семья в системе субъектов экономической деятельности // *Семейный бизнес в правовом пространстве России: монография* / отв. ред. И.В. Ершова, А.Н. Левушкин. М., 2023. С. 127–146.

⁸ Иванов А.А. Указ. соч. С. 118.



стороны (одного из супругов, детей) и требования о необходимой степени определенности семейного закона. Она возвращает нас к раздельному режиму супружеского имущества 1918 года, который впоследствии был подвергнут резкой критике, так как, будучи нацеленным на формальное равенство женщины и мужчины, в действительности ставил супругу, как правило имевшую существенно меньший доход (либо не имевшую его вовсе) и занимавшуюся ведением домашнего хозяйства, уходом за детьми, другими родственниками, в ущербное положение, — именно поэтому в 1926 году идея формального равенства была заменена на идею выравнивания возможностей с помощью принципа равенства долей⁹. Подобная мотивация актуальна и в настоящее время. Автор, видимо понимая это, предлагает учитывать все виды вкладов супругов в имущество семьи, включая домашнюю работу. Это справедливо: домашний труд является общественно полезным и нуждается в признании его таковым со стороны закона (для всех видов семейных союзов — от брака, родственного объединения до фактического супружества). Однако соображение о соразмерности вкладов значимо и для действующего режима совместной собственности в законном браке: признание за супругой/супругом равных долей должно сопровождаться исключением для ситуации, когда он/она не только не приносили в семью дохода без уважительной причины (п. 2 ст. 39 СК РФ), но и не участвовали в семейном труде, а также иными своими действиями наносили ущерб интересам семьи.

Пирамиду режима собственности (в том числе из соображений справедливости и разумности) совершенно необязательно переворачивать — достаточно дополнить ее конкретизирующими блоками традиционно-оценочного типа (например, более надежно учитывать профессиональные интересы супругов).

При этом остаются неясными несколько позиций. Во-первых, каковы критерии отнесения семьи к категории «малой»? Предположим, таковой является пара без детей или не более чем с двумя детьми; семейный союз родственников/свойственников (бабушка, дедушка и внучка, брат с сестрой, отчим с пасын-

ком и т.п.). Соответственно, союз супругов с тремя и более детьми признается многодетной семьей — значит, она «большая» и требует другого имущественного режима (по типу фермерского хозяйства)?.. Но отличимы ли сущностно семья с двумя и семья с тремя детьми (кроме значения формального критерия для предоставления различных льгот¹⁰)?.. Да и дети вырастают, что меняет статус семьи с многодетной на малую. Для других «малых» семей (кроме супружества) также возможен договор о режиме совместной собственности?.. Вряд ли (в них как раз — раздельная или долевая).

Во-вторых, несколько эфемерна юридическая сущность «гостевого брака»: он явно не составляет разновидности брака фактического (или не сводится к нему), так как последний, чтобы получить этот статус (пусть пока и не влекущий прямых правовых последствий, за которые мы, в ряду других коллег, как и автор статьи, активно ратуем), должен характеризоваться совместным проживанием и ведением общего хозяйства¹¹. Если под «гостевым» понимается зарегистрированное супружество с раздельным проживанием (в рамках критикуемой свободы выбора места жительства — без всяких ограничений¹²), то это размывает и конструкцию брака, и конструкцию семьи в целом. Этот процесс тем более усиливается, если в качестве «гостевого брака» квалифицируется систематическое взаимопосещение партнеров (с прочими типичными компонентами, характерными для квазисупружества). Впрочем, следуя контексту обсуждаемой статьи, подобные варианты семейного союза могут и не исключаться, поскольку автор как раз и ратует за освобождение современных семейных отношений от оков консервативного семейного закона и голосует за «умножение правовых конструкций семьи»¹³.

¹⁰ См.: Тарусина Н.Н. Многодетная семья как феномен семейно-правового пространства // Семейное и жилищное право. 2022. № 2. С. 24–28.

¹¹ См., напр.: Михайлова И.А. Гендерное неравенство в брачно-семейной сфере: формы проявления и возможности преодоления // Lex Russica. 2022. Т. 75. № 8. С. 123–124.

¹² См.: Зыков С.В. Личные неимущественные права супругов: необходимость правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 204.

¹³ Коль скоро предлагается перестройка взгляда на брак и семью (в том числе в целях решения демографической проблемы) и на этой основе изменение СК РФ, можно дополнить набор признаваемых вариаций полигамией (не как формой религиозного прочтения брачных возможностей, а в качестве способа поощрения к деторождению, поскольку

⁹ См.: Курский Д.И. О браке, семье и опеке. Заключительное слово. Доклад на 2-й сессии ВЦИК XII созыва 17 октября 1925 года // Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 261–262.

Однако ясных пределов, за которыми заканчиваются вариации семейных союзов и начинаются случайные связи, «любовные треугольники» и «нетрадиционные партнерства», автор все же не формулирует.

Наиболее пристальное внимание в статье, в соответствии с ее наименованием, уделено идее трансформации правоотношений родителей и детей. Среди ключевых тезисов: 1) в современных условиях государство, будучи заинтересованным в увеличении рождаемости и надлежащей заботе о детях со стороны семьи, должно выступать не бенефициаром, а гарантом, восполняющим «нарушенное равноправие по первому требованию посредством выплаты нужных пенсий, пособий и субсидий»; 2) родительству следует возникать на основе обоюдного согласия (договора); демографическую проблему допустимо решать самыми разнообразными способами, иначе доживем до клонирования; 3) динамику и содержательные компоненты родительских правоотношений необходимо выстраивать на основе «точной балансировки прав и обязанностей», исключая существенное различие бремени матери и отца по воспитанию и материальному обеспечению детей¹⁴.

К вопросу о первом тезисе. Действительно, государство советского периода исходило из очевидного неравного партнерства со своими гражданами в деле решения демографической проблемы. С одной стороны, оно устанавливало с той или иной мерой жесткости обязательства женщины и мужчины по признанию и регистрации родительского статуса (или категорически отказывало в этом последнему — с 1944 по 1968 год), возлагало на родителей обязанности по содержанию детей (с 1936 года — в известных долях к доходу), возмещению им третьими лицами ущерба по случаю потери кормильца, ограничивало свободу завещания правилом об обязательной наследственной доле несовершеннолетних, активно управляло процессом прекращения брака (вплоть до драконовской процедуры 1944 года¹⁵) — с целью сохранения

семьи и защиты интересов детей. С другой стороны, возлагало на себя весьма скромные обязательства по выплате детям и семьям пособий, а также, в меру возможностей, организовывало образование и медицинское обслуживание детей, решение жилищного вопроса и т.п.

Российский законодатель, частично перенеся советский опыт и экспериментальные практики 90-х годов, соединил их в СК РФ в некое подобие «сиамских близнецов», создав тем самым противоречивую семейно-правовую методологию, не преодолев при этом ни внутренние коллизии (например, между ст. 56 и ст. 49, 69, 73 СК РФ о праве несовершеннолетнего на самостоятельную судебную защиту), ни коллизии с гражданским и гражданско-процессуальным законом (например, ст. 54 СК РФ о понятии ребенка и нормах о гражданской дееспособности или противоречащая ст. 4 ГПК РФ ст. 24 СК РФ об интеграции бракоразводного процесса и обязанности суда разрешить вопросы, не составляющие предмета иска, по собственной инициативе); не зафиксировав существенные признаки ключевых понятий и конструкций (о браке, семье, материнстве и отцовстве, родстве; способах защиты субъективных семейных прав, ответственности, семейно-правовых договорах и т.д.) и не придав необходимой юридической ясности содержанию личных правоотношений между родителями и детьми (например, введя главу о правах ребенка, признав его субъектом семейного права, но ни единым намеком не сообщив ему о каком бы то ни было должностовании перед законными воспитателями: и это притом что в ряде других отраслей российского права обязанности детей сформулированы, а нормой ст. 43 Закона об образовании¹⁶ предусмотрена даже дисциплинарная ответственность за их несоблюдение)¹⁷.

ния дела, если не достигалось примирения, и т.п.). Это (в ряду иных факторов, в том числе идеологических и экономических) существенно снизило показатель разводимости. Однако лишь временно: к началу 60-х годов ее уровень значительно превысил довоенный, наблюдалась и латентная форма прекращения супружества (фактические разводы), что лишний раз подтверждает пагубность сугубо императивного правового регулирования подобных отношений.

¹⁶ Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации».

¹⁷ В этом смысле мы не солидарны с позицией о том, что СК РФ вряд ли нуждается в существенной корректировке. См.: Крашенинников П.В. Нужен ли России новый Семейный кодекс? // Семейное и жилищное право. 2017. № 1. С. 3–7.

ввиду диспропорции полов и некоторого предпочтения холостого образа жизни персонального супруга для каждой женщины, как известно, не хватает).

¹⁴ Иванов А.А. Указ. соч. С. 118.

¹⁵ Как известно, с 1944 по 1965 год предусматривалась исключительно судебная процедура развода, сопровождавшаяся дополнительными, еще более усложняющими ее элементами (публикация в газете, два этапа рассмотре-



И хотя в последние годы российское государство кратно и качественно усиливает социальную поддержку семьи (родительства и детства), оно и не ослабляет контроля за возникновением и развертыванием семейных правоотношений — по той очевидной причине, что большинство из них связаны с судьбой ребенка (будущего или родившегося). А это в современных условиях предполагает принятие законодательных решений о поддержании семейных традиций, а не «усекновении» их с помощью гражданско-правового принципа *do ut des*. Пусть государство остается и бенефициаром, и гарантом — удвоение и обогащение его задач по отношению к семье только послужит ее благу.

К вопросу о втором тезисе. Идея о внедрении конструкции договора (соглашения) в репродуктивную сферу не нова. Проблема учета мнения мужчины при решении женщиной вопроса о сохранении беременности существует (нередко и в острой форме), однако решить ее юридическими средствами вряд ли возможно: если партнер не дает согласия, женщина либо должна отправиться на операцию по прерыванию беременности в клинику, подвергнув себя психологическим и медицинским рискам, либо принять перспективу «одинокое материнства» (а заодно и «безотцовщины» для будущего ребенка). Первое неприемлемо по этическим, юридическим, а тем более медицинским соображениям, второе по меньшей мере спорно с этической точки зрения, ибо данный выбор не должен находиться под прямым давлением закона в форме угрозы «безотцовщины» и возложения исключительно на женщину заботы о ребенке. И хотя на практике нередко встречаются случаи заведомо «одинокое материнства» женщины, родившей ребенка «для себя» и не желающей впустить мужчину в «мир отцовства»¹⁸, последний все же не лишен, при желании, возможности защиты своего права (ст. 49 СК РФ). Установление же прямой зависимости между добровольным признанием отцовства и возникновением алиментной обязанности в противовес судебному отысканию родительства, не влекущему таких последствий (что позиционируется автором обсуждаемой статьи), не только поощряет мужчину к безнравственному (легко-

мысленному, прагматичному и т.п.) поведению, но и не защищает интересы ребенка, которые, согласно канонам российского права, относятся к приоритетным. В определенном смысле подобное предложение является отголоском социально-юридической политики 1944–1968 годов, выразившейся (с целью упрочения института брака, с одной стороны, и решения демографической проблемы посредством освобождения мужчины от какой бы то ни было ответственности за судьбу ребенка — с другой¹⁹) в запрете признания и/или установления внебрачного отцовства²⁰.

Полагаем, что взаимное согласие (не только супругов, но и партнеров иного союза) наличествует по умолчанию: обоим известно, что следствием сексуального контакта без применения средств контрацепции может явиться беременность, легкомысленное же отношение к вопросу, а тем более принуждение со стороны «актера» — не основание ни для возложения бремени последствий исключительно на женщину, ни, полагаем, для переложения обязанности по поддержке такой неполной семьи с мужчины исключительно на государство в рамках его социально-обеспечительной функции, которую, как мы уже отметили, оно и так, в принципе, выполняет (дифференцированно от типа семьи и ее материального положения).

В то же время мы не отрицаем необходимости расширения действия принципа согласования реализации родителями своих прав и исполнения обязанностей по отношению к детям — с помощью либо конструкции брачного договора (для родителей-супругов, если законодатель решится на такое изменение его содержания), либо специального о том соглашения — как при совместном, так и при раздельном проживании.

Что касается максимально возможного применения вспомогательных репродуктивных технологий для решения демографической проблемы, то и здесь имеются рискованные точки приложения закона (еще до запрещенного клонирования человека).

¹⁹ Там же. С. 71–72.

²⁰ При этом даже после корректировки законодательства вплоть до 1996 года сохранялись ограничения возможности установления внебрачного отцовства в судебном порядке (ст. 48 КоБС РСФСР) — как рудимент прежней позиции.

¹⁸ См.: Тарусина Н.Н. Одинокое материнство как социально-правовое явление // Журнал российского права. 2022. Т. 26. № 7. С. 68–84.

Например, должен ли российский законодатель поддерживать исследования по однополой репродукции — с последующей фиксацией отцовства — и иным подобным технологиям? Да и программа суррогатного материнства (а по факту — торговля детьми) становится предметом не только дискуссии (в большинстве стран она запрещена), но и ограничений — для иностранных граждан, для мужчины и женщины, не объединенных браком, для холостого мужчины. Поэтому обращение автора статьи к некоторым образцам²¹ явно не укладывается в социально-политический и законодательный тренд. Хотя это, разумеется, и не исключает обсуждения приемлемых вариантов применения вспомогательных репродуктивных технологий.

К вопросу о третьем тезисе. Идеи о выравнивании бремени родительской заботы и адекватного ответа в адрес родителей со стороны совершеннолетних детей не только отвечают сущности семейных правоотношений и семейной традиции, но и, в некоторых пределах, заложены в действующем семейном законе. Однако автор обсуждаемой статьи предлагает не останавливаться на достигнутом: по его мнению, (1) при взыскании алиментов на детей следует учитывать направление их расходования, так как нередко материальная поддержка ребенка частично (и как бы латентно) перекрывается материальной поддержкой родителя, с которым он проживает, в том числе с целью сохранения этому ребенку прежнего (при совместном проживании) уровня жизни; кроме того, усилия родителя по заботе о ребенке могут иметь стоимость существенно меньше той, которая условно заложена в алиментную сумму, — совокупно с прямыми тратами на конкретного ребенка); означенная стоимость должна быть «вкладом, равным по сумме алиментам, уплачиваемым другим, и не более того», все остальное адресуется к доброй воле плательщика либо соглашению между родителями; (2) по букве и смыслу СК РФ родители рискуют не получить помощи от взрослых детей, соразмерной той, которую они им оказывали; при этом дети до своего совершеннолетия (добавим — и после достижения такового) по умолчанию пользуются имуществом родителей (права на имущество родителей и детей по своему содержанию вроде бы ясны, но при их реализации

расплывчаты), т.е. наблюдается явная диспропорция возможностей и обязательств²².

Что касается размера алиментов, то, во-первых, десятилетиями (еще со времен дискуссии в журнале «Советская юстиция» конца 60-х годов) обсуждается идея о введении максимума алиментной суммы (может быть, ее следует реализовать в некоем варианте пропорции к МРОТ или региональному прожиточному минимуму?); во-вторых, при взыскании алиментов как в долях к заработку (доходу), так и в твердой денежной сумме суд вправе учесть материальное и семейное положение сторон (п. 2 ст. 81 и п. 2 ст. 83 СК РФ) — и уже имеются соответствующие судебные прецеденты²³. Арифметический же подход к конкретизации судом алиментной обязанности родителей (учет стоимости работы по уходу за ребенком, затрат на его питание, образование, лечение, отдых и пр.), как и оценки трудозатрат по заботе о ребенке в целом (например, по воспитанию современных детей, обремененных знанием о своих правах и свободах, но не об обязанностях), на наш взгляд, не соответствует сущности родительства, особенностям семейных правоотношений (психологическим, этическим, физическим²⁴).

Аналогичным образом арифметика неуместна и в обратную сторону: взрослые дети, безусловно, обязаны поддерживать своих родителей, однако при вмешательстве судебного принуждения на основе учета их материального положения и/или состояния здоровья; при этом очевидно, что «взрачивание» ребенка и поддержка взрослого человека нетождественны, а значит, сугубо прагматичный подход и на этом основании трудно реализуем.

(Частичная же компенсационность действующим законом предусмотрена: обязанность детей не насту-

²¹ Например, к опыту Ф. Киркорова, суррогатные дети которого рождены отнюдь не на российской территории.

²² Иванов А.А. С. 112–114.

²³ Например, решения о двукратном уменьшении суммы искового требования. См.: Величкова О.И. Долевое взыскание алиментов vs твердая денежная сумма: какие обстоятельства учесть при выборе? // Социально-юридическая тетрадь. 2020. № 10. С. 129.

²⁴ Например, мама двоих-троих (и т.д.) детей даже и в полной семье, как правило, трудится без выходных и праздничных дней... Последние ей рассчитывать по двойному тарифу?.. А сколько стоят трудности вынашивания ребенка и родов?.. (Может быть, по ходу дела, оценим и стоимость грудного молока?)



пает или ограничивается определенным сроком, если родители не относились к числу добросовестных, — п. 5 ст. 87 СК РФ.)

Таким образом, диспропорция личных и имущественных обязательств неизбежна, как неизбежно и бесконечное ситуативное разнообразие семейных союзов и отношений с семейным элементом в целом. Однако правовое регулирование семейных отношений действительно должно быть осовременено, по возможности лишено пробелов и несправедливых решений, но — с учетом конституционно-правовых ценностных ориентиров и общих начал семейного законодательства.✉

Doctrine and Family Law: Reconsideration of Legal Regulation of Family Relationships or “Truncation” of Tradition?

The reason for the author’s reflections was one of the relevant publications devoted to the problems of expanding the scope of family unions — from classical matrimony to guest marriage, changing the ownership regime in them depending on belonging to a small or large family, equalising the obligations between parents in relation to their children, as well as between parents and their adult children (in parts of material support). Such an approach, especially in its concretising provisions, seems unacceptable to us. As the main antithesis, we have chosen the postulates about the sovereignty of family law, the peculiarities of family legal relations (between spouses, parents and children) and the actualisation of the task of family law to preserve traditional family values. At the same time, the possibility of subsidiary application of the norms of civil law to family relations is not denied, however, within the strict framework of compliance of their content with the essence of family unions, which excludes the use of methods of formal equality, compensationality and excessive rationalism to them.

Keywords: family unions, principles of civil law, a different approach to the family economy, responsibilities of parents and children, family values

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Nadezhda N. Tarusina

Head of Social and Family Law Department at P.G. Demidov Yaroslavl State University, Candidate of Juridical Sciences, Professor, Honoured Lawyer of the Russian Federation (e-mail: nant@uniyar.ac.ru)

REFERENCES

- Dolinskaja, V.V. “Family in the system of subjects of economic activity” [*Sem’ja v sisteme sub#ektov jekonomicheskoj dejatel’nosti*], in: Ershova, I.V. and Levushkin, A.N. (eds.). [*Semejnij biznes v pravovom prostranstve Rossii. Monografija*]. Moscow, 2023. P. 127–146.
- Il’ina, O.Ju. “Modern Russian family as a contract of simple partnership” [*Sovremennaja rossijskaja sem’ja kak dogovor prostogo tovarishhestva*]. Family and housing law [*Semejnoe i zhilishhnoe pravo*]. 2019. No. 1. P. 12–15.
- Ivanov, A.A. “Rethinking the relationship between parents and children” [*Pereosmyslivaja otnoshenija mezhdu roditeljami i det’mi*]. Statute [*Zakon*]. 2023. No. 2. P. 110–119.
- Krashenninnikov, P.V. “Does Russia need a new Family Code?” [*Nuzhen li Rossii novyj Semejnij kodeks?*]. Family and Housing Law [*Semejnoe i zhilishhnoe pravo*]. 2017. No. 1. P. 3–7.
- Kurskij, D.I. “On marriage, family and guardianship. The final word. Report at the 2nd session of the Central Executive Committee of the XII convocation on October 17, 1925: [O brake, sem’e i opeke. Zakljuchitel’noe slovo. Doklad na 2-j sessii VCIK XII sozryva 17 oktjabrja 1925 g.], in: Selected articles and speeches [*Izbrannye stat’i i rechj*]. Moscow, 1958. P. 261–262.
- Mihajlova, I.A. “Gender inequality in the marital and family sphere: forms of manifestation and possibilities of overcoming” [*Gendernoe neravenstvo v brachno-semejnoj sfere: formy pojavlenija i vozmozhnosti preodolenija*]. Lex Russica. 2022. Vol. 75. No. 8. P. 123–124.
- Tarusina, N.N. “A large family as a phenomenon of the family-legal space” [*Mnogodetnaja sem’ja kak fenomen semejno-pravovogo prostranstva*]. Family and housing law [*Semejnoe i zhilishhnoe pravo*]. 2022. No. 2. P. 24–28.
- Tarusina, N.N. “Single motherhood as a socio-legal phenomenon” [*Odinokoe materinstvo kak social’no-pravovoe javlenie*]. Journal of Russian Law [*Zhurnal rossijskogo prava*]. 2022. Vol. 26. No. 7. P. 68–84.
- Tarusina, N.N. “Subsidiary application of legal norms: civil studies” [*Subsidiarnoe primenenie pravovyh norm: civilisticheskie jetjudy*]. Bulletin of Tver State University. The series “Law” [*Vestnik Tverskogo gosudarstvennogo universiteta. Serija “Pravo”*]. 2021. No. 2. P. 44–52.
- Tarusina, N.N. “Family values under the aegis of law: new in tradition and tradition in the new” [*Semejnye cennosti pod jegidnoj prava: novoe v tradicii i tradicija v novom*]. Lex Russica. 2023. Vol. 76. No. 1. P. 33–52.
- Velichkova, O.I. “Shared recovery of alimony VS a fixed amount of money: what circumstances should be taken into account when choosing?” [*Dolevoe vzyskanie alimentov VS tverdaja denezhnaja summa: kakie obstojatel’sva uchest’ pri vybore?*]. Social and legal notebook [*Social’no-juridicheskaja tetrad’*]. 2020. No. 10. P. 129.
- Zykov, S.V. “Personal non-property rights of spouses: the need for legal regulation” [*Lichnye neimushhestvennye prava suprugov: neobhodimost’ pravovogo regulirovanija*]. Law. Journal of the Higher School of Economics [*Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly jekonomik*]. 2019. No. 2. P. 189–208.



DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-86-110

В июньской Хронике представлены комментарии в связи с решением ЕС конфисковать часть доходов от замороженных российских активов, судебной практикой по вопросам компетенции суда присяжных, регистрации договоров долевого участия в строительстве в реестре прав на недвижимость, решениями ЕСПЧ по климатическим делам, актуализации проблемы отсутствия четкого правового режима апартментов и юбилейных медалей.

Ключевые слова: конфискация российских активов, ЕС, США, регистрация прав на недвижимость, ЕГРН, договор долевого участия, апартменты, жилое помещение, изменение климата, ЕСПЧ, юбилейная медаль



**ГЕННАДИЙ
АЛЕКСАНДРОВИЧ
ЕСАКОВ**

доктор юридических
наук, профессор

Решение присяжными заседателями вопроса об умысле подсудимого

В январе 2024 года Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ вынесла весьма неоднозначное решение по вопросу о компетенции присяжных заседателей¹. Процессуальная история этого дела тянется достаточно долго и сама по себе займет несколько строк.

События развернулись в апреле 2017 года, когда будущий подсудимый в ходе пьяной ссоры убил человека. Первое судебное разбирательство закончилось осуждением по ч. 1 ст. 114 УК РФ, однако решение было отменено в тогдашней кассации (президиуме областного суда)². Второй процесс привел к осуждению по ч. 4 ст. 111 УК РФ, что было отменено уже в нынешней кассации³. Наконец, суд присяжных в 2022 году осудил его по ч. 1 ст. 105 УК РФ, и апел-

¹ Определение ВС РФ от 25.01.2024 по делу № 41-УД23-33СП-К4.

² Приговор Матвеево-Курганского районного суда Ростовской области от 14.06.2018 по делу № 1-9/2018; апелляционное определение Ростовского областного суда от 23.08.2018 по делу № 22-4560/2018; постановление президиума Ростовского областного суда от 11.07.2019 по делу № 44у-120/2019.

³ Приговор Матвеево-Курганского районного суда Ростовской области от 18.12.2019 по делу № 1-179/2019; апелляционное определение Ростовского областного суда от 27.02.2020 по делу № 22-992/2020; определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 07.10.2020 по делу № 77-1789/2020.

ляционная инстанция оставила приговор без изменения⁴. Далее и начались настоящие процессуальные баталии высших судов.

Четвертый кассационный суд общей юрисдикции не удовлетворился формулировками вопросного листа, в котором, по мнению суда, был упущен вопрос об умысле осужденного. Кассация указала, что «...намерение (цель) лишения жизни относится к фактическим обстоятельствам дела и в соответствии со ст. 334 УПК РФ ее установление входит в компетенцию присяжных заседателей, а не председательствующего по делу судьи. Судебная коллегия считает, что поскольку в вопросный лист не был включен вопрос о наличии у [обвиняемого] умысла на лишении жизни [потерпевшего], квалифицировать действия осужденного по ч. 1 ст. 105 УК РФ необоснованно»⁵. Соответственно, дело было отправлено на новое рассмотрение в апелляцию, которая, повторив позицию кассации, переквалифицировала содеянное на ч. 4 ст. 111 УК РФ⁶.

После этого в дело вмешался уже Верховный Суд РФ, отменивший решения кассационной и апелляционной инстанций. Суд пришел к выводу, что требовать от присяжных ответа на вопрос о намерениях обвиняемого не согласуется с ролью присяжных заседателей при разрешении уголовного дела. Суть мотивировки следующая: «...в присутствии присяжных заседателей подлежат исследованию только те фактические обстоятельства уголовного дела, доказанность которых устанавливается присяжными заседателями в соответствии с их полномочиями, предусмотренными ст. 334 УПК РФ. К фактическим обстоятельствам уголовного дела относятся событие, результат, иные реальные обстоятельства, связанные с участием лица в совершении инкриминированного ему деяния. Иными словами, факт — это то, что действительно, реально произошло или существует; именно этим факты отличаются от абстрактных понятий, мыслей и желаний человека. Вывод суда кассационной инстанции о том, что умысел относится к фактическим обстоятельствам, подлежащим доказыванию коллегией присяжных заседателей, противоречит определению самого факта и положениям ч. 5 ст. 339 УПК РФ, согласно которым не могут ставиться отдельно либо в составе других вопросов вопросы, требующие от присяжных заседателей юридической квалификации статуса подсудимого, а также другие вопросы, требующие юридической оценки при вынесении присяжными заседателями своего вердикта. По смыслу закона, если подсудимый не высказывал свои мысли, намерения, то вопрос о том, о чем именно он думал и какими намерениями руководствовался, не может быть поставлен присяжным заседателям. В соответствии с предусмотренными ст. 344 УПК РФ полномочиями присяжные заседатели при вынесении вердикта должны обсуждать не мысли, а конкретные действия подсудимого, и делать вывод об их доказанности или недоказанности. Учитывая то, что умысел, намерения виновного лица и квалификация его действий не относятся к указанным об-

⁴ Приговор Матвеево-Курганского районного суда Ростовской области от 12.05.2022 по делу № 1-3/2022; апелляционное определение Ростовского областного суда от 29.09.2022 по делу № 22-5864/2022.

⁵ Определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 27.06.2023 по делу № 77-2157/2023.

⁶ Апелляционное определение Ростовского областного суда от 24.08.2023 по делу № 22-4548/2023.

стоятельствам, а являются исключительно правовыми вопросами, то они не подлежат включению в вопросный лист и разрешаются судьей единолично при постановлении приговора на основании вынесенного вердикта, поскольку требуют юридических познаний».

При новом кассационном рассмотрении дела квалификация действий А. по ч. 1 ст. 105 УК РФ оставлена без изменений⁷.

Решение Суда поднимает две проблемы: во-первых, являются ли вопросы намерений, побуждений лица вопросами факта; и, во-вторых, если да, то когда они становятся вопросами права?

С ответом Суда на первый вопрос согласиться нельзя. Суд противопоставил объективные фактические признаки состава преступления («событие, результат, иные реальные обстоятельства, связанные с участием лица в совершении инкриминированного ему деяния») таким же фактическим, но субъективным признакам состава. Абстрактные понятия, мысли и желания человека, находясь в его сознании, проявляются вовне, в его действиях и могут быть как факты установлены в судебном процессе. Отрицание за субъективными признаками состава преступления характера устанавливаемых и доказываемых фактов ведет по существу к выводу о том, что если это не факт, то догадка, предположение; между тем в соответствии с ч. 4 ст. 302 УПК РФ «обвинительный приговор не может быть основан на предположениях». В другом, также недавнем деле двое судей из состава, вынесшего обсуждаемое определение, без каких-либо колебаний согласились с тем, что вывод об умысле на причинение смерти (правда, животному) можно сделать исходя из характера действий обвиняемого и это образует фактические обстоятельства совершенного преступления⁸.

Нельзя не признать, конечно, что по вопросу о том, можно ли предлагать присяжным вопрос о намерении, существует противоречивая судебная практика. Пока что подавляющее большинство судов исходит из того, что «намерение (цель) лишения жизни относится к фактическим обстоятельствам дела и в соответствии со ст. 334 УПК РФ ее установление входит в компетенцию присяжных заседателей, а не председательствующего судьи»⁹. Сам Верховный Суд РФ указывает, что перед присяжными заседателями должен ставиться вопрос «о наличии у осужденного намерения лишить жизни потерпевшую при поджоге вещей в ее квартире... намерение (цель) лишения жизни относится

⁷ Определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 21.03.2024 по делу № 77-710/2024.

⁸ Определение ВС РФ от 21.03.2024 по делу № 18-УД23-47-К4.

⁹ Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 07.12.2023 по делу № 77-5054/2023. См. также: определения Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 08.02.2024 по делу № 77-323/2024; Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 27.07.2023 по делу № 77-2736/2023 и от 20.12.2022 по делу № 77-5240/2022; Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 27.04.2023 по делу № 77-2089/2023; Первого кассационного суда общей юрисдикции от 22.10.2020 по делу № 77-2098/2020; Первого апелляционного суда общей юрисдикции от 27.02.2023 по делу № 55-29/2023; Пятого апелляционного суда общей юрисдикции от 13.07.2023 по делу № 55-425/2023.



к фактическим обстоятельствам дела и в соответствии со ст. 334 УПК РФ ее установление входит в компетенцию присяжных заседателей, а не председательствующего судьи»¹⁰; в другом деле Суд недвусмысленно потребовал поставить вопрос о мотиве преступления¹¹.

В меньшем количестве решений поддерживается противоположная позиция, отраженная в анализируемом определении¹².

В пользу того, что вопрос о намерениях может и должен предлагаться присяжным, говорит и законодательная история. Часть 3 ст. 454 УПК РСФСР 1960 года в качестве варианта ответа присяжных допускала «да, виновен, но без намерения лишить жизни» — очевидно, что такой ответ предполагал в каком-то виде постановку вопроса о намерениях лица. Этого же достаточно категорично требовала и сенатская практика¹³.

Наконец, если бы вопрос о намерении не мог быть поставлен перед присяжными, в романе Л.Н. Толстого «Воскресение» мы не увидели бы забывчивости присяжных при обсуждении вопроса об умысле Катерины Масловой, так что текст утратил бы существенный сюжетный эпизод...

Другое дело (вторая проблема), что вопрос о намерении должен ставиться корректно, не включая в себя собственно юридические формулировки, поскольку — тут Суд прав — это действительно компетенция профессионального судьи¹⁴. Однако задача поставить вопрос о намерении перед присяжными, избегая при этом юридических формулировок, является уже достаточно проработанной на практике¹⁵.

Рискнем предположить, что обсуждаемое определение является чуть более строгим, чем нужно, указанием нижестоящим судам на то, что они изменили по существу обоснованный приговор. Да, суд первой инстанции не поставил вопрос о намерении (точнее, не включил это в общий вопрос о доказанности

¹⁰ Определение ВС РФ от 04.08.2022 по делу № 8-УД22-8СП-А1. См. также: Определения ВС РФ от 05.12.2019 по делу № 224-АПУ19-6СП, от 10.08.2017 по делу № 49-АПУ17-10СП, от 25.09.2013 по делу № 83-АПУ13-9СП, от 25.10.2012 по делу № 82-О12-36СП, от 29.04.2009 по делу № 10-О09-8СП (судья-докладчик здесь — одна из тройки, разрешавших обсуждаемое дело), от 18.04.2006 по делу № 74-О06-4СП.

¹¹ Определение ВС РФ от 01.06.2005 по делу № 74-О05-24СП. К слову, если следовать позиции Суда в анализируемом определении, то установление мотива преступления также должно быть отнесено к компетенции председательствующего судьи, что требует от него исследования доказательств; а приговор, вынесенный судом с участием присяжных заседателей, по фактическим обстоятельствам ведь апелляционному пересмотру не подлежит.

¹² См., напр.: Определения ВС РФ от 23.11.2023 по делу № 42-УД23-5СП-А3 (судья-докладчик тот же, что и в анализируемом определении), от 03.09.2019 по делу № 56-АПУ19-15СП, от 29.11.2017 по делу № 59-АПУ17-11СП.

¹³ См., напр.: реш. угол. касс. деп. 1895 г. № 19.

¹⁴ В судебной практике есть интересный пример приложения юридических формулировок умысла к ограничительному ответу присяжных о доказанности намерения (Определение ВС РФ от 18.05.2023 по делу № 38-УД23-6СП-А1; схожее решение см.: апелляционное определение Верховного суда Республики Калмыкия от 05.09.2022 по делу № 22-399/2022).

¹⁵ См.: Клочков А.В., Пузенко Ю.А. Как и зачем ставить перед присяжными вопрос о субъективной стороне деяния // Уголовный процесс. 2022. № 5. С. 90–96.

действий, приведших к наступлению смерти), однако в судебном заседании обвиняемый и не отрицал, по сути, умышленного нанесения ранения, утверждая о состоянии необходимой обороны¹⁶. Из установленных же вердиктом фактических обстоятельств («в ходе ссоры с [потерпевшим] достал из кармана своего пальто нож, которым нанес последнему не менее пяти ударов в области расположения жизненно важных органов — спины, правой и левой боковой поверхности туловища, причинивших ему телесные повреждения») сделать вывод об умысле было можно, и суд правильно его сделал («установленные вердиктом присяжных заседателей фактические обстоятельства содеянного: характер и способ примененного к потерпевшему насилия, орудие преступления, локализация причиненных потерпевшему повреждений в область расположения жизненно важных органов человека свидетельствуют о прямом умысле А. на причинение смерти»).

Поэтому хочется выразить надежду, что это определение не станет практикоориентирующим¹⁷. Не должны же мы в XXI веке скатываться в пессимизм Средневековья, когда судьи утверждали, что «мысли человека не должны быть судимы, ибо самому дьяволу неизвестны мысли человека»¹⁸. И если «даже собака различает, случайно ли споткнулись об нее или пнули ногой»¹⁹, то уж присяжные точно в состоянии решить, с каким субъективным отношением действовал обвиняемый.



**ОЛЬГА ПАВЛОВНА
ПЛЕШАНОВА**

руководитель
аналитической службы
юридической фирмы
«Инфралекс», магистр
частного права

Тень на реестр

Дела давно минувших дней, связанные с обманутыми дольщиками, продолжают доходить до СКЭС ВС РФ. Очередной знаковый спор²⁰, очередной поиск справедливости, балансирование между вещным и обязательственным правом, решение *ad hoc* и фундаментальные проблемы, расшатывающие доктринальные основы. Главный вопрос этого кейса: как случилось, что госрегистрация договора долевого участия в строительстве (далее — ДДУ) не предотвратила повторную продажу квартиры, оплаченной дольщиком? Рассматриваемое дело ставит под сомнение как значение госрегистрации ДДУ, так и роль ЕГРН, затрагивая само понятие недвижимости и систему фиксации прав на нее.

¹⁶ Здесь можно провести параллель со сложившейся судебной практикой: считается допустимым не ставить вопрос о намерении в том или ином виде тогда, когда обвиняемым оспаривается не умышленность действий, а, например, в целом причастность к преступлению (см.: Определение ВС РФ от 15.03.2018 по делу № 56-АПУ18-ЗСП; определение Третьего апелляционного суда общей юрисдикции от 28.04.2023 по делу № 55-235/2023).

¹⁷ Отказ ставить перед присяжными вопрос о намерении может повлечь иную крайность на практике: не имея возможности признать содеянное доказанным с ограничительным ответом «без намерения лишить жизни», присяжные будут просто оправдывать.

¹⁸ Афоризм, приписываемый одному из английских судей на седьмом году правления короля Эдуарда IV (1468 год).

¹⁹ Другой афоризм, принадлежащий одному из столпов идеологии юридического прагматизма Оливеру У. Холмсу (см.: *Holmes O.W. The Common Law*. New York, 1991. Р. 3).

²⁰ Определение ВС РФ от 23.04.2024 № 305-ЭС20-23285 (6).



Фабула — почти детектив: два застройщика одного дома (оба — банкроты), два дольщика на одну квартиру (под разными номерами), два решения о признании права собственности.

Подмосковный застройщик ООО «ПКП „Лидер“» (далее — «Лидер») в 2009 году начал процесс банкротства²¹, в июне 2009-го в «Лидере» была введена процедура наблюдения по старым правилам Закона о банкротстве²². Дольщик Сергей Опрятин заключил с «Лидером» ДДУ на приобретение однокомнатной квартиры (единственного жилья). Договор был зарегистрирован в госреестре (тогда ЕГРП), деньги уплачены. В апреле 2010 года Опрятин в рамках дела о банкротстве «Лидера» подал в арбитражный суд заявление о включении своего требования в реестр кредиторов, однако суд это требование по каким-то причинам не рассмотрел, в реестр оно не вошло. 31 июля 2012 года «Лидер» был признан банкротом. В 2013 году имущество «Лидера» на основании мирового соглашения перешло к новому застройщику — ООО «Премьер-Инвест», который обязался достроить дом, передать дольщикам квартиры, а также выступил поручителем перед кредиторами, включая зарегистрированных и не заявивших свои требования.

В 2018 году дом был введен в эксплуатацию, а в 2020 году уже «Премьер-Инвест» был признан банкротом²³ с применением правил параграфа 7 главы IX «Банкротство застройщиков» Закона о банкротстве²⁴. Опрятин квартиру не получил и потребовал предоставить ее через суд в рамках дела о банкротстве «Премьер-Инвеста». Суд первой инстанции признал за дольщиком право собственности, однако апелляционная и кассационная инстанции отказали: в момент заключения мирового соглашения по делу «Лидера» требование Опрятин в реестре кредиторов отсутствовало, к «Премьер-Инвесту» оно не перешло, а квартира изменила номер и была передана другому лицу, которое в 2016 году заключило ДДУ с «Премьер-Инвестом». Право собственности этого нового дольщика в 2022 году признал Арбитражный суд Московской области²⁵, сейчас квартира успешно перепродана.

СКЭС ВС РФ отменила все судебные акты и направила дело Опрятин на новое рассмотрение, предписав найти правовой механизм защиты дольщика. Причиной проблем СКЭС ВС РФ назвала бездействие конкурсного управляющего «Лидера», проигнорировавшего требование Опрятин, и пассивность «Премьер-Инвеста», не проверившего требования дольщиков по госреестру. Возлагать на дольщика негативные последствия такого бездействия, подчеркнула СКЭС ВС РФ, недопустимо. Требования Опрятин по ДДУ в полной мере перешли к «Премьер-Инвесту», а продажа квартиры иному лицу не лишает возможности восстановить права дольщика иными способами. СКЭС ВС РФ назвала два: предоставить Опрятину квартиру за

²¹ Дело АС Московской области № А41-5313/2009.

²² Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

²³ Дело АС Московской области № А41-60300/2019.

²⁴ Параграф 7 главы IX Закона о банкротстве введен Федеральным законом от 12.07.2011 № 210-ФЗ.

²⁵ Определение АС Московской области от 21.02.2022 по делу № А41-60300/2019.

счет имеющихся в распоряжении «Премьер-Инвеста» свободных квартир либо возместить рыночную стоимость спорной квартиры.

Второй способ, предусмотренный абз. 3 подп. 4 п. 1 ст. 201.1 Закона о банкротстве и соответствующий классическим подходам ст. 398 ГК РФ, вряд ли будет эффективным: «Премьер-Инвест» — банкрот. Интерес представляет первый способ — его СКЭС ВС РФ предложила с применением аналогии Закона о банкротстве, позволяющего с согласия должника передавать ему иное жилое помещение²⁶. На практике сделать это возможно, тем более что даже в обычном обороте итоговые характеристики квартир по ДДУ часто отличаются от проектных (не соответствует метраж, например).

Проблемы возникают в доктринальной сфере: решение ВС РФ, основанное на понимании справедливости, ломает не только фундаментальные начала российского права собственности, но и подходы, выработанные судебной практикой ранее. Е.А. Суханов подчеркивает, что правовой режим вещных прав, включая право собственности, характеризуется «юридической прочностью» (обеспеченностью), право собственности предоставляет полное господство над вещью, объектом вещных прав могут служить только индивидуально-определенные вещи (принцип специализации), основополагающим является также принцип публичности (фиксация права в реестре)²⁷. В отношении участников долевого строительства Е.А. Суханов высказывается иронично, подчеркивая, что собственником можно стать только после реального создания застройщиком объектов недвижимости и госрегистрации прав на готовые объекты²⁸.

С точки зрения классики отношения по ДДУ следует рассматривать исключительно как обязательственно-правовые: должники могут удовлетворить свои потребности (получить построенные квартиры) только с помощью действий обязанных лиц — застройщиков, если они исполняют свои обязательства. «Если же такое требование не исполняется обязанным лицом, управомоченное лицо может удовлетвориться лишь компенсацией убытков, так и не получив необходимой ему вещи в свое хозяйственное господство, тогда как основным гражданско-правовым способом защиты вещного права является истребование соответствующей вещи в натуре (виндикационный иск)», — пишет Е.А. Суханов²⁹. Таким образом, классический подход позволяет должнику в рассматриваемом деле требовать только возмещения убытков.

Закон о банкротстве и судебная практика от классических канонов давно отошли. Правила банкротства застройщиков, а также создание государственных механизмов защиты должников ставят во главу угла удовлетворение требований граждан о получении жилья. Здесь, впрочем, можно

²⁶ Определение ВС РФ от 23.04.2024 № 305-ЭС20-23285 (6) содержит ссылку на подп. 6 п. 4 ст. 201.11 Закона о банкротстве, но, вероятно, ссылка указана ошибочно: подходящая по содержанию норма содержится в подп. 6 п. 3 ст. 201.11 Закона о банкротстве.

²⁷ Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М., 2024. С. 65–69.

²⁸ Там же. С. 73.

²⁹ Там же.



говорить не о защите вещных прав, а об обеспечении надлежащего исполнения обязательств по ДДУ с ярко выраженным приоритетом исполнения в натуре. Судебная же практика пошла дальше, признавая за дольщиками право собственности как на построенные квартиры³⁰, так и на объекты незавершенного строительства.

Одним из противоречий между упраздненным ВАС РФ и ВС РФ как раз-таки было признание за гражданами права собственности на долю в строящихся домах (по сути, на квартиру, оплаченную по ДДУ). ВС РФ выступал за³¹, арбитражные суды — против. Возникали проблемы: отдельные граждане-дольщики успевали получить в суде общей юрисдикции решения о признании их собственниками недостроенных квартир, а арбитражные суды, рассматривающие дела о банкротстве застройщиков, не знали, что делать с недостроенным домом и требованиями остальных кредиторов. После объединения судов СКЭС ВС РФ в феврале 2015 года создала прецедент: было признано право собственности гражданина на долю в праве общей долевой собственности на недостроенный московский дом — по факту на трехкомнатную квартиру³².

Проблем меньше не стало — это показали, в частности, дела пайщиков строительных кооперативов. В 2019 году Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ успешно разрешила спор о сочинских гаражах: лица, полностью внесшие паевой взнос за объект недвижимости, приобретают право собственности на него в полном объеме с момента внесения паевого взноса³³. Воспользоваться красивым прецедентом, однако, смогли не все. В частности, пайщики краснодарского ЖСК «Парковый» (банкрот с августа 2018 года), полностью внесшие паи, собственниками индивидуальных домов не стали: домов оказалось меньше, чем пайщиков, отдавать дома одним в ущерб другим нельзя, имущество надо включать в конкурсную массу и делить по правилам Закона о банкротстве³⁴.

В деле Опрятинина вопрос ставится значительно шире: речь идет не об индивидуально-определенной вещи, а о возможности передать в собственность вещь, определенную родовыми признаками (похожая квартира). К вещно-правовым способам защиты это не относится и лишний раз подчеркивает, что права по ДДУ вещными считаться не могут, а попытки притянуть их туда заходят в тупик. Здесь, однако, возникает фундаментальный вопрос: каково значение госрегистрации ДДУ в реестре недвижимости, причем как некоего самостоятельного права, на которое можно установить еще и залоговое обременение?

³⁰ В деле Опрятинина споры о признании права собственности рассматривались после ввода дома в эксплуатацию.

³¹ См.: п. 17 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости (утв. Президиумом ВС РФ 04.12.2013).

³² Определение ВС РФ от 24.02.2015 № 305-ЭС14-1186 по делу № А40-80775/2013.

³³ Данный тезис см. в п. 7 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 22.07.2020). В основе лежит Определение ВС РФ от 16.07.2019 № 18-КГ19-54.

³⁴ Определение ВС РФ от 16.10.2023 № 308-ЭС20-6795 (4) по делу № А32-45311/2017.

В 1990-е годы, когда началось долевое строительство, практика столкнулась с многократной продажей одной и той же «квартиры». Для борьбы со злоупотреблениями ввели регистрацию ДДУ (тогда — инвестконтрактов), которая изначально имела учетный характер и по своей природе не относилась к госрегистрации прав на недвижимость³⁵. Сейчас ситуация иная: ДДУ должны регистрироваться в ЕГРН (ст. 17 Закона № 214-ФЗ³⁶) по правилам Закона о госрегистрации недвижимости³⁷. Особенности регистрации ДДУ и перечень необходимых документов указаны в ст. 48 этого Закона (в ней описан технический алгоритм регистрации договора), однако общие положения о реестре сформулированы в ст. 9. Из п. 1 и 2 ст. 9 следует, что в реестр вносятся сведения о вещных правах, обременениях, об отдельных видах сделок, а также определенные дополнительные сведения. В ст. 48 Закона не уточняется, какое именно право возникает из ДДУ и регистрируется, однако в названии главы 6, где размещена ст. 48, говорится об особенностях «государственной регистрации отдельных видов прав на недвижимое имущество». Получается, что права по ДДУ притягиваются к вещным, а проектная декларация и котлован — к недвижимости.

Дальше — больше: ипотека прав по ДДУ. Правила Закона об ипотеке³⁸ применяются к залому права требования участника долевого строительства (ст. 74). Различия между залогом прав и залогом недвижимости стираются, хотя, по сути, предмет залога являются обязательственные права по ДДУ. Окончательно границы стерты в Законе об ипотечных ценных бумагах³⁹: в состав ипотечного покрытия входят «обеспеченные ипотекой и (или) залогом прав требования участника долевого строительства требования» (ч. 1 ст. 3⁴⁰).

Очевидно, что смешение прав по ДДУ с вещными правами было сделано в угоду развитию ипотечного жилищного кредитования: удобно регистрировать в едином госреестре, удобно кредитовать под залог, проще секьюритизировать ипотечные кредиты. Если сказать, что права по ДДУ — это обязательственные права, то систему кредитования и регистрацию придется выстраивать иначе со сложной интеграцией записей о готовых объектах в ЕГРН. Неудобно.

Дело Опрятинина, однако, показало, что наличие регистрационной записи о ДДУ в госреестре не воспрепятствовало двойной продаже объекта, т.е. си-

³⁵ См., напр.: Распоряжение Мэра Москвы от 28.11.1997 № 935-РМ «Об утверждении временного положения об учетной регистрации инвестиционных контрактов и договоров о привлечении финансовых средств в жилищное строительство в г. Москве».

³⁶ Федеральный закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации».

³⁷ Федеральный закон от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости».

³⁸ Федеральный закон от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)».

³⁹ Федеральный закон от 11.11.2003 № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах».

⁴⁰ Включать в состав ипотечного покрытия права по ДДУ разрешил Федеральный закон от 02.08.2019 № 261-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „Об ипотечных ценных бумагах“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации».



стема, при которой ДДУ почти приравнивали к правовому режиму недвижимости, дала сбой. Изменение условного номера квартиры, первоначально указанного в проектной декларации, правового значения иметь не может: при госрегистрации учитываются многие характеристики (проектная декларация, параметры и планировка квартир и др.), позволяющие идентифицировать объект, и добросовестное изучение сведений госреестра позволило бы выявить подмену. Возникают вопросы: можно ли считать добросовестным второго дольщика, заключившего ДДУ с «Премьер-Инвестом», обязан ли дольщик проверять данные госреестра и полагаться на них, а главное, как получилось, что в госреестре оказались зарегистрированы два ДДУ в отношении одного объекта (регистратор должен был увидеть наличие ДДУ, заключенного ранее) и как арбитражный суд признал второго дольщика собственником квартиры в обход первого?

Частный случай поднимает совсем не частные проблемы, связанные с госреестром и институтом госрегистрации недвижимости. Система показала свою уязвимость — вероятно, неизбежную при госрегистрации ДДУ и крайне запутанном банкротстве застройщиков (особенно по ранее действовавшим правилам), но бросающую тень на всю систему фиксации прав на недвижимость.

Искусственные конструкции в долевом строительстве и квазиправа дольщиков уже приводили к проблемам, пусть не столь масштабным. В 2018 году СКЭС ВС РФ прямо сказала, что декларируемое Законом № 214-ФЗ залоговое обеспечение прав дольщиков имуществом застройщика полноценного залога не создает⁴¹. Благо к тому времени уже начался переход на использование счетов эскроу с отменой квазизалога для дольщиков (ч. 1 ст. 13 Закона № 214-ФЗ). В роли гарантов возврата дольщикам денег выступили банки.

Счета эскроу, безусловно, служат дополнительной защитой: банк сам заинтересован проверить при открытии счета сведения о госрегистрации ДДУ, двойные продажи сейчас, скорее всего, исключены. Вывод тем не менее парадоксальный: банки, а не госреестр стали «последней рукой» и определяющим звеном в механизме долевого строительства, значение госрегистрации ДДУ стало чисто техническим, необходимым для удобства банков.

Что в остатке? ЕГРН — единый и неделимый, система одна для всех, будь то вещные права или ДДУ. При этом природа прав по ДДУ, их фиксация и обеспечение — совсем не то же самое, что госрегистрация вещных прав и их обременений. В случае с ДДУ госрегистрация имеет больше техническое значение, необходимое банкам, и не гарантирует защиту прав дольщиков. Является ли в этой ситуации госрегистрация ДДУ, искусственно притянутых к недвижимости, лишним придатком ЕГРН или качество всей системы таково, что защита не гарантирована никаким правообладателям, даже если речь идет о вещных правах?

⁴¹ Определение ВС РФ от 16.04.2018 № 305-ЭС16-10864 (известное дело ООО «Римэка»).



**ВЛАДИСЛАВ
ЛЕОНИДОВИЧ
ТОЛСТЫХ**

профессор кафедры
международного права
МГИМО МИД России,
ведущий научный
сотрудник Института
востоковедения РАН,
доктор юридических
наук

Первые решения ЕСПЧ по климатическим делам: бежать раньше, чем идти?

9 апреля 2024 года Большая палата ЕСПЧ вынесла постановления по трем климатическим делам: *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (жалоба № 53600/20), *Carême v. France* (№ 7189/21), *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others* (№ 39371/20). В них Суд впервые обозначил свою позицию по ряду принципиальных вопросов, которые до этого уже были рассмотрены другими международными и национальными органами, в частности Межамериканским судом по правам человека в консультативном заключении от 15 ноября 2017 года об обязательствах, касающихся окружающей среды, Верховным судом Нидерландов в решении от 20 декабря 2019 года по делу *Urgenda*, Комитетом по правам ребенка в решении от 22 сентября 2021 года по делу *Sacchi, et al. v. Argentina, et al.* и Конституционным судом Германии в решении от 29 апреля 2021 года по делу *Neubaurer et al.*

В деле *KlimaSeniorinnen* организация «Женщины старшего поколения за защиту климата Швейцарии» и четыре ее члена утверждали, что Швейцария не принимает адекватных мер для ограничения потепления, что нарушает ст. 2 (право на жизнь) и 8 (право на уважение частной и семейной жизни) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Претензии заявителей были рассмотрены и отклонены национальными судами. ЕСПЧ пришел к следующим выводам.

Последствия наступают в результате совокупных выбросов парниковых газов (ПГ), поэтому причинно-следственная связь между действиями властей в одной стране и причиненным там вредом неизбежно является *хрупкой и косвенной* (п. 439 постановления). Тем не менее в силу принципа общей, но дифференцированной ответственности каждое государство несет *свою долю ответственности*, определяемую его возможностями, а не действиями других государств (п. 442). Не обязательно доказывать, что «если бы» не действия властей, то вред бы не наступил; достаточно того, что разумные меры, которые не были приняты, могли повлиять на результат (п. 444).

Национальные власти имеют прямую легитимацию и могут оценивать вопросы экологической политики лучше, чем международный суд (п. 449). Свобода их усмотрения, однако, не является неограниченной и контролируется Судом (п. 450).

Заявитель, претендующий на статус жертвы в делах об изменении климата, должен доказать, что он пострадал от бездействия властей *лично и непосредственно*. Для этого следует установить, во-первых, высокую интенсивность воздействия неблагоприятных последствий и, во-вторых, острую необходимость обеспечить индивидуальную защиту в связи с отсутствием или неадекватностью имеющихся мер (п. 487). Порог соответствия этим критериям высок и зависит от местных условий и индивидуальных особенностей (п. 488).

В делах об изменении климата ассоциации (неправительственные организации) могут представлять предположительных жертв (даже если сами не яв-



ляются жертвами) (п. 498). Соответствующая ассоциация должна: (а) быть законно учрежденной в определенной стране или иметь право вести там деятельность; (b) преследовать особую уставную цель, предполагающую подачу коллективных исков для защиты прав ее членов или иных лиц; (c) быть квалифицированной и представительной. *Locus standi* ассоциации не зависит от того, признаны ли жертвами лица, от имени которых было возбуждено дело (п. 502).

KlimaSeniorinnen соответствует этим критериям. Индивидуальные заявители, наоборот, не могут быть признаны жертвами. Хотя тепловые волны повлияли на качество их жизни, они не подвергались неблагоприятному воздействию настолько интенсивно, чтобы им потребовалась индивидуальная защита. Они не страдали от какого-либо критического состояния здоровья, возможное обострение которого, связанное с тепловыми волнами, не могло бы быть облегчено доступными адаптационными мерами (п. 533).

Позитивные обязательства по ст. 2 и 8 требуют от государства: (а) создать адекватные законодательные и административные рамки и регулировать лицензирование, запуск, функционирование и безопасность деятельности; (b) эффективно применять эти рамки на практике; (c) не выходить за пределы своей свободы усмотрения; (d) проявлять должную осмотрительность и учитывать конкурирующие интересы; (e) обеспечивать доступ к информации, позволяющей людям оценивать риски для здоровья (п. 538). Глобальные цели, изложенные в Парижском соглашении согласно Рамочной конвенции об изменении климата, должны лежать в основе внутренней политики, но сами по себе не могут служить критерием для оценки соблюдения государствами Конвенции; каждое государство должно определить собственный путь достижения углеродной нейтральности (п. 547). Для защиты прав, закрепленных в ст. 8, каждое договаривающееся государство должно принять меры по сокращению выбросов с целью достижения чистой нейтральности в течение ближайших трех десятилетий (п. 548).

При реализации своей свободы усмотрения каждое государство должно: (а) определить срок достижения углеродной нейтральности и остаточный углеродный бюджет на этот срок в соответствии с принятыми обязательствами; (b) установить промежуточные целевые показатели и направления сокращения выбросов; (c) выполнять эти целевые показатели; (d) обновлять целевые показатели с учетом наилучших данных; и (e) разрабатывать и реализовывать эти меры своевременно, должным и последовательным образом (п. 550).

Швейцарские регуляторные рамки содержат критические пробелы (отсутствие промежуточных целевых показателей); кроме того, Швейцария не выполнила свои предыдущие показатели. Таким образом, она нарушила ст. 8 (п. 573–574).

Судья Эйке в своем особом мнении указал, что большинство, по сути, создало новое право на эффективную защиту от неблагоприятных последствий, вызванных изменением климата, а также легитимировало *actio popularis*; в этом смысле оно «попыталось бежать раньше, чем смогло идти» (п. 68). Решение

Суда дает ложную надежду на то, что судебные решения могут ускорить принятие необходимых мер по борьбе с изменением климата, и отвлекает от реальных усилий в этой области (п. 69).

В деле *Carême* бывший мэр г. Гранд-Синт подал заявление в Государственный совет Франции, утверждая, что его дом расположен в районе, который к 2040 году может подвергнуться наводнению в связи с бездействием правительства. Совет отклонил это заявление. ЕСПЧ, в свою очередь, счел жалобу г-на Карема на нарушение ст. 2 и 8 Конвенции неприемлемой. Основываясь на критериях, изложенных в деле *KlimaSeniorinnen*, Суд указал, что риск, затрагивающий заявителя, является гипотетическим. Кроме того, заявитель более не проживал во Франции и не имел там собственности (он проживал в Брюсселе).

В деле *Duarte Agostinho* шестеро граждан Португалии в возрасте от 8 до 21 года утверждали, что последствия изменения климата, вменяемые 33 государствам (тепловые волны и лесные пожары), затрагивают их права по ст. 2, 3 и 8 Конвенции. Они не обращались к властям и не пытались использовать внутренние средства защиты, ссылаясь на скромные финансовые возможности и ограниченные перспективы успеха.

Суд напомнил, что в силу ст. 1 юрисдикция государства является *в первую очередь территориальной*; экстерриториальная юрисдикция признается лишь в исключительных случаях осуществления государством эффективного контроля над определенным районом или осуществления агентом государства власти или контроля в отношении индивидов (п. 170).

Заявители утверждали, что юрисдикция должна зависеть от содержания обязательств, наличие которых должен был установить Суд. Суд, однако, счел, что эти обязательства не могут служить основанием для признания юрисдикции государства в отношении лиц, находящихся за пределами его территории и вне его контроля; кроме того, между заявителями и ответчиками не было никаких отношений, в силу которых ответчики обязаны были бы учитывать ситуацию заявителей (п. 198–199). Заявители также утверждали, что установление экстерриториальной юрисдикции облегчит слушание климатических дел. Конвенция, однако, не была разработана для защиты окружающей среды — эту функцию выполняют другие договоры и внутреннее законодательство (п. 201). Заявители также утверждали, что ответчики осуществляют контроль над их конвенционными интересами. Экстерриториальная юрисдикция по смыслу ст. 1, однако, предполагает *контроль над лицом*, а не над его интересами. Использование этого критерия привело бы к критическому отсутствию предсказуемости сферы действия Конвенции: любой человек, пострадавший от изменения климата, в каком бы месте он ни ощущал его последствия, мог бы оказаться под юрисдикцией любой договаривающейся стороны (п. 205–206). Таким образом, *юрисдикцией обладает только Португалия; все остальные ответчики ею не обладают*.

Далее Суд рассмотрел вопрос об исчерпании внутренних средств. В Португалии признается право на благоприятную окружающую среду (ст. 66 Конститу-



туции), возможна подача коллективных исков, имеются механизмы, компенсирующие отсутствие средств на представительство в суде. Существование простых сомнений относительно перспектив успеха средства защиты, которое не является очевидно бесполезным, не является уважительной причиной для его неисчерпания (п. 225). Если бы заявители выполнили требование об исчерпании, национальные суды смогли бы рассмотреть вопрос о совместности оспариваемых мер с Конвенцией, а Суд смог бы воспользоваться их выводами и оценкой. Таким образом, заявители не предприняли надлежащих шагов для того, чтобы национальные суды выполнили в рамках конвенционной системы свою основную роль, по отношению к которой роль Суда носит вспомогательный характер (п. 226). В связи с этим жалоба заявителей против Португалии была признана неприемлемой.

Позиция Суда выглядит довольно консервативной: Суд не нашел оснований для того, чтобы изменить традиционные подходы к определению юрисдикции и исчерпанию внутренних средств, и сформулировал ограничительные критерии для предоставления индивиду статуса жертвы. Таким образом, он переложил основное бремя по защите климатических интересов на государства и их суды, избавив себя от необходимости рассматривать массовые иски такого рода. Единственное исключение — активистская позиция, занятая в отношении *locus standi* ассоциаций, которые благодаря Суду получили новый стимул для своей деятельности. Важной новеллой также является уточнение позитивных обязательств, вытекающих из ст. 8, — позиция Суда в этой части наверняка станет ориентиром для национальных судов.



**АНТОН АЛЕКСАНДРОВИЧ
ИВАНОВ**

научный руководитель
факультета права
НИУ «Высшая
школа экономики»,
ординарный профессор,
кандидат юридических
наук

Нежилые апартаменты для целей проживания vs жилые помещения

По данным исследований рынка, по состоянию на апрель сего года растет спрос на сервисные апартаменты — арендуемое жилье, предполагающее гостиничное обслуживание⁴². Если растет спрос на подобные формально нежилые помещения, которые, однако, планируют использовать для проживания, значит, это кому-нибудь нужно... А нужно это тем, кто хочет зарабатывать на гостиницах и хостелах. Создание таких коммерческих объектов в жилых домах законодатель сделал крайне затруднительным, почти невозможным, хотя разницы между ними и жилыми помещениями, по сути, нет никакой — разве что сроки пользования и социальные гарантии, которые сейчас реально сохранились не для всех жилых помещений. Для остальных помещений разница нивелируется договорными положениями, которые легко спроектировать таким образом, что ее не будет.

Ясно, что жилые помещения как правовая категория — советский атавизм, который, правда, при определенных условиях способен превратиться в раковую опухоль. Этот атавизм можно устранить. Сроки пользования, если их

⁴² См.: <https://realty.rbc.ru/news/6620f9969a79471bf6512463?f> (дата обращения: 22.05.2024).

допустимо менять, и сейчас не проблема. А жилищные льготы всегда можно привязать к определенной категории субъектов и не городить ради этого целый кодекс, который без них останется публично-правовым актом. Жаль, что это мечты, которым в ближайшее время не суждено сбыться, поскольку сформировался огромный пласт бюрократии, который зарабатывает на управлении жилищным фондом и так просто от своего положения никогда не откажется.

Но не будем о грустном! Если теперь легально держать мини-отель или хостел в жилом доме максимально затруднительно, а рынок в таких объектах нуждается, то свято место пусто не бывает. И взгляд инвесторов обратился на апартаменты. Да, в отличие от жилых помещений, они имеют усеченный режим в плане регистрации жильцов или льготной ипотеки (процент для апартаментов выше), но на передаче их в целях проживания данные различия никак не сказываются. И в жилых помещениях собственники стараются не регистрировать жильцов во избежание проблем с их последующим выселением (о чем имеется противоречивая судебная практика). А разница в проценте по ипотеке не так уж велика.

Зато апартаменты можно законно «нарезать» на куски и сдавать их для проживания как отели или хостелы. И никакой управдом Варвара Сергеевна Плющ к вам не придет. Как правило, в нежилых зданиях нет ограничений на размещение там упомянутых объектов — главное, соблюдать правила владения, пользования и распоряжения общим имуществом. И такое здание может быть не только вновь построенным, но и реконструированным, а значит, вполне способным появиться в центре города. Другое дело, что раньше нежилые помещения для целей проживания не сдавались, теперь же вырастет нагрузка на инфраструктуру нежилых зданий, которая будет использоваться круглосуточно. Но договорное регулирование и здесь поможет.

Взамен предприниматели получают более доброжелательную договорную среду без недовольных жильцов и их объединений, коммунальных служб и государственных контролирующих органов. Так что в условиях столь жесткого жилищного законодательства собственники апартаментов обретут ощутимую регуляторную свободу. Не исключено, что за ними потянутся те, кто собирается сдавать помещения для проживания на более длительный срок, т.е. как жилые помещения в арендных (доходных) домах, но без никому не нужных формальностей. И в самом деле: какая разница, какой срок пользования — день, неделя, месяц или год. Зато собственник получает намного большую степень свободы.

Пока, конечно, ничего этого нет. В отношении жилых помещений формально сохраняются льготы по оплате коммунальных услуг, хотя с учетом затрат на содержание «жилищной надстройки» они давно стали иллюзорными. За них держатся те, кто за их счет кормится, изображая, что они заботятся о простых людях. Если пофантазировать, то можно представить себе ситуацию, при которой цена на апартаменты для свободного использования превысит цену на аналогичные жилые помещения. В самом деле, в цене должны отражаться транзакционные издержки, которые применительно к жилым помещениям



выше. А чрезмерная бюрократизация всегда увеличивает издержки, просто рынок реагирует на нее с опозданием. Посмотрим...

Что может помешать свободному использованию апартаментов для проживания? На мой взгляд, некоторые атавизмы нашего гражданского законодательства о зданиях (сооружениях). В советские времена нежилые здания были выведены из свободного оборота: граждане их собственниками быть не могли, коммерческие юридические лица не существовали. Соответственно, и регулирования режима нежилых зданий (помещений) в Гражданском кодексе (ГК) не было. Когда в начале 90-х данные объекты попали в гражданский оборот, то к ним отнеслись с прохладцей, поскольку во главу угла были поставлены жилые здания (помещения). Нежилые же регулировались по остаточному принципу.

Нежилое — это всё, кроме жилого. Нежилое целевое назначение никак не сегментируется. Для жилых — специальные правила и ограничения, для нежилых — общие, и т.д. Те же тенденции сохранились и в изменениях ГК годичной давности. В жилых домах могут быть нежилые помещения, но на них распространяются правила и ограничения для жилых домов. Напротив, в нежилых домах возникновение жилых помещений не предусмотрено, но и запрета нет. А если кто-то переведет нежилое помещение в таком доме в жилое, что будет? В условиях нынешнего регулирования нежилое здание станет жилым, а значит, на всех собственников будут распространены ограничения, установленные в Жилищном кодексе (ЖК). Неприятный сюрприз!

И удачного законодательного выхода пока я не вижу. Если в нежилых зданиях не может быть жилых помещений, то как объяснить, что в жилых домах они имеются и подчиняются тем же правилам, что и иные жилые помещения? Возможен вариант, при котором будет установлен процент помещений определенного назначения (жилого или нежилого) для того, чтобы признать, что здание станет соответственно жилым или нежилым. Но тогда нужно будет лишить режима жилых зданий то, где жилых помещений меньше установленного процента, например 50%. К тому же режим нежилого здания (сооружения) прописан в законодательстве довольно скудно и гораздо большую роль применительно к нему играют нормы земельного и градостроительного законодательства.

Никуда не деться, подробно прописывать режим зданий (сооружений) различного назначения придется, иначе из-за пробелов и применения законодательства по аналогии возникнет слишком много проблем. Нельзя забывать и о конфликте интересов собственников жилых и нежилых помещений. На этом фоне он обострится. Понятно, что нужно унифицировать правила управления общим имуществом и жилого, и нежилого здания. Сохраняющиеся сейчас различия трудно объяснить, особенно с учетом того, что ЖК исходил из одной концептуальной модели жилой недвижимости, а ГК в рамках поправок годичной давности — из принципиально другой. В общем, дел невпроворот.

В порядке первого приближения удачными были бы унификация правового режима жилых и нежилых зданий (сооружений) и сосредоточение различий

лишь в режиме жилых и нежилых помещений. Конечно, это потребовало бы радикального изменения норм ЖК вплоть до утраты им самостоятельности. Но такая перетряска с учетом недавно внесенных в ГК изменений все равно потребует. Не знаю, есть ли для этого научные силы или все останется по-старому. Зато будет усилена роль договорного регулирования, которое свойственно нежилым помещениям, и появится возможность ограничить вмешательство жилищной бюрократии в гражданские отношения, что уже немало.

Что получится? Есть здания и сооружения, у них одинаковый режим. Они могут быть разделены на жилые и нежилые помещения. Для жилых помещений (но не зданий) устанавливается специальный режим. Способы управления общим имуществом зданий (сооружений) унифицируются. Собственники помещений могут принять единогласное решение о том, что в здании (сооружении) могут быть только жилые или только нежилые помещения. Если режим помещений смешанный, должен действовать временный режим, позволяющий принудительно выкупать помещения. Этот режим нужно тщательно продумать.



**МАРИЯ АНДРЕЕВНА
УДОДОВА**

старший юрист *BGP
Litigation*, адвокат,
кандидат юридических
наук

Новое в вопросах конфискации зарубежных суверенных активов РФ и российский ответ

1. Изъятие доходов от российских суверенных заблокированных активов

Мы все помним апрельский закон, который наделил президента США правом во внесудебном порядке конфисковывать российские суверенные активы для последующей передачи их Украине⁴³. Совет ЕС не заставил себя долго ждать и в конце мая представил свой вариант помощи Украине за счет доходов от российских заблокированных активов⁴⁴.

В версии ЕС речь идет только об активах Банка России, которые заблокированы на счетах европейских депозитариев *Euroclear* и *Clearstream*, а точнее — о доходах, которые с 15 февраля 2024 года образовались у депозитариев в результате управления этими активами. Иные доходы от российских суверенных активов, полученные по ним вне управления депозитариями (например, купоны, дивиденды, начисляемые на активы Банка России), не затрагиваются. Активы частных инвесторов и любые доходы, связанные с ними, — также вне принятого майского Регламента.

Итак, Совет ЕС законодательно закрепил следующий механизм. Европейские депозитарии должны будут перечислить доходы, полученные от управления

⁴³ Публичное право № 118-50. URL: <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/815/all-actions> (дата обращения: 05.06.2024).

⁴⁴ Регламент Совета ЕС от 21.05.2024 № 2024/1469 «О внесении изменений в Регламент 833/2014 «Об ограничительных мерах в связи с действиями России, дестабилизирующими ситуацию на территории Украины (далее — Регламент). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202401469 (дата обращения: 05.06.2024).



заблокированными активами Банка России начиная с 15 февраля 2024 года, в Европейский фонд мира. В феврале 2024 года в его структуре появился Фонд помощи Украине⁴⁵. Денежные средства должны перечисляться два раза в год.

Какие суммы будут перечисляться? 99,7% чистой прибыли, полученной от управления активами. При этом депозитарии вправе удержать 10% из этой суммы в интересах соблюдения требований к управлению капиталом и риск-менеджменту. По запросу депозитариев размер удерживаемого процента может быть увеличен. Тем самым на помощь Украине планируется отправлять максимум 89,7% чистой прибыли депозитариев. Так будет до 1 января 2025 года, после механизм распределения прибыли может быть пересмотрен⁴⁶.

Что нельзя оставить без внимания? Совет ЕС прямо в Регламенте, действуя на опережение, предпринял попытку ответить на ожидаемые претензии по поводу нарушения безусловного права собственности, следующего из норм общесоюзного законодательства, а также норм о суверенных иммунитетах. Указывается, что доходы, которые планируется изымать, не являются суверенными активами, поэтому ст. 17 Хартии ЕС об основных правах (далее — Хартия) не применяется, а нормы о суверенных иммунитетах не нарушаются.

Действительно ли не нарушаются ст. 17 Хартии и законы о суверенных иммунитетах? Вероятно, мы будем наблюдать за формированием практики в режиме реального времени, поскольку ситуация уникальна. Технически ЕС создал нормативную основу, согласно которой передаются средства, «заработанные» европейскими депозитариями на управлении активами. Однако игнорируется тот факт, что сама необходимость управления активами вызвана неправомерной блокировкой, поэтому легитимность новой нормы очевидно сомнительна.

2. Россия — ответный ход

Вариации ответных действий России изначально были ограничены, поскольку целью таковых в основном могут быть только иностранные частные (а не суверенные) активы. А это, безусловно, вызывает вопросы о соразмерности ответных действий. Обсуждалась, например, перспектива изъятия в пользу государства выплат по заблокированным активам иностранных инвесторов на счетах типа «С»⁴⁷.

⁴⁵ Регламент Европейского парламента и Европейского совета от 29.02.2024 № 2024/792 об учреждении Фонда помощи Украине. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/792/oj> (дата обращения: 05.06.2024).

⁴⁶ Приложение XLX к Регламенту. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L_202401469 (дата обращения: 05.06.2024).

⁴⁷ Эксперты Reuters рассказали о возможных мерах России в ответ на конфискацию активов // Forbes. 2024. 2 мая. URL: <https://www.forbes.ru/finansy/511622-eksperty-reuters-rasskazali-o-vozmozhnyh-merah-rossii-v-otvet-na-konfiskaciu-aktivov> (дата обращения: 05.06.2024).

Россия уже приняла ответные меры, но пока только на действия Соединенных Штатов. Двадцать третьего мая 2024 года Президент РФ подписал Указ № 442 «О специальном порядке компенсации ущерба, причиненного Российской Федерации и Центральному банку Российской Федерации в связи с недружественными действиями Соединенных Штатов Америки» (далее — Указ). Указом предусмотрены правовые основания для обращения в российский суд с заявлением об установлении факта необоснованного лишения российского правообладателя прав на имущество в связи с решением государственного или судебного органа Соединенных Штатов Америки и о компенсации ущерба. Механизм компенсации такого ущерба разработает Правительство РФ, на что предусмотрено четыре месяца. Заявителем в суде сможет выступать российский правообладатель — Центральный банк или Минфин.

Суд, в производстве которого будет заявление, направляет запрос в Правительственную комиссию по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации для выявления имущества США, граждан, резидентов и иных лиц, связанных с США, которое может быть использовано для компенсации ущерба.

Разница в версиях американской и российской конфискаций очевидна. В первом случае могут быть конфискованы только суверенные активы. Во втором — в целях компенсации ущерба могут передаваться как государственные, так и частные активы, находящиеся на территории России. Это движимое и недвижимое имущество, ценные бумаги, доли в уставных (складочных) капиталах российских юридических лиц, имущественные права, принадлежащие как государству, так и гражданам или резидентам Соединенных Штатов.

Является ли такой ответ симметричным? Полагаем, что он приспособлен под российские возможности. Создание нормативной основы для компенсации ущерба за счет американских частных активов, вероятно, призвано оказать сдерживающий эффект — оставить право президента США конфисковывать российские суверенные активы на бумаге и не дать ему реализоваться на практике.

Является ли Указ ответом и на европейскую конфискацию? Исходя из буквы закона, нет. Основанием для применения правовых средств, предусмотренных Указом, является решение государственного или судебного органа Соединенных Штатов. Иных оснований не предусмотрено. Такую позицию начинают занимать и суды: «В отношении Королевства Норвегия такого рода указ не издавался на дату рассмотрения спора в суде. В связи с чем правовых оснований для рассмотрения иска не имеется»⁴⁸.

Неторопливость российского законодателя, проявляемая в ответ на нормы ЕС об изъятии доходов от российских суверенных заблокированных активов, можно объяснить несколькими причинами.

⁴⁸ Постановление Девятнадцатого ААС от 24.05.2024 № 19АП-2752/2024 по делу № А35-6794/2023.



Во-первых, именно в ЕС заблокирована большая часть российских суверенных активов, и на текущий момент конфискация «по версии ЕС» носит довольно ограниченный характер. Тело активов Банка России и доходы, начисленные на них, не затрагиваются (в отличие от права президента США конфисковывать сами активы), а по-прежнему остаются заблокированными до момента отмены режима ограничительных мер ЕС. Это объясняет осторожность российского законодателя в принятии любых зеркальных мер. Кроме того, если в дальнейшем факт изъятия доходов состоится, Россия может обратиться в международный инвестиционный арбитраж против Бельгии и/или Люксембурга.

Во-вторых, сейчас реализуется механизм обмена заблокированными активами, который осуществляется в порядке Указа Президента РФ от 8 ноября 2023 года № 844 «О дополнительных временных мерах экономического характера, связанных с обращением иностранных ценных бумаг». На текущий момент собраны оферты на продажу заблокированных иностранных ценных бумаг, принадлежащих российским частным инвесторам⁴⁹. Далее будут собираться заявки нерезидентов на покупку сформированных лотов. Любые ответные решения могут повлиять на практическую эффективность данного механизма.

3. А что Швейцария?

Как известно, большую часть принимаемых в отношении России ограничительных мер Европейского союза имплементирует в свое национальное законодательство Швейцария, в Союз не входящая. Замороженные в Швейцарии резервы Банка России составляют весьма значительную сумму — около 760 млрд руб. Однако в вопросах конфискации российских активов власти Швейцарии все же не так решительны и с осторожностью относятся к любым подобным действиям ввиду угрозы нарушения общепризнанного права собственности, предусмотренного Конституцией Швейцарии, а также ст. 1 Первого протокола к Европейской конвенции по правам человека⁵⁰. Власти Швейцарии неоднократно заявляли, что их законодательство не содержит механизма для производства такого рода действий⁵¹.

Стоит отметить и то, что Швейцария на текущий момент так и не присоединилась к международной группе *REPO*⁵², созданной странами *G7* с целью поиска и блокирования расположенных за рубежом российских активов. Поэтому имплементация Регламента в швейцарское законодательство необязательно должна состояться.

⁴⁹ Инвестиционная палата. Выкуп иностранных ценных бумаг. URL: <https://clck.ru/3B4qTB> (дата обращения: 05.06.2024).

⁵⁰ Разъяснения Федерального совета Швейцарии от 15.02.2024 относительно российских заблокированных активов. URL: <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-93089.html> (дата обращения: 05.06.2024).

⁵¹ Правительство Швейцарии: конфискация российских активов признана неконституционной. URL: <https://www.reuters.com/world/europe/swiss-government-confiscation-russian-assets-found-unconstitutional-2023-02-15/> (дата обращения: 05.06.2024).

⁵² Российские элиты, доверенные лица и олигархи (*Russian Elites, Proxies, and Oligarchs*).



**АЛЕКСЕЙ
АЛЕКСАНДРОВИЧ
ЕЛАЕВ**

старший преподаватель
Западного филиала
РАНХиГС при
Президенте РФ

Драматург Островский и неясный статус юбилейных медалей

Учреждение президентским указом⁵³ юбилейной медали к 200-летию со дня рождения драматурга Александра Островского высвечивает важный вопрос, возникающий на стыке конституционного и административного права: чем именно является юбилейная медаль и чем именно следует считать ее вручение — актом поощрения от имени главы государства или всего лишь способом увековечения памятного события путем массовой раздачи органами исполнительной власти медалей-сувениров?

В Российской Империи было учреждено 9 медалей и 1 крест в память о юбилеях тех или иных событий. Учреждение их пришлось на XIX и XX века, при этом обе учрежденные в XIX веке медали предназначались для вручения прусским солдатам и офицерам подшефных императору полков в честь юбилея шефства — 6-го кирасирского (1848, 25-летие), 3-го Прусского уланского (1879, 50-летие) — и имели надпись «ZUM ANDENKEN»⁵⁴ — явное оформление, свидетельствующее о том, что они вручаются «на память»; их вручение осуществлялось всем военнослужащим соответствующих подразделений и не подразумевало наличия у их обладателей каких-либо заслуг. Донативный, а не наградной характер медалей подчеркивался тем, что лишь у семи медалей 1848 года имелось ушко для крепления ленты, остальные раздавались без ленты и без возможности их ношения.

Юбилейные медали 1902–1914 годов также по общему правилу не предусматривали у тех, кому жаловалась медаль, дополнительных заслуг для их получения. Пожалование медали производилось в зависимости от нахождения в штате того или иного ведомства или определенных воинских частей, выслуги лет, причастности к изготовлению медали на монетном дворе или потомкам лиц, ранее участвовавших в определенных событиях в определенном чине. Исключение, подразумевающее «неавтоматическое» предоставление права ношения медали, сделано разве что для медали «В память 300-летия царствования Дома Романовых» (1913, «всем лицам, активно участвовавшим в подготовке и организации празднования юбилея»), бронзового варианта медали «В память 50-летия защиты Севастополя» (1903, «за исторические исследования»); однако данные основания пожалования являются не главными, а лишь факультативными по отношению к соответствующим должностным лицам и участникам торжеств.

Из 14 юбилейных медалей СССР (входивших в систему государственных наград СССР в соответствии с Положением о наградной системе) какие-либо заслуги, кроме относящихся к статусу гражданина, требовались для получения юбилейных медалей «В память 250-летия Ленинграда» (1957, «отличившиеся в проведении работ по восстановлению и реконструкции города

⁵³ Указ Президента РФ от 22.04.2024 № 280 «О юбилейной медали „В память 200-летия со дня рождения А.Н. Островского“».

⁵⁴ См.: Петерс Д.И. Наградные медали Российской империи XIX–XX веков: каталог. М., 1996. С. 136.



и обеспечившие своим трудом развитие его промышленности, транспорта, городского хозяйства, торговли, научных и культурно-просветительных учреждений», около 1,5 млн награжденных), «В память 1500-летия Киева» (1982, «внесшие своим трудом вклад в экономическое и социально-культурное развитие города», около 780 тыс. награжденных), «За доблестный труд (За воинскую доблесть). В ознаменование 100-летия со дня рождения Владимира Ильича Ленина» (1969, около 11 млн награжденных), при этом последняя формально имела только «заслужные» основания награждения. Тем не менее индивидуальность рассмотрения заслуг награждаемых явно нивелировалась миллионными тиражами юбилейных медалей, что отмечалось в том числе в позднесоветской литературе.

В России после 1991 года на высшем уровне было учреждено 18 юбилейных медалей, предназначенных для ношения на груди (одна, к 50-летию Победы, законом РФ, остальные — указами Президента РФ). Помимо пяти традиционных, к юбилеям Победы в Великой Отечественной войне, предназначенных для вручения исключительно ветеранам, учреждено 4 медали к юбилеям городов (Москвы, Казани, Санкт-Петербурга, Нижнего Новгорода), 3 медали к транспортным юбилеям (100-летие Транссибирской магистрали, 50-летие Байкало-Амурской магистрали и 100-летие гражданской авиации), 3 медали к юбилеям учреждений (300-летие РАН, Прокуратуры России и 100-летие Верховного Суда), одна медаль к 300-летию флота и одна медаль к 200-летию драматурга Александра Островского. При этом после 2010 года, когда юбилейные медали были исключены из системы государственных наград, было учреждено 8 медалей, а также началась практика учреждения не нагрудных, а настольных медалей, вручаемых от имени Президента РФ в память о тех или иных событиях, среди которых следует отметить медаль к 30-летию Олимпийских игр в Москве (2010).

Если до 2010 года юбилейные медали входили в систему государственных наград России и говорить о возможности введения для их получения критерия заслуги («...высшей формой поощрения граждан Российской Федерации за заслуги...»⁵⁵) было бы закономерно, то в настоящее время установлено, что юбилейные медали, наряду с ведомственными, региональными и общественными, не являются государственными наградами РФ⁵⁶, что фактически относит их к донативным жетонам в память о тех или иных событиях, предназначенным для ношения на груди после государственных наград Российской Федерации. Вместе с тем, если в отношении юбилейных медалей к юбилеям Победы в Великой Отечественной войне перечень лиц, кому они вручаются, четко определен и определяется статусом гражданина, отнесением его к той или иной категории ветеранов, то для остальных юбилейных медалей вводится дополнительный критерий заслуги, определение которого передается исполнительной или судебной (в отношении медали «100 лет Верховному Суду Российской Федерации») власти, которая уже определяет порядок вручения

⁵⁵ Пункт 1 Положения о государственных наградах Российской Федерации (утв. Указом Президента РФ от 02.03.1994 № 442).

⁵⁶ Пункт 3 Указа Президента РФ от 07.09.2010 № 1099 «О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации».

медали, определения критериев вручения медали и списка лиц, которым вручается медаль⁵⁷.

Наиболее яркой иллюстрацией учреждения юбилейных медалей, вручаемых за конкретные заслуги, можно назвать юбилейную медаль «300 лет Российской академии наук» (2022). Если в первоначальной редакции Указа Президента РФ об учреждении медали⁵⁸ присутствовал перечень лиц, которым медаль вручается вне зависимости от их заслуг (академики, профессора РАН, работники РАН со стажем свыше 15 лет и подведомственных организаций со стажем свыше 20 лет) наряду с «граждане Российской Федерации, внесшие существенный вклад в научно-технологическое развитие Российской Федерации и оказавшие содействие Российской академии наук в решении возложенных на нее задач», то последующие изменения в Указ⁵⁹ привели к тому, что даже донативное вручение лицам, имеющим определенный статус, осуществляется лишь тем из них, которые внесли «значительный вклад» в становление и развитие науки. При этом даже для награждения государственными наградами Российской Федерации достаточно «конкретного вклада» (знак отличия «За безупречную службу») или «большого вклада» (орден Дружбы и ряд медалей), а «значительный вклад» предусмотрен для награждения орденами «За заслуги перед Отечеством», Александра Невского или Почета и не предусмотрен даже для медалей, являющихся государственными наградами Российской Федерации.

При этом если в самих указах не был установлен срок вручения медалей, то можно, рассуждая телеологически, предположить, что вручение должно было осуществляться однократно к памятной дате, и это обусловлено заблаговременным учреждением юбилейных медалей. То есть к указанному сроку установленные в соответствии с актом главы государства органы государственной власти должны определить перечень лиц, имеющих соответствующий вклад, оформить наградные материалы и вручить юбилейную медаль от имени Президента РФ.

Учреждение же юбилейной медали «В память 200-летия со дня рождения А.Н. Островского» в апреле 2024 года изначально не подходит под критерии простой донативности. Юбилейная медаль учреждена спустя год после юбилея драматурга и изначально предназначена для вручения деятелям и работникам культуры от имени Президента «за заслуги в области театрального искусства, за большой вклад в изучение и развитие традиций российского театрального искусства, за создание высокохудожественных образов, спектаклей, кино- и телефильмов, а также за активную деятельность по популяризации отечественного театра за рубежом», а также иностранным гражданам «за большой вклад в укрепление и развитие культурных связей с Российской

⁵⁷ См., напр.: приказ ВС РФ от 30.08.2022 № 3КД/12 «Об утверждении Положения о правилах и порядке вручения юбилейной медали „100 лет Верховному Суду России“».

⁵⁸ Указ Президента РФ от 05.12.2022 № 874 «О юбилейной медали „300 лет Российской академии наук“».

⁵⁹ Указ Президента РФ от 22.01.2024 № 54 «О внесении изменений в Положение о юбилейной медали „300 лет Российской академии наук“, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 5 декабря 2022 г. № 874».



Федерацией, за плодотворную деятельность по поддержке российского театрального искусства, за активную работу по популяризации российского театрального искусства за рубежом». Таким образом, описание заслуг, необходимых для вручения указанной медали, перекликается с описанием заслуг к медали Пушкина и медали «За труды в культуре и искусстве», являющихся государственными наградами РФ.

При этом Указ Президента РФ об учреждении медали наделяет новыми полномочиями Правительство РФ, которое должно утвердить порядок и правила вручения указанной юбилейной медали, фактически упрямочивая Правительство РФ обозначить органы исполнительной власти, определяющие наличие у лиц, которым вручается медаль, «большого вклада» в соответствующей области. Следовательно, вместо юбилейной медали, предназначенной для разового вручения относительно определенному кругу лиц, фактически была учреждена правительственная медаль, предназначенная для вручения от имени Президента РФ, за заслуги, находящиеся в ведении Министерства культуры РФ, но при этом не являющаяся ни ведомственной, ни государственной наградой, причем предельный срок для ее вручения не определен.

Учреждение подобного рода как бы донативных медалей, предназначенных для вручения за конкретные заслуги неопределенному кругу лиц, создает немаловажную проблему в конституционном и административном праве, поскольку дублирует сложившуюся систему государственных наград и оснований награждения ими, но при этом не воспроизводит процедуры представления к государственным наградам и определения значимости заслуг и не дает лицам, имеющим подобные заслуги, прав и обязанностей лиц, награжденных государственными, правительственными или ведомственными наградами Российской Федерации.

The June Chronicle presents comments on the EU decision to confiscate part of the proceeds from frozen Russian assets, judicial practice on the issues of jury trial competence, registration of share participation agreements in construction in the register of real estate rights, ECHR decisions on climate cases, updating the problem of the lack of a clear legal regime for apartments and jubilee medals

Keywords: *confiscation of Russian assets, EU, USA, registration of real estate rights, unified state register of rights to real estate, equity participation agreement, apartments, residential premises, climate change, ECHR, jubilee medal*

Gennady A. Esakov

Doctor of Juridical Sciences, Professor (e-mail: gesakov@gmail.com)

The Jury's Resolution of the Issue of the Defendant's Intent

Olga P. Pleshanova

Head of Analytical Department at Infralex Law Firm, LLM (e-mail: Olga.pleshanova@infralex.ru)

Muddy the Register

Vladislav L. Tolstykh

Professor of the Department of International Law at MGIMO of the Ministry of Foreign Affairs of Russia; Senior Research Fellow at Institute of Oriental Studies of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences (e-mail: vlt73@mail.ru)

First ECHR Judgments in Climate Cases: Running before Walking?

Anton A. Ivanov

HSE University, Tenured Professor, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: balfort@mail.ru)

Non-Residential Apartments for Residential Purposes vs Residential Premises

Maria A. Udodova

Senior Associate at BGP Litigation, Attorney, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: maria.udodova@bgplaw.com)

Novelties in the Confiscation of Russia's Foreign Sovereign Assets and the Russian Response

Aleksey A. Elaev

Senior Lecturer of the Western Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (e-mail: elaev@yandex.ru)

Dramatist Ostrovsky and the Unclear Status of Jubilee Medals



**ВАДИМ
АЛЕКСАНДРОВИЧ
АЛЕКСЕЕВ**

профессор
Департамента частного
права НИУ «Высшая
школа экономики»,
профессор кафедры
правовой охраны
окружающей среды
юридического
факультета СПбГУ,
руководитель
Адвокатского агентства
«Алексеев, Загараев
и партнеры», доктор
юридических наук

ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЕ КОМПЛЕКСЫ НЕДВИЖИМОСТИ И НОВОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ ОБЩЕЙ ДОЛЕВОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В статье проведен анализ значения новых норм Гражданского кодекса РФ об общей долевой собственности на общее имущество собственников недвижимых вещей (зданий, сооружений и земельных участков), входящих в территориальные комплексы. Сделан вывод о том, что нормы § 2 главы 16 ГК РФ не могут рассматриваться как законное основание возникновения долевой собственности на имущество общего пользования в территориальных комплексах недвижимости. Нормы ГК РФ служат основанием образования общей долевой собственности лишь для собственников помещений и машино-мест в зданиях и сооружениях. Для остальных комплексов недвижимости требуется либо указание специального закона, который в этом случае выступает в качестве основания возникновения долевой собственности, либо совместное волеизъявление всех собственников недвижимости — сделка. При этом ст. 259.1 ГК РФ открывает возможность совершения таких сделок, определяет условия, при которых они могут быть совершены, и признаки объекта таких сделок — общего имущества собственников недвижимых вещей. Автор критикует предусмотренные законом условия для возникновения долевой собственности на общее имущество — определение границ общей территории, физическую или технологическую связь объектов комплекса, — и полагает, что таким условием должно быть наличие имущества общего пользования. Предложения по развитию законодательства состоят том, чтобы установить единое правовое регулирование отношений в любых территориальных комплексах недвижимости, отказавшись от специальных законов об отдельных видах таких комплексов.

Ключевые слова: недвижимость, территориальный комплекс недвижимости, имущество общего пользования, общее имущество, долевая собственность на общее имущество, садоводство, малоэтажный жилой комплекс, гаражные объединения, коттеджные поселки

1. Постановка проблемы

Предметом предыдущей статьи автора¹ были отношения собственности в комплексах, состоящих из зданий, сооружений и земельных участков, собственники которых находятся друг с другом в правовых отношениях по поводу имущества, обслуживающего принадлежащие им объекты недвижимости (далее — территориальные комплексы недвижимости, территориальные комплексы). В статье было отражено состояние правового регулирования на момент ее выхода, отмечены существующие проблемы и предложены направления их решения.

24 июля 2023 года были приняты два федеральных закона, вступившие в силу с 1 октября 2023 года и имеющие прямое отношение к проблематике собственности в территориальных комплексах недвижимости. Федеральный закон № 351-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 351-ФЗ) дополнил главу 16 ГК РФ параграфом 2 под названием «Общее имущество собственников недвижимых вещей». Значительная часть Федерального закона № 338-ФЗ «О гаражных объединениях и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о гаражных объединениях) посвящена правовому режиму общего имущества в рамках «территорий гаражного назначения».

Ранее опубликованная статья позволяет автору пропустить ретроспективный анализ российского законодательства и сразу обратиться к новым законам, чтобы определить, каким образом они изменяют правовую ситуацию и в какой мере восполняют выявленные пробелы. В предыдущей статье отмечалось, что существуют территориальные комплексы недвижимости, в которых имеется имущество общего пользования, но его правовой режим законом не определен. На это имущество не может быть установлена долевая собственность особого рода, аналогичная общей долевой собственности в зданиях и сооружениях, разделенных на помещения и машино-места (п. 2 ст. 287.4, ст. 287.5 ГК РФ). При этом Конституционный Суд РФ² предпри-

сал законодателю «в кратчайшие сроки внести в действующее законодательство изменения, с тем чтобы закрепить надлежащую модель правового регулирования организационных и имущественных отношений, связанных с функционированием комплексов индивидуальных жилых домов и земельных участков с общей инфраструктурой»³.

До принятия двух июльских законов долевая собственность особого рода на общее имущество в территориальных комплексах недвижимости допускалась лишь в двух случаях:

- 1) у собственников земельных участков и зданий в поселениях садоводов⁴;
- 2) у собственников зданий и земельных участков, находящихся на территории малоэтажных жилых комплексов (далее — МЖК)⁵.

Для любых иных образований, включающих имущество общего пользования, долевая собственность⁶ не предусматривалась, независимо от того, когда и как это имущество образовалось и что думают по этому поводу собственники недвижимости, которую обслуживает это имущество.

В какой мере решают эту проблему новые нормы ГК РФ о долевой собственности? Законодательство, судебная практика и доктрина давно определили, что в российском праве существует два режима, именуемых доле-

³ Нужно сказать, что эта проблема носит более общий характер и не распространяется только на территориальные комплексы жилого назначения. Это вполне могут быть комплексы, состоящие из зданий нежилого назначения (офисного, торгового, выставочного и т.д.).

⁴ См.: ст. 25 Федерального закона от 29.07.2017 № 217-ФЗ «О ведении гражданами садоводства и огородничества для собственных нужд и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее по тексту — Закон № 217-ФЗ).

⁵ См.: ст. 4 Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее по тексту — Закон № 214-ФЗ) в редакции Федерального закона от 30.12.2021 № 476-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁶ Далее во всех случаях, кроме специально оговоренных, автор под долевой собственностью будет иметь в виду общую долевую собственность на общее имущество.

¹ Алексеев В.А. Комплексы недвижимости, объединенные общим имуществом // Закон. 2023. № 7. С. 53–65.

² Постановление КС РФ от 28.12.2021 № 55-П.



вой собственностью⁷, объекты и правовой регламент которых существенно различаются. Первый вид общей долевой собственности — это собственность нескольких лиц на оборотоспособные вещи, возникающая на основании закона или договора (ст. 244–255 ГК РФ⁸). Второй вид — собственность на общее имущество, включающее объекты, не имеющие самостоятельной оборотоспособности в силу их предназначенности для обслуживания недвижимых вещей, находящихся в индивидуальной собственности. В отличие от первого вида долевой собственности, второй вид ранее в рамках норм об общей собственности не выделялся, но был подробно регламентирован в статьях, посвященных режиму общего имущества (п. 2 ст. 287.4, ст. 287.5, ст. 290 ГК РФ, ст. 36–43 ЖК РФ, ст. 25 Закона № 217-ФЗ, ст. 4 Закона № 214-ФЗ, а с 1 октября 2023 года — ст. 6–17 Закона о гаражных объединениях).

Закон № 351-ФЗ это положение изменил, добавил к главе 16 ГК РФ новый § 2 (ст. 259.1–259.4), посвященный долевой собственности второго вида. Этот вид получил свое название — *право общей долевой собственности собственников недвижимых вещей на общее имущество* (см. название ст. 259.1 ГК РФ). Теперь в § 2 главы 16 ГК РФ сформулированы все отличия долевой собственности на общее имущество от долевой собственности, регламентированной в § 1 этой главы, и определен субсидиарный характер применения норм § 1 к общему имуществу собственников недвижимых вещей (п. 6 ст. 259.1 ГК РФ).

Отличия правового режима долевой собственности на общее имущество состоят в следующем:

- 1) объектом права долевой собственности выступает только общее имущество собственников недвижимых вещей (п. 1 ст. 259.1 ГК РФ);
- 2) доля в праве общей собственности, принадлежащая собственнику одной недвижимой вещи, пропорциональна площади этой вещи, если иное не установлено законом (п. 1 ст. 259.2 ГК РФ);
- 3) распоряжение долей отдельно от соответствующей недвижимой вещи исключается (п. 2 ст. 259.2 ГК РФ);

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

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

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

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

Эти изменения добавили стройности Гражданскому кодексу РФ. Перечисленные *правила о долевой собственности на общее имущество теперь распространяются как на здания и сооружения, так и на территориальные комплексы недвижимости*⁹.

В то же время очевидно, что сами по себе положения § 2 главы 16 ГК РФ новизной не отличаются. Они были ранее сформулированы в указанных выше нормах ГК РФ и других законов и остаются там.

⁹ В связи с этим исключены из ст. 287.5 ГК РФ пункты 4–7, в которых содержались вышеперечисленные правила для зданий и сооружений. Вместе с тем удивительно, что Закон о гаражных объединениях, принятый одновременно с Законом № 351-ФЗ, содержит полное дублирование норм § 2 главы 16 ГК РФ о правовом режиме долевой собственности на общее имущество. Недоумение также вызывает выделение в Законе о гаражных объединениях так называемых гаражных комплексов. К ним данный Закон относит здания и сооружения, предназначенные для размещения транспортных средств (ст. 4), а в главе 3 подробно регламентирует возникновение и правовой режим долевой собственности на общее имущество в таком здании (сооружении). Вопросы правового режима общего имущества в любом здании или сооружении независимо от его назначения (жилое, нежилое, для размещения транспортных средств и т.д.) регулируются в ст. 287.5 ГК РФ. Отдельное рассмотрение этих вопросов для зданий, предназначенных для размещения транспортных средств, еще могло иметь какой-то смысл, если бы обнаруживалась какая-либо специфика в этом регулировании. Однако нормы главы 3 Закона о гаражных объединениях практически дублируют нормы § 2 главы 16 и ст. 287.5 ГК РФ.

⁷ Гражданское право: учеб. в 4 т. Т. II / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2023. С. 114–117.

⁸ Теперь эти нормы объединены в § 1 главы 16 ГК РФ.

2. О критериях общего имущества

В новых нормах ГК РФ сделана попытка сформировать *единый подход к критериям отнесения имущества к общему* как в зданиях и сооружениях, так и в территориальных комплексах недвижимости. В п. 1 ст. 259.1 ГК РФ к общему отнесено «имущество, использование которого предполагалось для удовлетворения общих потребностей (здесь и далее в цитатах курсив наш. — В.А.) таких собственников при создании или образовании этих недвижимых вещей, а также имущество, приобретенное, созданное или образованное в дальнейшем для этой же цели». Одновременно внесены изменения в п. 1 ст. 287.5 ГК РФ. Вместо признака «предназначенности для обслуживания более одного помещения, машино-места» теперь говорится о «предназначении имущества для удовлетворения общих потребностей собственников помещений, машино-мест»¹⁰.

Кроме того, сохранив в качестве критерия предназначенности имущества для удовлетворения общих потребностей его *расположение и назначение, определенные при строительстве*, законодатель сделал уточнения относительно возможности определения общности имущества *решениями собственников* помещений и машино-мест, указав, что это должны быть решения *о приобретении, создании или об образовании общего имущества*.

Систематическое толкование п. 1 ст. 259.1 и новой редакции п. 1 ст. 287.5 ГК РФ позволяют сделать вывод о том, что действующий закон предусматривает два варианта отнесения имуществом статуса общего: (а) *на основании проектной документации* (расположение и назначение, определенные при строительстве) и (б) *по решению собственников недвижимости* в отношении имущества, приобретенного (возникшего) после завершения строительства («в дальнейшем»).

Из этих положений следуют несколько выводов:

1) если проектной документацией установлены такое расположение и назначение имущества, которые свидетельствуют о его предназначенности для удовлетворения общих потребностей, то *одним только* решением собственников изменить статус этого имущества как общего невозможно (например, земельный участок для проезда к домам в территориальном комплексе недвижимости или помещение электрощитовой в здании или сооружении);

2) изменение по решению собственников статуса общего имущества, определенного проектной документацией, в принципе возможно, но при соблюдении следующих условий: а) соответствующее изменение проектной документации; б) проведение необходимых работ по перепланировке, переоборудованию или реконструкции (изменение схемы проездов, перенос электрооборудования); в) отсутствие норм, запрещающих исключение данного имущества из общего (например: исключение из общего имущества проезда или лестницы может нарушать правила общественной безопасности, так как данные объекты — единственный возможный путь эвакуации из здания или единственный путь подъезда пожарной техники);

3) решением собственников может быть присвоен статус общего имущества лишь в отношении объектов, которые появились после окончания формирования территориального комплекса или окончания строительства здания или сооружения; при этом данное имущество должно отвечать главному критерию — быть фактически предназначенным для удовлетворения общих потребностей.

Нужно отметить, что изложенный подход прямо подтверждается Законом о гаражных объединениях, в котором указано, что «состав общего имущества в гаражном комплексе *при строительстве* гаражного комплекса *предусматривается проектной документацией* гаражного комплекса» (ч. 5 ст. 14).

Казалось бы, этих норм и их правильного толкования вполне достаточно, чтобы внести долгожданную определенность в понимание критериев общего имущества. Из *специальных законов*¹¹ вполне можно было

¹⁰ Правда, в п. 2 ст. 287.5 ГК РФ, который не был изменен, сохранилось указание на признак обслуживания более одного помещения (машино-места). Видимо, это должно означать, что предназначенность для удовлетворения общих потребностей собственников недвижимости и обслуживания более одной недвижимой вещи — равнозначные понятия.

¹¹ Под *специальными законами* мы далее будем понимать Закон № 217-ФЗ (садоводческие территориальные ком-



бы изъять нормы, пытающиеся конкретизировать признаки общего имущества применительно к различным видам комплексов. Но, судя по всему, законодатель этим путем пока не пошел. В п. 3 ст. 259.1 ГК РФ появилась таинственная фраза: «*Состав общего имущества может быть определен в соответствии с законом*». Означает ли она, что в данном случае закон — это предыдущие пункты этой же статьи? Хотелось бы понимать ее именно так, но тогда это очень странный прием с точки зрения законодательной техники. Скорее, как и в других случаях, ГК РФ адресует нас к уже упоминавшимся специальным законам.

Между тем все попытки конкретизировать с помощью перечня примеров круг объектов, подлежащих отнесению к общему имуществу, скорее запутывают практику, чем дают ей правильные ориентиры¹².

Обращение к Закону о гаражных объединениях, к сожалению, подтверждает понимание автором концепции законодателя, который в специальных нормативных актах стремится конкретизировать понятие общего имущества в территориальных комплексах. Так, земельные участки общего назначения в территориальном комплексе гаражей могут быть предназначены для удовлетворения общих потребностей в *проходе и проезде, электроснабжении, теплоснабжении, газоснабжении, водоснабжении, водоотведении, охране, сборе твердых коммунальных отходов, размещении иных объектов общего имущества* (п. 1 ч. 1 ст. 7); п. 2 ч. 1 ст. 7 относит к предназначенным для общего пользования объекты, составляющие *общую инфраструктуру* территории гаражного назначения, в том числе *котельные, пешеходные переходы, ворота, ограждения, технические площадки и площадки для размещения контейнеров для сбора твердых коммунальных отходов*. Похожий перечень имеется и в отношении МЖК в ч. 4.3 ст. 4 Закона № 214-ФЗ, но в нем дополнительно (по сравнению с Законом о гаражных объединениях) присутствуют *водонапорные башни, тепловые пункты, проезды, велосипедные дорожки, тротуары, элементы благоустройства, детские и спор-*

тивные площадки, места отдыха, парковочные площадки. Перечень Закона о гаражных объединениях также имеет дополнительные позиции, не включенные в Закон № 214-ФЗ: *ворота, ограждения, технические площадки*.

Указывают ли эти различия на специфику общего имущества каждого вида территориальных комплексов? Вряд ли. Нет сомнений, что все «дополнительные» объекты в принципе могут присутствовать как в МЖК, так и в территориальном гаражном комплексе и будут включены в общее имущество. В предыдущей статье автор уже обращал внимание на то, что эти списки не только не носят исчерпывающего характера, но и сформулированы с грубыми правовыми ошибками, в результате которых к элементам общего имущества во всех случаях отнесены вместо земельных участков различные площадки, дорожки и тротуары, также ворота и ограждения, которые представляют собой составные части земельных участков, в связи с чем вообще не являются ни вещами, ни видами имущества.

Как видим, положительные достижения новых законов, к сожалению, вполне «компенсируются» неудачами, связанными с недостаточным правовым и техническим обеспечением их разработки. В этой части они весьма далеки от идеала и, с позиции правовой эстетики, приводят исследователя в некоторое уныние.

3. Основания возникновения долевой собственности

Но нам необходимо вернуться к вопросу: *удалось ли законодателю определить правовой режим имущества общего пользования в любом комплексе недвижимых вещей, где имеется такое имущество?*

В п. 1 ст. 259.1 ГК РФ законодатель: а) установил единые правила режима долевой собственности на общее имущество; б) определил признаки образований, в которых такой режим *может быть* установлен; в) сформулировал критерии отнесения имущества к общему. Но для ответа на поставленный вопрос мы должны обратиться не к отношениям сособственников уже возникшей долевой собственности и не к критериям выявления общего имущества, а к поискам в законе *оснований и механизма*

плексы), Закон № 214-ФЗ (малозэтажные жилые комплексы), Закон № 338-ФЗ (территориальные комплексы гаражей).

¹² См.: *Алексеев В.А.* Право недвижимости Российской Федерации. Понятие и виды недвижимых вещей. М., 2023. С. 419–429, 508, 514–516.

ВОЗНИКНОВЕНИЯ на это имущество особой долевой собственности в территориальных комплексах недвижимости.

В п. 1 ст. 259.1 ГК РФ законодатель объединил ситуацию в здании и сооружении, которая уже имеет однозначное и безальтернативное решение в п. 2 ст. 287.4, ст. 287.5 ГК РФ (общее имущество здания и сооружения *всегда* является общей долевой собственностью) и положение в территориальных комплексах, где собственникам недвижимых вещей для возникновения долевой собственности необходим ряд существенных условий, без которых *имущество общего пользования*¹³, оставаясь таковым, тем не менее не сможет перейти в долевую собственность.

Продолжая читать п. 1 ст. 259 ГК РФ, обращаем внимание на то, что общее имущество в рамках территории *принадлежит* собственникам недвижимых вещей на праве долевой собственности. Значит ли это, что долевая собственность в территориальных комплексах возникает в силу закона, независимо от воли собственников так же, как на общее имущество здания (сооружения)? Полагаю, что для такого вывода из текста п. 1 ст. 259.1 ГК РФ оснований нет.

Во-первых, ч. 2 ст. 3 Закона № 351-ФЗ устанавливает, что новые положения ГК РФ в редакции этого Закона применяются к правоотношениям, возникшим после дня его вступления в силу. Следовательно, на недвижимые вещи и имущество общего пользования в составе территориального комплекса, права на которые возникли до вступления в силу Закона № 351-ФЗ, возникновение долевой собственности в силу закона произойти не может.

¹³ От этого термина в новых законах отказались, что вряд ли является обоснованным. Использование во всех случаях термина «общее имущество», характерного для обозначения имущества, находящегося в особой долевой собственности, создает дополнительные основания для заблуждения, состоящего в том, что обнаружение в территориальном комплексе недвижимости имущества, предназначенного для удовлетворения общих потребностей, прямо ведет к констатации его пребывания в долевой собственности. Между тем предназначение для удовлетворения общих потребностей позволяет лишь говорить об имуществе общего пользования, которое станет общим имуществом, если на него долевая собственность будет установлена.

На этом основании из-под действия правил § 2 главы 16 ГК РФ о возникновении долевой собственности на общее имущество выпадают все совокупности зданий и земельных участков, права на которые возникли до 1 октября 2023 года¹⁴.

Во-вторых, ст. 259.1 ГК РФ ставит по крайней мере два необходимых для возникновения долевой собственности в территориальных комплексах условия, которые существенно отличают такие комплексы от зданий и сооружений. Эти условия: 1) определение в соответствии с законом *общей территории (ее границ)*; 2) установление между недвижимыми вещами *физической или технологической связи*. Мы разберем каждое из них, но сейчас отметим, что *если территория не определена или обосновать физическую либо технологическую связь между объектами недвижимости не удалось, то имущество общего пользования, даже если оно имеется, не сможет перейти в долевую собственность*.

В п. 1 ст. 259.1 ГК РФ говорится об **определенной в соответствии с законом** общей территории, а в п. 2 условием возникновения долевой собственности на земельные участки общего назначения объявляется *определение границ общей территории в порядке, установленном законом*. Нельзя также не заметить, что ГК РФ *не устанавливает основания и порядок определения границ территории*, что лишает возможности эту территорию установить, за исключением случаев, когда порядок определения территории регламентирован специальным законом, как это сделано на данный момент в Законах № 217-ФЗ (ст. 3, п. 8 ст. 4.1) и № 214-ФЗ (ст. 3); в Законе о гаражных объединениях (ст. 3). Именно то, что в Законе № 338-ФЗ, который принят одновременно с внесением изменений в главу 16 ГК РФ, специально описан порядок определения «территории гаражного назначения», приводит к выводу, что законодатель ориентирован на установление специальными законами правил формирования территории комплексов недвижимости различного целевого использования (гаражного, торгового, офисного и т.д.). Это фактически означает, что долевая

¹⁴ Тем не менее в части возникновения долевой собственности в территориальных комплексах *специальным законам* может быть в отдельных случаях придана обратная сила (ч. 3, 4, 5 ст. 34 Закона о гаражных объединениях; ч. 16 ст. 54 Закона № 217-ФЗ).



собственность на имущество общего пользования не может возникнуть, пока порядок фиксации территории соответствующего вида территориального комплекса не будет установлен специальным законом¹⁵.

Второе условие состоит в том, что недвижимые вещи, расположенные на определенной территории, должны быть связаны *физически или технологически*.

Физическая связь недвижимых вещей — понятие простое. Всеми признается физическая связь построенного объекта и земельного участка, на котором он находится. Более того, именно эта физическая связь, если она является прочной, становится критерием отнесения объекта к недвижимости (п. 1 ст. 130 ГК РФ). Однако в территориальных комплексах физически связанными должны быть недвижимые вещи (земельные участки, здания, сооружения), входящие в комплекс и принадлежащие разным лицам. Но как определить физическую связь, например, между земельными участками? Можем ли мы говорить, что земельные участки, имеющие общие границы, являются «физически связанными»? А если в рамках одной территории участки друг с другом не граничат, значит ли это, что физическая связь между ними отсутствует и нужно искать технологическую связь? Думаю, что понятие физической связи по отношению к земельным участкам вряд ли применимо вообще. Что же касается физической связи зданий, то можно предположить, что в рамках недавно принятых законов, которые превратили в «здания» заблокированные гаражи¹⁶ и дома заблокированной застройки¹⁷, именно эти объекты будут признаваться физически связанными друг с другом¹⁸. Другой вариант физической связи

реальных зданий может выражаться в расположении этих объектов с опорой друг на друга (стена к стене), что в современных территориальных комплексах недвижимости маловероятно. Говорить же о физической связи индивидуальных жилых домов, расположенных на значительном расстоянии друг от друга, вряд ли имеются основания.

Еще большие трудности вызывает понятие *технологической связи недвижимых вещей*, которое законом также не сформулировано. Определение «технологический» происходит от существительного «технология», под которой понимается «совокупность производственных методов и процессов в определенной отрасли производства, а также научное описание способов производства»¹⁹. То есть технологическая связь возможна там, где осуществляются производственные процессы. Следовательно, технологическую связь невозможно установить между индивидуальными жилыми домами и земельными участками, на которых они расположены. Между тем именно эти объекты нуждаются в выявлении имущества общего пользования и установлении на него долевой собственности. Не усматривается физической и технологической связи между отдельно стоящими гаражами²⁰.

Как видно, законодатель допустил ошибку, «переписав» физическую и технологическую связь между недвижимыми вещами из статьи о едином недвижимом комплексе (ст. 133.1 ГК РФ), который в корне отличается от комплексов недвижимых вещей, о которых мы сейчас ведем речь.

Как указывалось в предыдущей публикации, входящие в территориальные комплексы недвижимые вещи — земельные участки, здания, сооружения — не считаются единой недвижимой вещью (как единый недвижимый комплекс), их единство как комплекса определяется именно наличием имущества общего пользования, которое может превратиться в общее имущество в долевой собственности, если для этого будет существовать правовой механизм.

¹⁵ Эффективность такого подхода весьма сомнительна. Оптимальным был бы общий подход, указывающий на документы, которые могут служить основанием для установления границ территории (например, проект межевания территории), и на лиц, имеющих право обращения за такими документами.

¹⁶ Федеральный закон от 05.04.2021 № 79-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Этот подход подтвержден и в ч. 2 ст. 2 Закона о гаражных объединениях.

¹⁷ См.: Федеральный закон от 30.12.2021 № 476-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и п. 40 ст. 1 ГрК РФ.

¹⁸ Критику положений этих законов см.: *Алексеев В.А.* Виды недвижимых вещей: может ли здание быть помещением, а помещение — зданием? // Вестник экономического правосудия РФ. 2023. № 11.

¹⁹ Толковый словарь русского языка С.И. Ожегова. URL: <https://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=31747> (дата обращения: 09.04.2024).

²⁰ Что, однако, не мешает ст. 5 Закона о гаражных объединениях наделять собственников таких гаражей долевой собственностью на общее имущество.

Таким образом, *связь, которая объединяет соответствующий территориальный комплекс недвижимых вещей, является не физической и не технологической, она определяется наличием имущества общего пользования. Следовательно, прежде всего нужно определить, имеется ли у собственников определенной группы объектов недвижимости имущество общего пользования, и лишь затем решать вопрос о территории соответствующего комплекса и образовании долевой собственности на это имущество, которое в таком случае из имущества общего пользования превратится в общее имущество, а объекты недвижимости войдут в состав комплекса, объединенного этим имуществом.*

В исследовании вопроса о признании закона (ст. 259.1 ГК РФ) основанием для возникновения долевой собственности к интересным выводам приводит изучение Закона о гаражных объединениях, в котором мы найдем следующие положения:

— при приобретении в собственность гаража в границах территории гаражного назначения к приобретателю в силу закона **переходит** доля в праве общей собственности на общее имущество, расположенное в границах такой территории (ч. 5 ст. 6);

— со дня вступления этого Закона в силу на *земельный участок общего назначения, находящийся в государственной или муниципальной собственности и расположенный в границах территории гаражного назначения, возникает* право общей долевой собственности собственников гаражей (ч. 5 ст. 34);

— если имущество, соответствующее критериям общего имущества, на день вступления в силу данного Закона принадлежит на праве собственности гаражному кооперативу, такое имущество со дня вступления в силу данного Закона **признается** общей долевой собственностью собственников гаражей (ч. 4 ст. 34).

Во всех этих случаях возникновение долевой собственности на общее имущество происходит на основании Закона о гаражных объединениях, поскольку не требует от участников отношений каких-либо действий либо согласия на возникновение долевой собственности. Эти нормы наделены обратной силой, поскольку распространяются на отношения, возникшие до введения Закона о гаражных объединениях в действие.

Иное решение тех же вопросов можно обнаружить в Законе № 217-ФЗ применительно к садоводческим комплексам:

— земельный участок общего назначения, находящийся в публичной собственности, **подлежит предоставлению** в долевую собственность, но не автоматически, а на основании заявления уполномоченного собранием лица (ч. 4 ст. 24);

— право на имущество общего пользования **может перейти** из собственности товарищества в долевую собственность лишь по решению общего собрания (ч. 3 ст. 25);

— только право совместной собственности граждан на земельные участки общего назначения **признается** правом долевой собственности лиц, являющихся собственниками земельных участков в силу закона (ч. 16 ст. 54).

Этот Закон лишь в последнем случае является непосредственным основанием **преобразования** совместной собственности в долевую. В остальных двух основаниях возникновения долевой собственности — не закон, а действия уполномоченных лиц.

При изучении этих норм, которые не подверглись изменению в связи с принятием § 2 главы 16 ГК РФ, возникает предположение, что новый параграф не содержит непосредственных оснований для возникновения права долевой собственности на общее имущество в территориальных комплексах недвижимости. Но так ли это?

Рассмотрим несколько модифицированных ситуаций, в которых присутствуют следующие постоянные компоненты: а) 15 граждан; б) они имеют в собственности земельные участки для индивидуального жилищного строительства; в) на этих участках возведены индивидуальные жилые дома²¹; г) имеются земельные участки, предназначенные для удовлетворения общих

²¹ Правовая оценка этой ситуации не изменится, если земельные участки и дома были предназначены не для жилищного строительства, а для строительства, например, торговых, офисных зданий или объектов иного назначения, находящихся в индивидуальной собственности.



потребностей всех 15 граждан, занятые проездами, гостевой парковкой, спортивной площадкой и водонапорной башней. Негативными постоянными обстоятельствами являются: а) отношения граждан не подпадают под регулирование какого-либо специального закона о территориальных комплексах недвижимости (садоводческие поселения, МЖК, гаражи); б) отсутствует определенная в соответствии с законом общая территория (п. 1 ст. 259. 1 ГК РФ).

Ситуация 1. Граждане, заключив договор простого товарищества, приобрели земельный участок в общую долевую собственность (§ 1 главы 16 ГК РФ), заказали проект межевания и проект планировки территории и утвердили их надлежащим образом. В результате были образованы участки для строительства и выделены участки общего назначения, на одном из которых возведена водонапорная башня. На земельные участки и расположенные на них дома зарегистрировано право индивидуальной собственности физических лиц, а остальные участки, в соответствии с проектом планировки территории и решением общего собрания собственников 15 участков, отнесены к их общему имуществу.

В данном случае трудно найти основания, чтобы не признать у собственников земельных участков и домов право долевой собственности на общее имущество, поскольку условия п. 1 ст. 259 ГК РФ соблюдены: а) имеются собственники недвижимых вещей — земельных участков и зданий; б) территория определена²²; в) общее имущество установлено проектом планировки и решением общего собрания.

Вопрос, однако, состоит в том, можно ли признать в этом случае общее имущество находящимся в долевой собственности в силу закона либо для возникновения долевой собственности необходимы какие-то юридические действия. Ведь граждане приобрели в собственность большой участок, куда входили их будущие индивидуальные участки и общее имущество. Для изменения ситуации, отраженной в ЕГРН, необходимо обращение граждан в Росреестр за регистрацией реального раздела большого участка

с выделением индивидуальных участков и участков общего назначения (общего имущества), а также за регистрацией права общей долевой собственности на водонапорную башню как на вновь построенный объект.

Таким образом, даже в этом бесконфликтном случае основанием возникновения права долевой собственности на общее имущество будет не закон, а сделка реального раздела земельного участка, создание сооружения и государственная регистрация соответствующих прав.

Ситуация 2. Граждане с 1999 года имеют в собственности земельные участки и построенные на них индивидуальные жилые дома. Земельные участки общего назначения и водонапорная башня зарегистрированы как собственность юридического лица, у которого ранее были приобретены все участки для строительства домов. По решению общего собрания собственников участков и домов (при участии собственника проездов и иного имущества общего пользования, который голосовал против) заказан, выполнен и утвержден проект межевания и проект планировки территории, где соответствующие объекты определены как имущество общего пользования. Ссылаясь на нормы § 2 главы 16 ГК РФ, собственники участков и домов обратились в Росреестр с заявлением о регистрации их права долевой собственности на общее имущество. Росреестр в регистрации отказал, ссылаясь на то, что указанное имущество зарегистрировано как собственность юридического лица.

В этом случае отказ Росреестра правомерен, а его обжалование в суде не будет иметь успеха, поскольку нормы § 2 главы 16 нельзя признать основанием прекращения чьей-либо собственности в силу закона²³.

Ситуация 3. Получив отказ от Росреестра в ситуации 2, собственники земельных участков обратились к собственнику имущества общего пользования с предложением заключить сделку об отчуждении участков общего назначения и водонапорной башни с переходом их в общую долевую собственность, соответствующую § 2 главы 16 ГК РФ. Собственник имущества общего пользования ответил отказом. Собственники

²² Нужно иметь в виду, что сейчас рассмотреть совершенные действия как надлежащее установление территории нет оснований, поскольку рассматриваемое образование не регулируется каким-либо специальным законом.

²³ В действующем законодательстве, как уже отмечалось, такие нормы можно обнаружить только в специальных законах.

земельных участков обратились в суд с требованием об обязанности заключить предлагаемую сделку. В удовлетворении этого требования было отказано, так как оно не основано на законе.

Ситуация 4. При обстоятельствах ситуации 2 собственники домов и участков заключили сделку с собственником имущества общего пользования, согласно которой произошло отчуждение имущества общего пользования (земельных участков и водонапорной башни) в долевую собственность собственников всех домов и участков.

На основании заявлений участников сделки Росреестр зарегистрировал прекращение права собственности отчуждателя и право общей долевой собственности на общее имущество у приобретателей.

Ситуация 5. Земельные участки были в установленном порядке проданы (предоставлены безвозмездно) гражданам муниципальным образованием для индивидуального жилищного строительства. При этом участки общего назначения и водонапорная башня зарегистрированы как публичная собственность. Утвердив проект межевания и проект планировки территории, собственники индивидуальных земельных участков обратились в Росреестр с заявлением о прекращении публичной собственности на участки общего назначения и водонапорную башню и регистрации на эти объекты права общей долевой собственности собственников индивидуальных участков.

Ситуация 6. В обстоятельствах, изложенных в ситуации 5, с заявлением в Росреестр обратились не собственники земельных участков, а администрация муниципального образования, которая, ссылаясь на § 2 главы 16, считала, что участки общего назначения и водонапорная башня должны перейти в общую собственность собственников индивидуальных земельных участков.

В последних двух ситуациях (5 и 6) Росреестр выдал отказ, ссылаясь на то, что закон о переходе права публичной собственности на имущество, предназначенное для удовлетворения общих потребностей, отсутствует и переход такого права к собственникам индивидуальных участков может происходить только на основании сделки.

Конечно, обстоятельства можно модифицировать и дальше. Однако приведенных казусов достаточно, чтобы ответить на поставленный вопрос: *нормы § 2 главы 16, в частности ст. 259.1, ГК РФ не могут рассматриваться как законное основание **возникновения** долевой собственности на имущество общего пользования в территориальных комплексах недвижимости в каком бы то ни было случае.* Такие основания могут содержаться в специальных законах об отдельных видах территориальных комплексов. Если данные основания в специальных законах отсутствуют, то лишь при общем волеизъявлении собственников объектов недвижимости (*ситуации 1 и 4*) образование долевой собственности может произойти в результате сделки и государственной регистрации перехода или изменения права. Следовательно, важное значение ст. 259.1 ГК РФ состоит не в том, что она содержит основание возникновения долевой собственности в территориальных комплексах недвижимости, а в том, что она *впервые установила **возможность возникновения** долевой собственности на общее имущество в любом территориальном комплексе, а не только в случаях, предусмотренных специальными законами.*

Такова концепция нынешнего законодательства: нормы ГК РФ служат основанием возникновения общей долевой собственности лишь для собственников помещений и машино-мест в зданиях и сооружениях; для остальных комплексов недвижимости, состоящих из зданий, сооружений, земельных участков, требуется либо указание специального закона, который в этом случае выступает в качестве основания возникновения долевой собственности, либо совместное волеизъявление всех собственников недвижимости — сделка.

При этом ст. 259.1 ГК РФ открывает возможность совершения таких сделок, определяет условия, при которых они могут быть совершены, и признаки объекта таких сделок — общего имущества собственников недвижимых вещей.

Попытка урегулировать в § 2 главы 16 ГК РФ все вопросы *возникновения* права долевой собственности в территориальных комплексах недвижимости вряд ли соответствовала бы структуре ГК РФ. В то же время включение в ГК РФ общих норм о территориаль-



ном комплексе недвижимых вещей было бы вполне разумно. Ведь структура отношений и механизм взаимодействия собственников зданий, сооружений и земельных участков в рамках этих комплексов не может не основываться на единых принципах. Достаточно странными представляются различные подходы к переходу в долевую собственность публичных земельных участков, а также имущества общего пользования в садоводствах и гаражных объединениях, о которых уже говорилось. Трудно объяснить, почему в зданиях и территориальных объединениях гаражей право долевой собственности на общее имущество возникает в силу закона, в садоводствах — с момента государственной регистрации (ч. 2 ст. 25 Закона № 217-ФЗ), а в МЖК — на основании соглашения о возникновении доли в праве общей долевой собственности, заключаемого с застройщиком (ч. 3 ст. 23.6 Закона № 214-ФЗ).

4. Вопросы управления общим имуществом

Весьма непросто найти рациональные основания различий в подходах к регулированию вопросов управления общим имуществом в разных по назначению комплексах недвижимости. Достаточно в этом плане сравнить несколько специальных законов. В Законе № 217-ФЗ субъектом управления общим имуществом, вопреки ст. 181.1 ГК РФ о гражданско-правовом сообществе, названо некоммерческое товарищество, которое является видом товарищества собственников недвижимости. Регламентации деятельности этого товарищества посвящено 20 весьма объемных статей Закона, а о функционировании гражданско-правового сообщества нет ни слова. В то же время Жилищный кодекс РФ содержит главу 6, в которой 7 статей посвящено функционированию гражданско-правового сообщества, т.е. регламентации порядка проведения общего собрания собственников помещений и машино-мест в многоквартирном доме. Изучение этого нормативного материала оставляет твердое убеждение в том, что редкий участник отношений будет способен эти нормы освоить и применить без помощи квалифицированного юриста. Но этим дело не ограничивается, поскольку существует еще раздел VI ЖК РФ, в котором представлена столь же объемная регламентация деятельности товарищества собственников жилья.

А вот в нормах Закона № 214-ФЗ в части, касающейся МЖК, вообще не говорится ни о каких собраниях и некоммерческих организациях, поскольку нормы об общем имуществе вписаны в регламентацию *строительства* объекта. Как управлять образовавшимся в МЖК общим имуществом, вообще неизвестно. И наконец, новый Закон о гаражных объединениях содержит главу 4 «Управление общим имуществом в границах территории гаражного назначения и в гаражном комплексе», в которой имеется 5 статей об общем собрании собственников и 4 — о порядке функционирования товарищества собственников недвижимости. Таким образом, на сегодняшний день отношения по управлению общим имуществом урегулированы:

- 1) для двух территориальных комплексов недвижимости — (а) садоводческих комплексов и (б) территориальных комплексов гаражей;
- 2) для двух видов зданий, разделенных на помещения: (а) многоквартирных жилых домов и (б) гаражных комплексов.

В то же время закон предусматривает возникновение долевой собственности на общее имущество в МЖК и зданиях, не относящихся к многоквартирным домам и гаражным комплексам, но для этих комплексов и зданий порядок управления общим имуществом не установлен. Выход в этом случае один — применение аналогии закона. Но возникает вопрос: к МЖК нужно применять по аналогии порядок управления в садоводческом комплексе, в территориальном гаражном объединении или в многоквартирном доме, учитывая, что каждый из порядков сильно отличается от других? Точно так же, если мы имеем офисный центр, в котором помещения находятся в собственности, должны ли мы использовать Жилищный кодекс или Закон о гаражных объединениях?

5. Выводы и предложения

Все эти наблюдения приводят к выводу, что действующее правовое регулирование, даже с учетом новых законов о долевой собственности на общее имущество, не решает задач полной регламентации отношений в территориальных комплексах недвижимости.

К особенностям этого законодательства можно отнести:

- 1) отсутствие в ГК РФ норм, служащих непосредственными основаниями *возникновения* общей долевой собственности на общее имущество в территориальных комплексах;
- 2) ошибочное указание в п. 1 ст. 259.1 ГК РФ в качестве необходимого признака территориального комплекса недвижимости физической или технологической связи между составляющими его недвижимыми вещами. В качестве исходного признака, определяющего возможность образования такого комплекса, должно быть наличие в этом комплексе имущества общего пользования и волеизъявление собственников недвижимых вещей на перевод этого имущества в долевую собственность, предусмотренную § 2 главы 16 ГК РФ;
- 3) отсутствие единых правил определения границ территории любого комплекса недвижимых вещей, объединенного общим имуществом;
- 4) существенные различия в специальных законах о видах территориальных комплексов недвижимости в подходах к перечням случаев возникновения в силу закона права долевой собственности на общее имущество;
- 5) отсутствие механизма преобразования в долевую собственность права собственности третьих лиц на имущество общего пользования в территориальных образованиях и преобразования долевой собственности в собственность третьих лиц²⁴;
- 6) различный подход в специальных законах к решению вопроса о моменте возникновения долевой собственности на общее имущество;
- 7) отсутствие общих норм о порядке функционирования гражданско-правового сообщества собственников общего имущества (ст. 181.1 ГК РФ) для всех территориальных комплексов. Существенное различие таких норм в специальных законах и полное их отсутствие для территориальных комплексов, в отношении которых специальные законы не приняты.

²⁴ См., напр.: ч. 8 ст. 25 Закона № 217-ФЗ.

Что же делать для преодоления перечисленных пробелов и недостатков правового регулирования?

Из предыдущего анализа следует вполне конкретный вывод о том, чего делать не нужно — *не следует принимать специальные законы об отдельных видах территориальных комплексов недвижимости*. Сейчас мы уже имеем три специальных закона: о садоводческих комплексах, об МЖК и о гаражных объединениях. Их анализ показывает, что они не построены на основе единой концепции, по-разному подходят ко многим вопросам, сохраняют значительные недостатки, связанные с субъективными обстоятельствами, существовавшими в период их подготовки и принятия, и с особыми взглядами и целями их разработчиков.

Оптимальным способом решения описанных проблем представляется установление единого правового регулирования в отношении любых территориальных комплексов недвижимых вещей и поглощение этим регулированием всех специальных законов. Автор видит два возможных пути решения этой проблемы. Первый — дополнение главы 16 ГК РФ параграфом 3, который может называться «Право собственности в комплексах недвижимости, объединенных общим имуществом»²⁵. Второй путь — принятие единого специального закона «О комплексах недвижимости, объединенных общим имуществом»²⁶. В новых нормах, где бы они ни располагались, должны быть следующие положения:

- 1) общая долевая собственность собственников недвижимых вещей может возникать, если у этих собственников имеется имущество общего пользования;
- 2) исчерпывающий перечень случаев, когда общая долевая собственность на общее имущество собственников недвижимых вещей возникает в силу закона;
- 3) исчерпывающий перечень случаев, когда собственники недвижимых вещей имеют право требовать передачи в их долевую собственность имущества

²⁵ В качестве альтернативного варианта — соответствующие нормы могут составить главу 17.2 ГК РФ.

²⁶ В качестве альтернативного варианта — принятие двух специальных законов «О собственности в зданиях и сооружениях» и «О территориальных комплексах недвижимости».



общего пользования, находящегося в собственности третьих лиц;

4) порядок и условия перехода имущества общего пользования в долевую собственность на основании сделок и случаях, когда такая сделка может быть заключена на основании решения суда;

5) порядок определения территории, в рамках которой может образовываться долевая собственность на общее имущество собственников недвижимости;

6) условия и порядок передачи имущества, находящегося в долевой собственности собственников недвижимости, в собственность третьих лиц, эксплуатирующих общее имущество;

7) единая регламентация функционирования гражданско-правового сообщества сособственников общего имущества (порядок проведения собраний и пр.).

Предлагаемый подход позволит:

а) существенно сократить объем нормативного материала (соответствующие нормы должны быть удалены из специальных законов, а целесообразность сохранения данных законов после исключения из них этих норм подлежит рассмотрению);

б) унифицировать решение одинаковых вопросов во всех комплексах недвижимости;

в) отразить специфику отдельных видов комплексов недвижимости, если установление особенностей регулирования будет признано целесообразным. 

Territorial Real Estate Complexes and New Legislation on Common Shared Ownership

The article analyses the meaning of the new norms of the Russian Civil Code on common shared ownership of common property of owners of real estate (buildings, structures and land plots) included in territorial complexes. It concludes that the norms of § 2 of Chapter 16 of the Civil Code cannot be considered as a legal basis for the emergence

of shared ownership of common property in territorial real estate complexes. The norms of the Civil Code serve as the basis for the emergence of common shared ownership only for owners of premises and parking spaces in buildings and structures. For other real estate complexes consisting of buildings, structures, land plots, either a special law is required, which in this case acts as the basis for the emergence of shared ownership, or a joint expression of the will of all property owners — a transaction. At the same time, Art. 259.1 of the Civil Code opens up the possibility of carrying out such transactions, defines the conditions under which they can be concluded, and the characteristics of the object of such transactions — the common property of the owners of immovable things. The author criticises the conditions provided by law for the emergence of shared ownership of common property — the definition of the boundaries of the common territory and the physical or technological connection of the complex's objects — and believes that such a condition should be the presence of common property. The proposal for the development of legislation is to establish a unified legal regulation of relations in any territorial real estate complexes, abandoning special laws on certain types of such complexes.

Keywords: *real estate, territorial real estate complex, common use property, common property, shared ownership of common property, gardening, low-rise residential complex, garage associations, cottage villages*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vadim A. Alexeev

Professor of School of Private Law at HSE University, Professor of the Department of Legal Environmental Protection at Saint Petersburg State University, Head of the Law Office Alexeev, Zagaraev & Partners, Doctor of Juridical Sciences (e-mail: alexeev.v@mail.ru)

REFERENCES

Alexeev, V.A. "Types of immovable things: Can a building be a compartment, and a compartment be a building?" [*Vidy nedvizhimykh veshchei: mozhet li zdaniye byt' pomeshcheniyem, a pomeshcheniye — zdaniyem?*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2023. No. 11.

Alexeev, V.A. "Immovable Property Complexes United by Common Property" [*Kompleksy nedvizhimosti, ob'yedinennyye obshchim imushchestvom*]. Statute [*Zakon*]. 2023. No. 7. P. 53–65.

Alexeev, V.A. Real Estate Law of the Russian Federation. Concept and types of immovable things [*Pravo nedvizhimosti Rossiyskoy Federatsii. Ponyatiye i vidy nedvizhimykh veshchey*]. Moscow, 2023.

Sukhanov, E.A. (ed.). Civil Law: A Textbook in 4 vol. [*Grazhdanskoye pravo: ucheb. v 4 t.*]. Vol. II. Moscow, 2023.



**ГРИГОРИЙ
ГЕННАДИЕВИЧ
ВОЛКОВ**

аспирант МГУ имени
М.В. Ломоносова

ЗНАЧЕНИЕ *EXCEPTIO NON ADIMPLETU CONTRACTUS* ПРИ ПОНУЖДЕНИИ К ИСПОЛНЕНИЮ ВСТРЕЧНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В НАТУРЕ

В статье исследуются: актуальные вопросы регулирования исполнения встречных обязательств, становление института *exceptio non adimpleti contractus* в римском частном праве, соотношение sinalлагматических обязательств с *contractus innominati*, распределение бремени доказывания при заявлении требования о понуждении к исполнению встречного обязательства, развитие взглядов немецких ученых относительно самостоятельности каждого из обязательств, которые возникают из sinalлагматического договора. Автором была проанализирована судебная практика применения п. 3 ст. 328 ГК РФ, а также доктринальные взгляды на существо требования из sinalлагматического договора, предложена возможная модель регулирования требований об исполнении встречных обязательств в натуре в российском праве и критически оценена альтернативная модель отсутствия права требования до исполнения собственного обязательства, которая следует из буквального прочтения п. 3 ст. 328.

Ключевые слова: *exceptio non adimpleti contractus*, sinalлагматические обязательства, исполнение обязательства в натуре, соотношение *Einrede* и *Einwendung* в немецком праве

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-124-135

I. Краткое обозначение правовой проблемы

Согласно п. 3 ст. 328 ГК РФ ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне. Что следует из указанного положения и как его следует толковать?

Пункт 3 ст. 328 ГК РФ — это действительно большая головоломка, особенно для современных российских государственных судов. Одни из них рассматривают исполнение первоначального обязательства в качестве основания для возникновения встречного обязательства, другие полагают, что в отсутствие исполнения первоначального обязательства нельзя требовать исполнения встречного обязательства, во всяком случае посредством судебного иска.

Обе эти позиции роднит то, что в основание иска о понуждении к исполнению встречного обязательства входит доказывание такого фактического обстоятельства, как исполнение истцом собственного (основного) обязательства.

Подобные подходы к интерпретации sinalлагматической связи выглядят отрицающими самостоятельность каждого из обязательств в их цели, ценности, содержании и существовании. Невооруженным глазом видны в них и серьезные догматические недостатки, в частности игнорирование принципа автономии воли и разрушение консенсуальной модели договора. Можно поставить следующий вопрос: имеют ли описанные подходы к регулированию встречного исполнения какие-нибудь исторические основания или же они являются очередной «особенностью национального правосудия»? Ответу на этот вопрос уделяется внимание в главах II и III настоящей статьи.

Исследуем обратную ситуацию. Предположим, что п. 3 ст. 328 ГК РФ и аналогичные положения не существуют. Каким образом отсутствие таких норм повлияет на регулирование sinalлагматических обязательств? Представляется, что в таком случае каждое из обязательств будет максимально самостоятельным и каждый из контрагентов будет наделен правом на иск в материальном смысле, в основание которого не будет включено исполнение собственного обязательства.

Золотой серединой в регулировании sinalлагматических обязательств является предоставление стороне возражения о неисполнении встречного обязательства лицом, требующим исполнения от контрагента (*exceptio non adimpleti contractus*). При этом не отрицается притязание истца, но заявляется встречное притязание с целью защитить свое собственное право. Аргументация, доказывающая

преимущества приведенной модели, изложена в подразделе 4 работы.

II. Регулирование sinalлагматических обязательств в римском праве

Г. Дербург отмечал, что в римском праве с момента заключения sinalлагматического договора, в частности купли-продажи, каждый из контрагентов приобретал самостоятельное и снабженное иском право требовать обещанного ему исполнения.

В последние годы Римской республики продавец мог предъявить иск о получении платы, а покупатель — о получении товара, нисколько не опасаясь возражения, что они не исполнили свое обязательство, поскольку римское право того периода придавало большее значение скорейшему удовлетворению притязаний, нежели ограждению от возможной эксплуатации одной стороны другой.

В качестве крайне сильного и убедительного аргумента в пользу того, что римское право признавало право на иск для sinalлагматических договоров до момента осуществления собственного исполнения, Дербург приводит максимуму *periculum est emptoris*, в соответствии с которой покупатель нес риск случайной гибели имущества, т.е. даже в отсутствие у продавца объективной возможности исполнить обязательство был обязан оплатить, и у продавца было снабженное иском право¹.

И.А. Покровский также отмечал, что в эпоху, когда *emptio-venditio* заключалась в виде двух *stipulationes*, обязанность каждого контрагента, вытекающая из его *sponsio*, была независимой и потому подлежала выполнению невзирая на то, выполнил ли противник свое обязательство или нет. С превращением купли-продажи в консенсуальный контракт это соображение отпало: ответчик может предъявить так называемую *exceptio non adimpleti contractus*².

В. Эрнст, который провел фундаментальное исследование института *exceptio non adimpleti contractus*,

¹ Дербург Г. Пандекты. Обязательственное право. М., 1900. С. 55.

² Покровский И.А. История римского права. Пг., 1918. С. 174, 175.

прямо указывал на то, что в классическом римском праве обязанность покупателя оплатить товар не зависела от обязанности передать вещь в натуре³. Исполнение обязательства в натуре рассматривалось как самостоятельное обязательство.

Кардинальные изменения произошли в римском праве императорского периода. Дернбург отмечал, что только юриспруденция императорского периода, согласно требованиям справедливости, предоставляла всякому покупателю *exceptio*, под которым римляне понимали осуществление встречного права⁴. Так, если один из контрагентов, не исполнивший вопреки договору своей собственной обязанности из сделки, вздумает путем иска потребовать исполнения от противной стороны, то получит отказ в своем требовании на основании эксцепции⁵.

Возникновение *exceptio non adimpleti contractus* связано с генерализацией *exceptio mercis non traditae*, которое предоставлялось претором при продаже вещи с аукциона, когда аргентарий требовал оплаты с лица, предложившего наибольшую цену, но при этом вещь покупателю не передал. В кодификации Юстиниана возражение *exceptio mercis non traditae* было перенесено в целом в куплю-продажу и стало универсальным⁶. При этом синаллагма в кодификации Юстиниана существовала на уровне обмена услугами, но не на уровне содержания обязательств, что представляется крайне значимым⁷.

В. Эрнст обращал внимание на то, что в императорский период лицо, в отношении которого состоялось решение, обязывающее исполнить обязательство, было защищено, поскольку фактическое исполнение было возможно после вынесения решения по другому требованию⁸. При этом для императорского периода также было свойственно воспринимать

содержание двух обязательств по договору купли-продажи в качестве самостоятельных. Ключевым различием стало то, что посредством возражения исключался риск вынесения решения, которым только одна из сторон обязывалась исполнить в пользу другой⁹.

К. Боосфельд писала, что согласно позиции комментаторов стороны взаимного договора имели *exceptio non adimpleti contractus*, основывающееся, с одной стороны, на римских источниках, а с другой — на средневековом каноническом принципе *fidem frangenti fides frangatur* (обманывающий заслуживает быть обманутым)¹⁰.

Дернбург обращал внимание, что, по мнению многих из новейших исследователей, право на иск у лица обусловлено исполнением обязательства с его стороны. На это Дернбург прямо отвечает, что такое чересчур резкое отношение к взаимной зависимости требований противоречит истории римских синаллагматических договоров.

Таким образом, именно римское право императорского периода снабдило ответчика в синаллагматическом обязательстве защитой посредством заявления *exceptio*. При этом важно, что римское право императорского периода не пошло по пути отрицания права на иск у лица до осуществления собственного исполнения.

Д.Д. Grimm также отмечает, что римское право в случае предъявления к ответчику требования дает ему именно *exceptio non adimpleti contractus*, которое не позволяет стороне требовать исполнение от противной стороны, пока сама не исполнила обязательство. Применительно к распределению бремени доказывания Д.Д. Grimm рассуждает следующим образом. А купил вещь у В и требует передачи ее. В заявляет *exceptio non adimpleti contractus*. Только после этого А должен доказать, что уплата произведена или что он готов вручить деньги В¹¹.

³ Ernst W. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages: zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß. Duncker & Humblot, 2000. S. 24.

⁴ Дернбург Г. Указ. соч. С. 54.

⁵ Там же. С. 53.

⁶ Ernst W. Die Vorgeschichte der non adimpleti contractus. Berlin, 1998. S. 6.

⁷ Ibid. S. 53.

⁸ Ernst W. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages... S. 67.

⁹ Ibid. S. 68.

¹⁰ Jansen N., Zimmermann R. Commentaries on European Contract Laws. Oxford University Press, 2018. P. 1278.

¹¹ Grimm Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 333.



Рассматривая взгляды Лабейона и Аристонна на соглашения о взаимных предоставлениях, И.Б. Новицкий указывал, что для синаллагматического договора не характерно, чтобы одна сторона уже исполнила свое обязательство, если она желает предъявить иск о понуждении другой стороны к исполнению¹². Подобное в римском праве было свойственно для категории безыменных контрактов (*contractus innominati*), в которых обязательство возникало не с момента соглашения сторон, а лишь после исполнения одной из сторон обещанного предоставления.

Ю. Вайске подтверждает, что согласно классическому представлению, сформировавшемуся в римском праве, *exceptio non adimpleti contractus* является именно возражением (*Einrede*)¹³.

Таким образом, становление института *exceptio non adimpleti contractus* показывает отсутствие исторических предпосылок для суждения о том, что в силу синаллагматической связанности обязательств первоначальное исполнение порождает обязанность осуществить встречное исполнение: защита положения ответчика осуществлялась именно через возражение.

III. Иностраннный опыт регулирования

В Общем земском праве для прусских государств (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) (далее — *PrALR*), которое было предшественником Германского гражданского уложения, содержалась норма, согласно которой тот, кто требует исполнения договора, должен доказать, что он исполнил свое обязательство или что контрагент должен исполнить первым по очереди (ст. 271).

Следовательно, *PrALR* предоставлял суду *ex officio* констатацию того, что требование истца не подлежит удовлетворению, если истец не доказал исполнение своего обязательства. При этом не имело значения, заявит ли ответчик возражение о том, что истец не

осуществил исполнение своего встречного обязательства.

Однако в XIX веке взгляды немецких ученых начали меняться. Ярким приверженцем ранее существовавшей модели, заложенной в ст. 271 *PrALR*, выступал Ф.Л. фон Келлер, который считал *exceptio non adimpleti contractus* не эксцепцией, а прямым отрицанием самого притязания (*directe Bemängelung der Actio*). В качестве обоснования Келлер пояснял, что заключение договора купли-продажи не приводит к возникновению двух односторонних требований в противоположных направлениях — у каждой из сторон договора возникает только право обмена взаимно обещанными исполнениями (*gegenseitig versprochenen Leistungen*). Келлер утверждал, что причина этого состоит в принципе добросовестности, который является основным принципом при наличии взаимных требований (*beiderseitigen Klagen*) и которому противоречит ситуация, когда одна из сторон договора требует исполнения, не будучи в состоянии сослаться на уже совершенное собственное обратное действие (*Gegenleistung*) или на его эквивалент (*oder was dem gleich kommt*)¹⁴.

Сторонником указанной позиции был К.В. Шенк, который полагал, что исполнение обязательства одной стороной всегда зависит от исполнения обязательства другой стороной (*immer von der Leistung des andern bedingt*) и для требования о принудительном исполнении (*Executivkläger*) необходимо, чтобы истец осуществил исполнение со своей стороны¹⁵. Рассуждая в русле первого вывода, Шенк также утверждал, что *exceptio non adimpleti contractus* отрицает право на иск (*Ablehnung des Klagrechtes*)¹⁶. Б. Виндшейд отмечал, что в новейшее время сторонниками указанного подхода были Глюк, Синте-нис и Трейчке¹⁷.

¹² Новицкий И.Б. Римское право. М., 2023. С. 245, 246.

¹³ Julius W. Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. Leipzig, 1839. S. 743.

¹⁴ Keller F.L. Noch Etwas Über Die Exceptio Non Adimpleti Contractus // Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. 1860. Bd. 4. S. 366.

¹⁵ Schenk C.W. Ueber Die Exceptio Non Adimpleti Contractus Und Das Retentionsrecht Bei Gegenseitigen Verträgen // Archiv für die civilistische Praxis. 1834. Bd. 17. № 1. S. 93, 94.

¹⁶ Ibid. S. 104.

¹⁷ Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875. С. 166, со ссылкой на: Treitschke, noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten, s. 278–295.

Ф.В. Херварт занял противоположную позицию, в соответствии с которой *exceptio non adimpleti contractus* является средством правовой защиты (*Rechtsbehelf*), которое использует ответчик, чтобы принудительное исполнение по требованию истца могло быть заблокировано и отложено на время¹⁸. Херварт приходит к выводу, что в иске, основанном на двустороннем договоре (*zweiseitige Vertrag*), в котором не указывается то, что истец исполнил договор или намерен его исполнить, не следует отказывать, поскольку истец должен доказать неисполнение обязательства ответчиком, но никоим образом не должен заранее противодействовать заявлениям, которые ответчик может выдвинуть, чтобы не допустить принудительного исполнения. Кроме того, Херварт утверждал, что судья не может *ex officio* подменить заявление возражения (*Einrede*) ответчиком¹⁹. Это доказывает, что *exceptio non adimpleti contractus* является подлинным возражением²⁰. Б. Виндшейд писал, что в числе сторонников Херварта были Дернбург, Пухта, Беккер, Вангеров²¹. Значительную часть своей работы Херварт анализирует римские тексты и заключает, что положения дигестов, в частности D. 19.1.25 (Iul. 54 dig.), содержат средство правовой защиты, именуемое *exceptio*. С таким толкованием дигестов соглашается С. Уиллистон, который после анализа тех же положений допускал, что защита ответчика в римском праве основывалась на *exceptio*, а не на отрицании основания требования (*pleading*) истца²².

Критикуя прежнюю модель, заложенную в ст. 271 *PrALR*, Б. Виндшейд утверждал, что Келлер, который исходил из того, что в двустороннем договоре эквивалент действия уменьшает самое действие, так что каждый из контрагентов обязан не просто к действию, а к действию, уменьшенному вычетом его эквивалента, был не прав и что римское право понимало двусторонний договор вовсе не так: римское право видело в требовании без собственного исполнения не увели-

чение требования, а противный намерению договора поступок *exceptio doli*²³.

Таким образом, как с точки зрения того, что положение ответчика в римском праве обеспечивалось именно через *exceptio*, так и с точки зрения того, что требование по двустороннему договору без собственного исполнения являлось частным случаем *exceptio doli*, ранее существовавший подход, который защищал Келлер и его сторонники, был изменен на защиту ответчика через возражение в немецком праве.

В немецком праве на основе изложенного выше сформировались две основные теории:

1) теория единого менового притязания (*einheitlichen Austauschanspruchs; Immanenten Leistungsbeschränkung*)²⁴, которая основывается на тесной связи обязательств: ни один из контрагентов не может требовать исполнение, не предоставив исполнение со своей стороны. В ее рамках возражение ответчика ничего не изменяет; и

2) теория возражения (*Einredetheorie*), которая не отрицает синаллагматическую связанность обязательств, но считает наличие возражения ответчика препятствием для удовлетворения требования истца, основанного на встречном обязательстве.

И. Гернхубер отмечал, что теория единого менового притязания оставалась теорией меньшинства, заключая, что нормативное оформление синаллагматической связи должно быть целесообразным и не может навязывать сторонам больше обязательств, чем это необходимо. Именно поэтому § 320 ГГУ предусматривает возражение (*eine Einrede*), посредством которого сторона может связать взаимные притязания (*beiderseitigen Ansprüche*) на этапе исполнения, если ей это кажется целесообразным²⁵.

Изложенные выше подходы связаны с тем, что немецкое право выделяет две категории: отсутствие права у лица в целом (*Einwendung*) и эксцепцию (*Einrede*), последняя из которых не затрагивает само существова-

¹⁸ Heerwart F.W. Über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus // Archiv für die civilistische Praxis. 1824. Bd. 7. S. 341.

¹⁹ Ibid. S. 348.

²⁰ В частности, Schend zu Jena соглашается с позицией Херварта относительно того, что римское понятие *exceptio* следует считать истинным возражением (*wahre Einrede*). См.: Archiv für die Civilistische Praxis. 1837. Vol. 20. Front Cover. Mohr u. Winter. S. 436.

²¹ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 166.

²² Williston S. Dependency of Mutual Promises in the Civil Law // Harvard Law Review. 1899. Vol. 13. No. 2. P. 82.

²³ Виндшейд. Б. Указ. соч. С. 166, 167.

²⁴ Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts. München, 1987. Bd. 1. S. 205.

²⁵ Gernhuber J. Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und. Strukturen, Drittwirkungen. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1989. S. 330.



ние права и только препятствует или ограничивает его осуществление. Экцепции могут быть как дилаторные (*dilatorische*), так и перемпторные (*peremptorische*). Основным практическим отличием *Einwendung* от *Einrede* является то, что *Einwendung* применяется *ipso iure* и правовые последствия наступают вне зависимости от заявления стороны, в то время как *Einrede* применяется только по заявлению лица и сопутствующие *Einrede* правовые последствия сопряжены с его волеизъявлением.

Таким образом, современное немецкое право, пройдя исторический путь становления института *exceptio non adimpleti contractus*, предоставляет инициативу защиты при предъявлении требования об исполнении встречного обязательства самому ответчику путем заявления возражения. Принципиально важным моментом является то, что в основание иска об исполнении встречного обязательства не включаются фактические обстоятельства, связанные с исполнением истцом своего собственного обязательства.

В итальянском праве институт встречного исполнения обязательств урегулирован в ст. 1460 Гражданского кодекса, устанавливающей, что каждая из сторон договора может отказаться от исполнения обязательства, если другая сторона не исполняет или не предлагает исполнение своего обязательства, за исключением случаев, если стороны согласовали иные сроки исполнения обязательства или это не вытекает из существа договора (*natura del contratto*). При этом судебная практика Кассационного суда достаточно однозначно подходит к толкованию указанной нормы как предусматривающей именно возражение в строгом смысле слова (*un'eccezione in senso proprio*), и неисполнение обязательства истцом суд не рассматривает *ex officio*. При этом такое возражение, чтобы создавать правовой эффект, должно быть выдвинуто недвусмысленно²⁶. В доктрине аналогичный вывод, также с опорой на судебную практику, сделан Ф. Оливьеролой, который указывает, что итальянское право тяготеет к тому, чтобы считать *exceptio non adimpleti contractus* подлинной экцепцией²⁷.

Таким образом, итальянское право предоставляет ответчику возможность заявить возражение относительно неисполнения истцом своего обязательства, если последний требует исполнения в рамках встречного обязательства от ответчика.

Гражданский кодекс Нидерландов (*Burgerlijk Wetboek, BW*) не содержит общей нормы, регулирующей *exceptio non adimpleti contractus*, однако различные статьи Кодекса, например 1612, 1613, 1749, 1948, знают различные его проявления.

Профессор Ф. Брандсма отмечает, что *exceptio non adimpleti contractus* рассматривается действующим *BW* в качестве средства защиты, которое применяется по заявлению ответчика, но не судом *ex officio*. Иными словами, тот, у кого есть возможность защититься посредством заявления возражения, но кто не делает этого, не платит чрезмерно²⁸.

Отсюда следует, что право Нидерландов рассматривает *exceptio non adimpleti contractus* в качестве подлинного возражения, право заявления которого находится в сфере усмотрения ответчика.

Таким образом, опыт иностранного регулирования показывает, что право Германии, Италии, Нидерландов предоставляют инициативу защиты при предъявлении требования об исполнении встречного обязательства самому ответчику посредством *exceptio non adimpleti contractus*.

IV. Встречное исполнение обязательств в российском праве

1. Интерпретация п. 3 ст. 328 ГК РФ российскими судами

Анализ судебной практики показывает, что буквальное толкование п. 3 ст. 328 ГК РФ приводит суды к выводу о том, что первоначальное исполнение порождает обязанность осуществить встречное исполне-

²⁶ Cass.18 marzo 1983 N. 1934; Cass. 29 settembre 1999, N. 10764; Cass. 5 agosto 2002, N. 11728; Cass. NN. 20870/09; 2706/04; 11728/02.

²⁷ Francesco O. La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita. Napoli, 2015. P. 193.

²⁸ Brandsma F. De exceptio non adimpleti contractus en de conditio indebiti: Betaalt degene die een opschortingsrecht had kunnen inroepen, maar dat niet doet, onverschuldigd als de tegenprestatie uitblijft? // Groninger Opmerkingen en Mededelingen. 2010. Vol. XXVII. P. 147.

ние²⁹, т.е. до первоначального исполнения встречное обязательство не возникает.

Суды также отмечают, что при заявлении требования о понуждении контрагента к исполнению встречного обязательства истец должен доказывать надлежащее исполнение своего обязательства, и в отсутствие доказательств исполнения в удовлетворении его требований должно быть отказано³⁰.

Встречается еще более однозначная формулировка: норма указанной статьи ГК РФ устанавливает невозможность понуждения к исполнению обязательства в судебном порядке любой из сторон встречного обязательства, а не только той стороны, чьим исполнением обусловлено исполнение встречного обязательства. Должник, который по договору должен исполнить обязательство вторым, не вправе понудить в судебном порядке к исполнению обязательства первого должника, а первый должник, до исполнения им обязательства, получит отказ в иске о понуждении к исполнению обязательства вторым должником. Это приводит к тому, что для встречных обязательств действие принципа реального исполнения ограничивается до тех пор, пока какая-нибудь из сторон не исполнит свою обязанность³¹.

Суммируя выводы судебной практики, следует отметить, что суды (1) рассматривают исполнение первоначального обязательства в качестве основания для возникновения встречного обязательства, т.е. если нет первоначального исполнения — нет и обязанности исполнить встречное обязательство; (2) в основание искового заявления с требованием об исполнении встречного обязательства входит доказывание фактических обстоятельств исполнения собственного обязательства;

²⁹ Постановления АС Поволжского округа от 21.12.2021 № Ф06-12493/2021 по делу № А55-4845/2021; АС Уральского округа от 28.07.2020 № Ф09-3981/20 по делу № А34-4145/2019, от 07.12.2022 № Ф09-7181/22 по делу № А50-2243/2022, от 04.10.2021 № Ф09-6630/21 по делу № А76-16659/2019, от 29.04.2016 № Ф09-1595/16 по делу № А50-17944/2014.

³⁰ Постановление АС Северо-Западного округа от 12.04.2022 № Ф07-3122/2022 по делу № А56-10673/2021.

³¹ Постановления АС Московского округа от 09.06.2018 № Ф05-8149/2018 по делу № А40-99925/17; Девятого ААС от 22.09.2020 № 09АП-33853/2020 по делу № А40-34375/2020, от 21.02.2018 № 09АП-69378/2017 по делу № А40-179615/17, от 16.01.2018 № 09АП-61724/2017 по делу № А40-99925/17, от 14.11.2017 № 09АП-50384/2017 по делу № А40-99928/17.

(3) согласованная сторонами очередность исполнения значения не имеет: ни одна из сторон, даже если оговорен порядок осуществления исполнений, не имеет требования к другой стороне, снабженного исковой защитой, так как п. 3 ст. 328 ГК РФ содержит изъятие из принципа реального исполнения.

2. Интерпретация п. 3 ст. 328 ГК РФ в российской доктрине

Изложенный выше подход судов к толкованию п. 3 ст. 328 ГК РФ разделяется отдельными представителями доктрины. Е.В. Богданов отмечает, что с целью стимулирования добросовестности поведения участников обязательства в п. 3 ст. 328 ГК РФ установлено правило о том, что ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне. Соответственно, прежде чем обращаться в суд, заинтересованной в судебном рассмотрении спора стороне необходимо самой исполнить свое обязательство³².

Е.В. Богданов в целом отрицает право стороны обратиться в суд с требованием об исполнении встречного обязательства контрагентом до осуществления собственного исполнения, т.е. отрицает право на иск в процессуальном смысле. При этом автор не разъясняет, что лежит в основе такого категоричного суждения. Во-первых, как реализуется цель стимулирования добросовестности, когда правопорядок отрицает наличие права у лица требовать по суду принудительного исполнения обязательства? Иначе говоря, в ранг аксиомы выводится тезис о том, что требовать исполнения встречного обязательства, не предоставив исполнение со своей стороны, есть поведение недобросовестное. Однако такое поведение не представляется недобросовестным, поскольку у лица имеется право требования к своему контрагенту, которое лицо в судебном порядке желает принудительно осуществить. Другими словами, лицо обращается в суд, чтобы получить то, что ему причитается в силу обязательства. Во-вторых, не очень понятно, как нор-

³² Богданов Е.В. Договоры в сфере предпринимательства. М., 2018 // СПС «КонсультантПлюс».



ма материального права в картине мира исследователя может ограничивать право на иск в процессуальном смысле.

Б.М. Гонгало пишет, что в обменных (синаллагматических) обязательствах по общему правилу требовать присуждения к исполнению обязательства (исполнения в натуре) может только тот, кто сам исполнение уже предоставил³³. Следовательно, Б.М. Гонгало настаивает на том, что до исполнения своего обязательства лицо не может требовать исполнения от контрагента.

О. Филачева отмечает, что в п. 3 ст. 328 ГК РФ содержится фактическое ограничение принципа реального исполнения: до того, как одна из сторон (неважно, первой или второй обязанная исполнить обязательство) не исполнит свою обязанность, она не вправе понуждать другую сторону к исполнению ее обязательства в судебном порядке³⁴. Л.В. Санникова полагает, что должник, который по договору должен исполнить обязательство вторым, не вправе понудить в судебном порядке к исполнению обязательства первого должника, а первый должник до исполнения им обязательства получит отказ в иске о понуждении к исполнению обязательства вторым должником. Л.В. Санникова полагает, что в результате этого для встречных обязательств действие принципа реального исполнения ограничивается до тех пор, пока какая-нибудь из сторон обязательства не исполнит свою обязанность³⁵.

3. Промежуточный вывод на основе анализа судебной практики и доктрины

Проведенный анализ судебной практики применения п. 3 ст. 328 ГК РФ доказывает отсутствие единства в толковании указанной нормы.

Одни суды воспринимают указанное положение в качестве исключения из принципа реального исполнения обязательства. Исходя из этой позиции, обязанность противоположной стороны до осуществления

собственного исполнения истцом возникает, но п. 3 ст. 328 ГК РФ не позволяет понудить к исполнению обязательства. Следовательно, обязательство до осуществления собственного исполнения является натуральным. Допустимо сказать, что указанный подход основан на предельно буквальном толковании п. 3 ст. 328 ГК РФ. Указанный подход поддерживается отдельными представителями доктрины.

Другие суды полагают, что первоначальное исполнение порождает обязанность осуществить встречное исполнение. Следовательно, первоначальное исполнение выступает необходимым условием возникновения обязанности контрагента. Иными словами, до исполнения обязанность отсутствует, что и выступает препятствием для удовлетворения требований истца.

Сближает два этих подхода, во-первых, то, что до момента осуществления собственного исполнения истец, который обратился в суд, получит отказ в удовлетворении заявленных требований, но с разной мотивировкой, а во-вторых, отсутствие правового значения у возражения ответчика о том, что первоначальное обязательство истцом не было исполнено: суд *ex officio* исследует, имело ли место первоначальное исполнение.

Для ясности изложения в дальнейшем в настоящей статье под *ex officio* проверкой судом факта исполнения первоначального обязательства следует понимать две приведенные выше интерпретации п. 3 ст. 328 ГК РФ судами.

4. Альтернативная модель регулирования встречного исполнения обязательства посредством *exceptio non adimpleti contractus*

Под *exceptio non adimpleti contractus* понимается дилаторное возражение о неисполнении встречного обязательства лицом, требующим исполнения от контрагента. При этом не отрицается притязание истца, но заявляется встречное притязание с целью защитить свое собственное право³⁶.

³³ Гонгало Б.М. Гражданское право. М., 2018 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ Филачева О. У добросовестной стороны есть выбор. М., 2017 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁵ Санникова Л.В. Гражданский кодекс Российской Федерации. М., 2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права (часть пятая). М., 2013 // СПС «КонсультантПлюс».

И. Колер указывал, что возражение о преждевременности притязания основывается во многих случаях на постоянной связи человеческих отношений, в силу которых две вещи часто стоят не самостоятельно одна по отношению к другой, но обусловлены друг другом и получают взаимное значение только при этой связи. Возражение *exceptio non adimpleti contractus* позволяет лицу, против которого возбуждено притязание, отклонить его на известный срок и таким образом парализовать его, пока лицо, предъявившее притязание, не исправит недостаток и возражение благодаря этому будет устранено³⁷.

В договорном праве *exceptio non adimpleti contractus* имеет большое практическое значение, поскольку позволяет обеспечить справедливость обмена через наделение лица правом на возражение.

Принципиальное отличие от модели *ex officio* проверки судом факта исполнения первоначального обязательства в том, что каждое из встречных исполнений в рамках синаллагматического договора признается самостоятельным по содержанию: возникновение обязанности не поставлено в зависимость от первоначального исполнения, а само требование о понуждении исполнить встречное обязательство контрагентом до осуществления собственного исполнения снабжено иском. При этом в дискреции ответчика находится вопрос о том, заявить возражение о неисполнении встречного обязательства истцом либо нет. Если ответчик не заявляет эксцепцию, то суд должен удовлетворить заявленное требование истца и самостоятельно не выяснять, было ли исполнено обязательство самим истцом.

Далее следует остановиться на недостатках модели *ex officio* проверки судом факта исполнения первоначального обязательства.

4.1. В рамках модели *ex officio* проверки судом факта исполнения первоначального обязательства происходит вторжение в автономию воли сторон обязательства. При этом указанный недостаток сохраняется как при интерпретации п. 3 ст. 328 ГК РФ в качестве нормы, не отрицающей существование первоначального обязательства, но предусматривающей запрет

требовать исполнения обязательства в натуре без собственного исполнения, так и для толкования, при котором обязанность ответчика отсутствует до исполнения обязательства истцом.

Это связано с тем, что суд, а не ответчик, на имущественную массу которого претендует истец, будет разрешать вопрос о том, защитить ли ответчика. Возможна ситуация, когда ответчик будет вести себя крайне пассивно и никакой заинтересованности в защите своих прав проявлять не будет, однако суд все равно откажет в иске. Интерес бездействующего не пострадает, что неприемлемо. Никакой иной цели, помимо защиты имущественной массы ответчика, п. 3 ст. 328 ГК РФ даже в такой интерпретации не имеет. При этом совершенно не ясно, почему инициатива защиты ответчику не предоставлена.

И. Колер верно полагал ошибочным суждение, что понятие возражения противоречит логике права. Ибо раз право желает от кого-либо чего-либо, то этому лицу не может быть в то же время предоставлено право воспрепятствовать осуществлению «воли права». Объективное право по требованиям правового порядка может очень легко связывать волей отдельного человека какие угодно последствия: в гражданском праве ответчика можно признать обязанным к исполнению лишь в том случае, если он определенным образом сам не откажется от своего обязательства³⁸.

Указанные рассуждения были сделаны исследователем в целом применительно к критике понятия возражения в немецком праве, но представляются крайне уместными и для такого возражения, как *exceptio non adimpleti contractus*.

Итак, указанный выше недостаток устраняется, когда положение ответчика гарантировано посредством *exceptio non adimpleti contractus*, поскольку именно ответчик выбирает, заявить такое возражение или нет. Производным преимуществом является соответствие указанного решения процессуальному принципу состязательности сторон, когда не суду, а сторонам разбирательства предоставлена инициатива для защиты своих прав.

³⁷ Бернгефт Ф., Колер И. Гражданское право Германии. СПб., 1910. С. 88.

³⁸ Там же. С. 87.



Кроме того, нарушается общая логика регулирования. Например, возражение о безденежности займа (*exceptio non numeratae pecuniae*), т.е. о том, что первоначальная обязанность по передаче денежных средств не была исполнена лицом, которое предъявляет требование, ослабляется возражением ответчика, возлагая на последнего бремя доказывания (п. 1 ст. 812 ГК РФ): суд не приходит *ex officio* к такому выводу. Если ответчик не заявит возражение о безденежности займа, то у суда нет оснований для отказа в удовлетворении требований истца.

Аналогично можно сказать про п. 2 ст. 199 ГК РФ (возражение о пропуске срока исковой давности). Нам представляется уместным сравнение Ф. Андре применения *exceptio non adimpleti contractus* и срока исковой давности в том смысле, что для применения срока исковой давности решающим является субъективное усмотрение ответчика³⁹.

4.2. Из природы синаллагматического обязательства не следует столь тесная связь между обязательствами, которая предлагается в рамках модели *ex officio* проверки судом факта исполнения первоначального обязательства: например, что исполнение одного обязательства является основанием для возникновения другого. Добиться достаточной связанности между синаллагматическими обязательствами и при этом сохранить самостоятельность содержания каждого из них возможно посредством *exceptio non adimpleti contractus*, что выступает в роли золотой середины. Исследование истории формирования синаллагматических договоров доказывает этот тезис.

4.3. *Ex officio* проверка судом факта исполнения первоначального обязательства в том случае, если истец не доказал факт исполнения первоначального обязательства, приводит к отказу в иске. При этом, если исходить из того толкования п. 3 ст. 328 ГК РФ, при котором ни одна из сторон не вправе требовать исполнения от контрагента, если не рискнула со своей стороны осуществить исполнение (приняла на себя риск дефолта контрагента), складывается тупиковая ситуация: ни одна из сторон не рискует исполнить — обязательства исполнены не будут.

Кроме того, если считать, что п. 3 ст. 328 ГК РФ содержит исключение из принципа реального исполнения, то получается, что двусторонний договор порождает натуральные обязательства: сторона только после исполнения своего обязательства получает право на принудительное исполнение. Сложно представить среднюю волю субъектов, которые совместным волеизъявлением породили не снабженное исковой защитой натуральное обязательство.

При заявлении *exceptio non adimpleti contractus* возможным правовым решением является присуждение к одновременному исполнению, которое как позволяет избежать тупиковой ситуации, когда никто не рискует исполнить первым, так и снимает возражение, связанное с натуральным обязательством. Истец предъявляет иск к ответчику, ответчик заявляет возражение в форме встречного иска. По итогам рассмотрения (при условии обоснованности каждого из требований) суд выносит решение о присуждении к одновременному исполнению.

Осложняет изложенную выше проблему то, что ГК РФ не предусматривает известный ГГУ институт присуждения к одновременному исполнению (*Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug*), в соответствии с которым если заявлен иск по двустороннему договору и ответчиком заявлено возражение о неисполнении обязательства лицом, которое предъявляет требование, указанное влечет вынесение решения об одновременном исполнении. П. Грошлер отмечал, что возражение ответчика является основанием не для отказа в удовлетворении иска, а для присуждения к одновременному исполнению⁴⁰.

4.4. Сохранение п. 3 ст. 328 ГК РФ в той интерпретации, что исполнение встречного обязательства является основанием для возникновения обязательства контрагента, приводит к разрушению консенсуальной модели договора. Синаллагматические договоры становятся в систематике римского права безыменными контрактами, в которых обязательство контрагента возникало только после исполнения собственного обязательства лицом⁴¹.

³⁹ André F. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht. Leipzig, 1890. S. 45.

⁴⁰ Gröschler P. Zur Wirkungsweise Und Zur Frage Der Geltendmachung von Einrede Und Einwendung Im Materiellen Zivilrecht // Archiv für die civilistische Praxis. 2001. Bd. 201. № 1. P. 57.

⁴¹ Подробнее см.: Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 245, 246.

Следовательно, п. 3 ст. 328 ГК РФ, регулируя синаллагматические договоры, которые согласовываются по консенсуальной модели, при таком толковании нивелирует их консенсуальную природу. Возникновение обязанности контрагента определяется не моментом достижения согласия по всем существенным условиям, а осуществлением исполнения собственного обязательства, что является историческим и логическим противоречием, которое встретилось в п. 3 ст. 328 ГК РФ.

4.5. Указанный в подразделе 1 вариант толкования п. 3 ст. 328 ГК РФ, при котором обязательство не возникает до осуществления встречного исполнения, приводит к смещению института встречного исполнения обязательства с исполнением обусловленным.

Иначе говоря, при таком подходе встречное исполнение обязательства (п. 1 ст. 328 ГК РФ) всегда является обусловленным (ст. 327.1 ГК РФ) и происходит полное поглощение института встречных обязательств, которых в частном праве большинство, институтом обусловленного исполнения обязательства. Следовательно, общее правило — участники оборота наделены правом по своему усмотрению определить, когда исполнение обязательства ставится в зависимость от исполнения обязательства другой стороной (ст. 327.1 ГК РФ), — разрушается обратным общим правилом для встречных исполнений: подразумевается воля сторон обязательств со встречным исполнением на возникновение права требовать исполнения только после исполнения собственного (первоначального) обязательства. При этом в отдельных судебных актах суды идут дальше и придерживаются толкования нормы п. 3 ст. 328 ГК РФ в качестве императивной⁴², т.е. из презумпции делают непоколебимую волей сторон норму.

Представляется, что подобное смещение не идет на пользу регулированию и обороту. Стороны вправе самостоятельно разрешать вопрос о том, в каких случаях исполнение одного обязательства является условием для возникновения права требовать исполнения

другого, что в полной мере соответствует принципу свободы договора. Устанавливать это по умолчанию законодателем неверно, и обусловленность исполнений, которая толкуется судами буквально, — ошибка.

Таким образом, как с исторической, так и с догматической позиции регулирование обязательств со встречным исполнением через модель возражения посредством *exceptio non adimpleti contractus* является наиболее предпочтительным вариантом. При этом указанное предложение, которое защищается в работе в качестве общего правила, не исключает ни диспозитивность регулирования, ни наделение сторон правом по своей инициативе установить иное, например что исполнение одного обязательства выступает основанием для возникновения встречного обязательства. 📄

The Role of *Exceptio non Adimpleti Contractus* to Seek Specific Performance under a Mutual Obligation

The article addresses topical issues of regulation of counter-performance of obligations, formation of *exceptio non adimpleti contractus* in Roman private law in different periods, comparison of synallagmatic obligations with *contractus innominati*, burden of proof to seek specific performance under a mutual obligation, the formation of doctrinal positions of German scientists regarding the independence of each of the obligations that arise from the synallagmatic agreement. The court practice of applying paragraph 3 of Art. 328 of the Russian Civil Code and doctrinal positions on the substance of the requirements from the synallagmatic contract are studied. The author proposes a possible alternative model for regulating claims for the fulfilment of counter-obligation (*de lege ferenda*) and criticises the current model of the absence of claim before the fulfilment of one's own obligation, which follows from a literal constriction reading of paragraph 3 of Art. 328.

Keywords: *exceptio non adimpleti contractus, synallagmatic obligations, performance under a mutual obligation, Einrede and Einwendung in German law*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Grigory G. Volkov
Postgraduate Student of Lomonosov Moscow State University
(e-mail: gregoryvg@yandex.ru)

⁴² Постановления АС Московского округа от 15.09.2022 № Ф05-21812/2022 по делу № А40-225304/2021; Девятого ААС от 07.12.2020 № 09АП-46990/2020 по делу № А40-214184/2019.



REFERENCES

- Bernhoft, F. and Kohler, I. German Civil Law [*Grazhdanskoye pravo Germanii*]. Saint Petersburg, 1910.
- Bogdanov, E.V. Contracts in the sphere of entrepreneurship: A monograph [*Dogovory v sfere predprinimatel'stva: monografiya*]. Moscow, 2018.
- Brandsma, F. "De exceptio non adimpleti contractus en de conditio indebiti: Betaalt degene die een opschortingsrecht had kunnen inroepen, maar dat niet doet, onverschuldigd als de tegenprestatie uitblijft?". Groninger Opmerkingen en Mededelingen. 2010. Vol. XXVII.
- Dernburg, G. Pandects. Law of Obligation [*Pandekty. Obyazatel'stvennoye pravo*]. Moscow, 1900.
- Ernst, W. Die Vorgeschichte der non adimpleti contractus: Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag. Berlin, 1998.
- Filacheva, O. "A bona fide party has a choice" [*U dobrosovestnoy storony est' vybor*]. EJ-Jurist [*EZh-Yurist*]. 2017. No. 6, available at "ConsultantPlus" Legal Reference System.
- Francesco, O. La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita. Napoli, 2015.
- Fritz, A. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht. Leipzig, 1890.
- Gernhuber, J. Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und. Strukturen. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1989.
- Gongalo, B.M. (ed.). Civil Law: A Textbook in 2 vol. [*Grazhdanskoye pravo: ucheb. v 2 t.*]. Vol. 2. Moscow, 2018, available at: https://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/gongalo_bm_grazhdanskoe_pravo_tom_2/ (accessed 17 May 2024).
- Grimm, D.D. Lectures on the dogma of Roman law [*Lektsii po dogme rimskogo prava*]. Moscow, 2003.
- Gröschler, P. "Zur Wirkungsweise Und Zur Frage Der Geltendmachung von Einrede Und Einwendung Im Materiellen Zivilrecht". Archiv Für Die Civilistische Praxis. 2001. Bd. 201. No. 1, available at: <http://www.jstor.org/stable/40995739> (accessed 17 May 2024).
- Heerwart, F.W. "Über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus". Archiv Für Die Civilistische Praxis. 1824. Bd. VII.
- Jansen, N. and Zimmermann, R. Commentaries on European Contract Laws. Oxford, 2018. CLX, 1278 pp.
- Keller, F.L. "Noch Etwas Über Die Exceptio Non Adimpleti Contractus". Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts. 1860. Bd. IV.
- Larenz, K. Lehrbuch des Schuldrechts. I Band. Allgemeiner Teil. Muenchen, 1987.
- Novitskiy, I.B. Roman Law: A textbook for universities [*Rimskoye pravo: ucheb. dlya vuzov*]. Moscow, 2023.
- Pokrovskiy, I.A. History of Roman Law [*Istoriya rimskogo prava*]. Petrograd, 1918.
- Sannikova, L.V. (ed.). Civil Code of the Russian Federation: Article-by-article commentary to Section III 'General Part of the Law of Obligations' [*Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii: Postateynyy kommentariy k razdelu III "Obshchaya chast' obyazatel'nogo prava"*]. Moscow, 2016, available at "ConsultantPlus" Legal Reference System.
- Schenck, C.W. "Ueber Die Exceptio Non Adimpleti Contractus Und Das Retentionsrecht Bei Gegenseitigen Verträgen". Archiv Für Die Civilistische Praxis. 1834. Bd. 17. No. 1.
- Ton, A. "Legal norm and subjective right. Studies on the general theory of law (part five)" [*Pravovaya norma i sub'yektivnoye pravo. Issledovaniya po obshchey teorii prava (chast' pyataya)*]. Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2013. Vol. 13. No. 1, available at "ConsultantPlus" Legal Reference System.
- Weiske, J. Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. Leipzig, 1839.
- Williston, S. "Dependency of Mutual Promises in the Civil Law". Harvard Law Review. 1899. Vol. 13. No. 2.
- Windscheid, B. Obligations in Roman law [*Ob obyazatel'stvakh po rimskomu pravu*]. Saint Petersburg, 1875.
- Wolfgang, E. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages: zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß. De Gruyter, 2000.



**АЛЕКСАНДР ИВАНОВИЧ
САВЕЛЬЕВ**

НИУ «Высшая школа экономики», начальник юридического отдела ООО «Лаборатория систем автоматизации процессов», кандидат юридических наук, доцент

ЗАКОН И КОД: РЕГУЛИРОВАНИЕ КАЧЕСТВА ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ, ПРЕДОСТАВЛЯЕМОГО ПО ЛИЦЕНЗИИ И РАЗРАБАТЫВАЕМОГО НА ЗАКАЗ

В статье рассматривается один из наименее урегулированных вопросов, посвященных качеству компьютерной программы, в контексте ответственности лицензиара за качество программы, предоставляемой по лицензии, и ответственности разработчика за качество программы, разрабатываемой на заказ. Исследуются существующие используемые лицензиарами условия об ограничении такой ответственности и их оценка в судебной практике. Кроме того, подробно анализируется механизм действия гарантий в отношении качества программы, разработанной на заказ.

Ключевые слова: программа для ЭВМ, лицензионный договор, договор на разработку компьютерной программы

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-136-150

Ошибки так же неисчерпаемы, как и атом.
Аксиома. В любой программе есть ошибки.
Закон пропорциональности. Чем более программа
необходима, тем больше в ней ошибок.
Следствие. Ошибок не содержит лишь совершенно ненужная программа.

В. Тихонов. Теория ошибок

Введение

«Программное обеспечение пожирает мир»¹ — эта фраза известного венчурного инвестора и сооснователя компании *Netscape* Марка Андрессена как ни

¹ *Andreessen M.* Why Software Is Eating the World. URL: <https://a16z.com/why-software-is-eating-the-world/> (дата обращения: 29.05.2024).

когда лучше передает всю значимость программного обеспечения в современном мире. Все инновации и информационные технологии имеют в своей основе компьютерные программы, не говоря уже о таких ставших частью нашей повседневной жизни объектах, как автомобили, стиральные машины, смарт-устройства, средства коммуникации и многое другое. Значительная часть жизненно важных процессов, происходящих с нами и вокруг нас, автоматизирована с помощью компьютерных программ, так что мы в буквальном смысле зависим от них, как от воздуха.

Вместе с тем программное обеспечение, как и все созданное человеком, не бывает идеальным. Никакое тестирование не способно выявить все возможные ошибки либо гарантировать их отсутствие на будущее². При этом сбои компьютерной программы могут повлечь для ее пользователей в коммерческой сфере значительные убытки, вызванные неправильным выполнением торговых операций, неверным расчетом цен, остановкой производственных линий, утратой или утечкой важной бизнес-информации. Подобные сбои могут затруднить или сделать невозможным восстановление нормального функционирования предприятия.

Это ставит вопросы: в каком объеме лицензиар по лицензионному договору на компьютерную программу, а также разработчик по договору на разработку компьютерной программы несут ответственность за качество такой программы и какую юридическую силу имеют различного рода оговорки о том, что программа предоставляется на условиях «как есть»?

1. Регулирование качества программного обеспечения, предоставляемого по лицензионному договору

Хотя ГК РФ известно регулирование вопросов качества применительно к отдельным видам договоров (например, ст. 469 — «качество товара», ст. 721 — «качество работы» и т.д.), часть четвертая Кодекса

вообще никак не затрагивает вопросы гарантий или ответственности за недостатки лицензируемой компьютерной программы. Возможно, в определенной степени на это повлиял закрепленный в п. 1 ст. 1259 ГК РФ постулат авторского права о том, что «объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения». Таким образом, каким бы ни было качество («достоинство») программного продукта, он все равно является охраноспособным, а следовательно, может выступать объектом лицензионного договора. Существуют примеры, когда суд подходил к проблеме качества лицензионных договоров исключительно формально-догматически, отмечая, что «неисключительное право, не являясь вещью, не может быть некачественным»³.

Кроме того, практически во всех лицензионных соглашениях в отношении компьютерных программ фигурируют условия об их предоставлении на условиях «как есть» (*as is*). В свете этого показателен спор, рассмотренный одним из американских судов, возникший в связи с несовместимостью интерфейсов различных компьютерных программ, установленных у пользователя, вследствие чего они не могли обмениваться информацией между собой. При выборе программ пользователь полагался на устные заявления и рекомендации, данные специалистами правообладателя *J.D. Edwards* и *IBM*, выступавшей в качестве стороннего консультанта, который впоследствии и осуществлял внедрение указанных программ. Пользователь предъявил в суд иск к лицензиару данной программы и компании *IBM* о возмещении убытков, указав в качестве основания, помимо прочего, введение в заблуждение и нарушение гарантии о пригодности продукта для использования в определенных целях. Однако в иске было отказано по причине того, что соглашения с ответчиками содержали достаточно широкий дисклеймер об исключении гарантий в отношении программы, который является типичным для большинства лицензионных договоров: «...за исключением случаев, явно предусмотренных в настоящем соглашении, не предоставляются какие-либо гарантии, явно выраженные или подразумеваемые, включая, но не ограничиваясь: подразумеваемые гарантии или

² Jones C., *Bonsignour O.* The Economics of Software Quality. Addison-Wesley, 2012. P. 347; Cem Kaner. Why should you oppose UCITA // Computer Law. 2000. № 17. P. 23. URL: <http://kaner.com/pdfs/omputerlawyer.pdf> (дата обращения: 29.05.2024).

³ Постановление ФАС Московского округа от 02.07.2013 по делу № А40-111104/12-26-947, от 30.09.2009 № КГ-А40/9849-09.

условия товарпригодности, удовлетворительного качества, соответствия определенной цели. *J.D. Edwards* не предоставляет гарантий способности аппаратного обеспечения или программного обеспечения третьих лиц достигнуть все или некоторые задачи, стоящие перед пользователем». Суд закончил рассмотрение дела следующим «наставлением» участникам оборота: «Это дело — классический пример ситуации, когда амбициозный проект пошел не так, как было изначально задумано. То, что началось с высоких ожиданий и возвышенных заверений, закончилось абсолютным провалом. *IBM* и *Edwards* застраховали себя от провала в письменных документах, а истец — нет. Мораль сего дела такова: закрепляйте всё на бумаге»⁴.

Отечественная практика также исходит из того, что вопросы качества лицензируемой программы должны решаться непосредственно в договоре.

Так, по мнению судов, лицензиар не несет ответственности за качество программы, если только в самом лицензионном договоре прямо не указаны характеристики программы, которым она должна соответствовать⁵. Иногда такие указания включаются в лицензионный договор. Например, лицензиар может дать гарантию того, что компьютерная программа будет соответствовать ее описанию в спецификации или прилагаемой документации⁶. При этом для лицензиара может быть нелишним включение в лицензионный договор оговорки о том, что лицензиат на момент подписания договора был ознакомлен с перечнем функциональных

возможностей, перечнем аппаратно-программных требований к компьютерной программе, содержащихся в соответствующей документации и описаниях. Как показывает практика, такая оговорка может служить основанием для отклонения требований о признании лицензионного договора недействительным по ст. 178 ГК РФ (в связи с заблуждением, имеющим существенное значение)⁷.

Иногда лицензиары предоставляют гарантию того, что компьютерная программа не содержит вирусов или иных вредоносных компонентов. Впрочем, такие гарантии даются лицензиарами относительно редко, поскольку вирусы достаточно сложно идентифицируемы и могут попасть в компьютерную программу и в отсутствие какой-либо вины со стороны лицензиара. В связи с этим лицензиары иногда ограничивают свои гарантии заверениями о том, что компьютерная программа прошла сканирование с использованием антивирусной программы одного из ведущих производителей⁸.

Кроме того, соответствующие гарантии могут быть ограничены определенным сроком действия, по истечении которого все исправления ошибок и прочее сопровождение осуществляются на основании отдельного соглашения. При этом гарантии качества в случае их предоставления лицензиаром обычно сопровождаются исключениями, которые призваны освободить лицензиара от претензий, имеющих в своей основе действия самого лицензиата, в частности когда лицензиат самостоятельно внес изменения в программное обеспечение либо использует его с нарушением установленных разработчиком правил эксплуатации. Если же условие о качестве сформулировано в договоре общим образом — вроде «лицензиар гарантирует качество программного обеспечения», — то наличие

⁴ *Irwin Seating Co. v. International Business Machines Corp.* 306 Fed.Appx. 239, 6th Cir. (2009).

⁵ «...Лицензионное соглашение не содержит требований к характеристикам этой программы, в связи с чем не известно, что именно подразумевает под первоначальным продуктом истец, и в каком, по его мнению, виде он должен был существовать в момент передачи» (постановление СИП от 03.11.2017 № C01-824/2017 по делу № A46-13129/2016).

⁶ В качестве примера можно привести положения лицензионного соглашения *IBM* (ст. 8.1 *IBM International Program License Agreement*), согласно которому «*IBM* гарантирует, что при использовании в предусмотренной операционной среде Программа будет соответствовать своим спецификациям. Спецификации Программы и информацию о предусмотренной операционной среде можно найти в прилагаемой к Программе документации (например, в файле *readme*) или в иных материалах, которые публикует *IBM* (например, в письме-объявлении)». URL: <https://www.ibm.com/support/customer/csol/terms/?id=i125-3301&lc=en> (дата обращения: 29.05.2024).

⁷ См., напр.: постановление Семнадцатого ААС от 29.02.2008 № 17АП-1125/2008-ГК по делу № А60-7733/2007. В данном деле заблуждение истца выразалось в том, что он намеревался купить готовый программный продукт для его использования в целях организации бухгалтерского учета в соответствии с требованиями бухгалтерского законодательства без дополнительных затрат на его внедрение. Однако выяснилось, что приобретенный программный продукт не был в достаточной степени автоматизирован и требовал дополнительной доработки посредством самостоятельного внесения сведений в некоторые его модули.

⁸ См.: *Classen W.* A practical guide to software licensing. ABA Publishing, 2008. P. 46.



недостатков в программе, которые повлекли невозможность ее использования, может влечь отсутствие обязанности лицензиата по внесению платежей по договору за такую программу⁹.

Однако довольно распространенной практикой является включение в лицензионный договор оговорки о том, что программа предоставляется на условиях «как есть». И суды в целом признают такие условия допустимыми и не противоречащими законодательству.

В качестве примеров можно привести следующие варианты формулировок, «одобренных» судами:

«программа предоставляется лицензиату как есть („as is“), в соответствии с общепринятым в международной практике принципом. Лицензиар не несет ответственности за несоответствие результатов использования программы ожиданиям лицензиата; за проблемы совместимости с другими программными продуктами; проблемы, возникающие из-за неоднозначного толкования сопроводительной документации»¹⁰;

«лицензиар не несет ответственность за невозможность использования программного продукта по причинам, не зависящим от лицензиара. Программный продукт предоставлен „как есть“ (as is) в соответствии с общепринятым в международной практике принципом. Это означает, что за проблемы, возникающие в процессе эксплуатации программного продукта (в т.ч. проблемы совместимости с другими программными продуктами (пакетами, драйверами и др.), несоответствие результатов использования программного продукта ожиданиями лицензиата и т.п.), Лицензиат принимает на себя все риски и несет полную ответственность за возможные негативные последствия, вызванные несовместимостью или конфликтами программного продукта с другими программными продуктами, установленными на ЭВМ лицензиата»¹¹.

Более того, даже в спорах, где в качестве пользователя фигурирует физическое лицо, суды признают

подобные условия не противоречащими законодательству о защите прав потребителей¹².

В принципе, подход лицензиаров, включающих в соглашения положения о том, что программа предоставляется «как есть» и не свободна от ошибок, не представляет собой исключительно лишь их каприз и имеет под собой достаточно веские объективные основания. К таковым можно отнести: 1) сложность современного программного обеспечения, которое состоит из миллионов строк кода и взаимодействует с различными системами, аппаратным обеспечением и сетевыми протоколами; 2) человеческий фактор, в особенности усиливаемый сжатыми сроками разработки программы; 3) взаимодействие программы с другими программами и оборудованием, которые могут привести к неожиданным, трудно предсказуемым на этапе разработки проблемам; 4) бесконечное разнообразие сценариев использования, при котором невозможно полностью предвидеть, как пользователи будут использовать программное обеспечение, и тем самым устранить возникающие у них ошибки на этапах тестирования; 5) эволюция технологий, в результате которой программное обеспечение, стабильное и надежное в одной технической среде, может столкнуться с проблемами в другой из-за обновлений операционных систем, браузеров, аппаратного обеспечения. В связи с этим нельзя согласиться с позицией о том, что «избирательный подход к ответственности за недостатки программного обеспечения — в зависимости от основания его приобретения прав на него — не имеет под собой ни достаточных юридических, ни весомых социально-экономических оснований. В условиях действующего правового регулирования, не содержащего специальных норм по рассматриваемому вопросу, лицензиар должен отвечать за некачественное программное обеспечение на таких же условиях, на каких арендодатель и ссудодатель отвечают перед контрагентом за недостатки предоставленной во временное пользование вещи»¹³. Возложение на разработчиков и лицензиаров программного обеспечения такого рода ответственности, игнорирующее технические особенности программного обеспече-

⁹ Постановление СИП от 20.01.2022 № С01-2265/2021 по делу № А53-12137/2021.

¹⁰ Постановление СИП от 24.05.2018 № С01-241/2018 по делу № А40-20130/2017.

¹¹ Постановление СИП от 31.08.2023 № С01-1434/2023 по делу № А71-2112/2022.

¹² Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 30.05.2023 по делу № 88-12920/2023; апелляционное определение Московского городского суда от 14.11.2022 по делу № 33-45801/2022, 2-640/2022.

¹³ Цепов Г.В., Иванов Н.В. К цивилистической теории смарт-контрактов // Закон. 2022. № 3.

ния, повлечет негативные последствия для развития отечественной ИТ-индустрии. Если разработчики, особенно из числа небольших компаний и стартапов будут бояться возможных юридических последствий из-за ошибок или недочетов в их продуктах, это может существенно снизить их готовность к экспериментам и инновациям. Это, в свою очередь, может замедлить темпы развития технологий и сделать продукты менее конкурентоспособными, чем у зарубежных разработчиков. Ответственность за качество ПО потенциально приведет к значительному увеличению стоимости разработки. Разработчикам придется вкладывать больше ресурсов в тестирование и контроль качества, что увеличит стоимость конечного продукта для пользователей, что в условиях сокращения их ИТ-бюджетов бьет уже по самим пользователям.

В связи с этим можно сказать, что предоставление программы на условиях «как есть» представляет собой не только договорное условие, но и сложившуюся практику в ИТ-индустрии. Иными словами, в данном случае речь идет не о некоем «международном принципе», как на это ошибочно указывают в соответствующих формулировках договорных условий, а об обычае, т.е. сложившемся и широко применяемом в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренном законодательством правило поведения (ст. 5 ГК РФ).

Однако несмотря на наличие объективных оснований, лежащих в основе данной практики, у нее должны быть и ограничения, обеспечивающие защиту пользователей от явной недобросовестности лицензиаров, злоупотребляющих подобными «индальгенциями».

Прежде всего необходимо отметить, что действие условий об исключении гарантий и ответственности за недостатки и сбои программного обеспечения не является безграничным. В соответствии с п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Общие положения договорного права РФ содержат запрет на включение в договор условий, представляющих собой заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства. Такие положения являются заведомо ничтожными (п. 4 ст. 401 ГК РФ). Как отметил Верховный Суд РФ, «наделение

должника возможностью не отвечать за умышленное нарушение позволяет ему по своему усмотрению решать, исполнять ему обязательство или нет, что явно нарушает баланс интересов участников правоотношений. По сути, отсутствие ответственности даже за умышленное нарушение обязательств — это полная безответственность, что никак не отвечает целям правового регулирования обязательственных правоотношений»¹⁴. Важно подчеркнуть, что отсутствие вины, в том числе в виде умысла, по общему правилу доказывается лицом, нарушившим обязательство (п. 1 и 2 ст. 401 ГК РФ). В обоснование отсутствия умысла должником, ответственность которого устранена или ограничена соглашением сторон, могут быть представлены доказательства того, что им проявлена хотя бы минимальная степень заботливости и осмотрительности при исполнении обязательства¹⁵. Поэтому не очень корректными являются утверждения о том, что «доказать и установить подобный умысел со стороны лицензиара крайне сложно»¹⁶, поскольку согласно существующему распределению бремени доказывания лицензиат и не должен его доказывать.

С учетом сказанного возникает вопрос: какое именно обязательство нарушает лицензиар, умышленно включая в программу какие-либо ошибки, в результате которых происходят сбои и наступают иные тяжкие последствия на стороне лицензиара? Представляется, что в качестве такого обязательства могут выступать положения п. 2 ст. 1237 ГК РФ, согласно которым «в течение срока действия лицензионного договора лицензиар обязан воздерживаться от каких-либо действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленного ему права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах». Умышленное включение ошибок и уязвимостей в программу, которые влекут невозможность ее нормального использования лицензиатом, вполне подпадает под данный пункт. С некоторой натяжкой к нему может быть отнесено и неустранение лицензиаром известных ему ошибок, которые могут повлечь

¹⁴ Пункт 21 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 25.11.2020).

¹⁵ Пункт 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

¹⁶ Цепов Г.В., Иванов Н.В. Указ. соч.



невозможность использования программы лицензиатом. Однако это справедливо лишь в тех случаях, когда в качестве лицензиара выступает сам правообладатель, который в силу имеющихся у него технических возможностей, знаний и юридического статуса может включать соответствующие ошибки и уязвимости в программный код либо, напротив, их устранять. Если в качестве лицензиара выступает иное лицо, которое не совершало и не могло совершить таких действий, то оснований для применения к нему ст. 1237 и п. 4 ст. 401 ГК РФ нет. Кроме того, речь должна идти только о вопиющих случаях недобросовестности правообладателя — лицензиара, который умышленно умалчивает о недостатках программы, имеющих существенное значение для принятия лицензиатом решения о заключении договора. По общему правилу оговорки об ограничении гарантий в отношении программы должны признаваться действительными по причинам, которые уже указывались выше.

В данном контексте представляют интерес положения Принципов договорного права в сфере программного обеспечения, разработанных Американским институтом права (*American Law Institute, ALI*), согласно которым лицензиар несет ответственность за скрытые недостатки программного обеспечения, о которых ему было известно на момент его предоставления контрагенту, при условии, что лицензиар получает денежное вознаграждение за такое предоставление (§ 3.05(b)). Указанная гарантия не может быть исключена договором, направлена на обеспечение баланса интересов лицензиара и лицензиата и является компенсацией за достаточно либеральный подход к возможности исключения всех остальных гарантий¹⁷. Как отмечается, многие дефекты известны правообладателям, однако последние в силу тех или иных причин не предпринимают действий по их исправлению¹⁸. Конечно, доказать факт осведомленности лицензиара о наличии недостатков в программе довольно сложно. Но американским судам иногда достаточно внутренней переписки для того, чтобы установить факт осведомленности правообладателя о дефекте¹⁹. Представляется, что в контексте российского законодательства умолчание лицензиара об известных ему скрытых недостатках программы,

особенно когда такие недостатки будут создавать значительные сложности при использовании программы в соответствии с теми целями, о которых заявил лицензиат, может выступать проявлением со стороны лицензиара недобросовестности, а в некоторых случаях и умысла на совершение соответствующего нарушения.

Таким образом, с учетом положений п. 4 ст. 401 и п. 2 ст. 1237 ГК РФ механической отсылки лицензиара к положениям лицензионного договора о предоставлении программы «как есть» недостаточно для исключения ответственности за ее сбои и дефекты. В соответствии с разъяснениями Верховного Суда РФ лицензиар должен продемонстрировать, что таковые не являются результатом его умысла.

Например, в обоснование отсутствия умысла должником, ответственность которого устранена или ограничена соглашением сторон, могут быть представлены доказательства того, что им проявлена хотя бы минимальная степень заботливости и осмотрительности при исполнении обязательства²⁰. В настоящее время судебная практика по лицензионным договорам, в которой фигурируют условия об ограничении ответственности лицензиара и (или) предоставлении программы на условиях «как есть», не особо учитывает данные разъяснения.

Вторым возможным ограничителем исключения лицензиаром гарантий и ответственности в отношении качества лицензируемого программного обеспечения являются нормы о качестве товара в договоре купли-продажи. Речь идет о ситуациях, когда лицензиат приобретает право использования программы в связке с техническим устройством, которым она управляет. Как указал Верховный Суд РФ, требования граждан к качеству программного обеспечения, используемого в технически сложном товаре (например, к операционной системе, которая служит для обеспечения его функционирования), должны рассматриваться как требования к качеству товара в целом с учетом его потребительских свойств в соответствии со ст. 469 ГК РФ²¹. Впоследствии в одном из своих опреде-

¹⁷ Principles of the Law of Software Contracts. ALI, 2010. P. 197.

¹⁸ *Cem Kaner*. Op. cit. P. 23.

¹⁹ M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp. 998 P.2d 305, 313 (Wash. Sup. Ct. 2000).

²⁰ Пункт 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7.

²¹ Пункт 39 Постановления Пленума ВС РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей».

лений Верховный Суд РФ еще раз артикулировал данный подход, отметив, что «качественным следует признать такой товар, который на протяжении всего срока службы может использоваться в соответствии с конкретными целями, для которых он приобретался, в частности, должна быть гарантирована работоспособность программного обеспечения, используемого в технически сложном товаре, например операционной системы, которая служит для обеспечения его функционирования»²².

Таким образом, дефекты встроенного или системного программного обеспечения, управляющего компьютерным устройством, могут рассматриваться в качестве дефектов самого устройства с возможностью предъявления требований, связанных с недостатком товара (ст. 475 ГК РФ).

В принципе, нет особых препятствий для применения данной позиции не только к отношениям с участием потребителей, но и к отношениям предпринимательского характера, поскольку ключевую роль в ее обосновании играет не субъектный состав, а характер объекта договора²³.

Рассматривая вопрос о регулировании отношений о качестве лицензируемой компьютерной программы, следует проанализировать возможность применения положений о качестве, включаемых в иные виды договоров, в том числе договор купли-продажи и договор аренды. Определенные основания для этого можно найти в разъяснениях Верховного Суда РФ, согласно которым к лицензионному договору подлежат применению положения частей первой, второй, третьей ГК РФ, если иное прямо не предусмотрено частью четвертой ГК РФ и если их применение не противоречит существу отношений, урегулированных данной частью ГК РФ²⁴. В литературе высказывается мнение о возможности применения к лицензионным договорам норм о качестве, содержащихся в положениях о договоре аренды и ссуды. Как отмечается, «в связи с содержательной близостью „лицензионных“ от-

ношений и отношений, возникающих из договоров аренды и ссуды (и в том, и в другом случае предполагается временное пользование чужим благом), нормы глав 34 и 36 ГК РФ, за исключением случаев явного противоречия существу отношений, должны применяться по аналогии к лицензионному договору о предоставлении права использования программы для ЭВМ, когда этого требует пробел в правовом регулировании»²⁵.

Тезис о возможности применения положений о качестве, содержащихся в договорах, регулируемых в части второй ГК РФ, включая договор о купле-продаже, высказывался ранее и мною²⁶. Ключевое значение в данном вопросе будет иметь то, что понимать под «существом отношений, урегулированных частью 4 ГК РФ», противоречие которому будет блокировать применение норм, регулирующих договоры, содержащиеся в части второй ГК РФ. Ранее уже приводилась норма п. 1 ст. 1259 ГК РФ, согласно которой «объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения». Можно ли считать данную норму выражением существа отношений, регулируемых нормами об авторском праве? Если мы отвечаем на данный вопрос положительно, то качество программы не имеет какого-либо значения в контексте лицензионных отношений, поскольку даже самая некачественная программа в мире будет являться потенциально охраноспособной средствами авторского права. А значит, правами на нее можно распорядиться, заключив лицензионный договор, при этом такое право использования будет считаться либо предоставленным, либо нет, но как таковое оно не может быть некачественным²⁷.

Если же мы отвечаем на вышеуказанный вопрос отрицательно, то это открывает возможность для применения положений о качестве товара или объекта договора аренды. Представляется, что такое применение если и допустимо, то лишь в исключи-

²² Определение ВС РФ от 15.12.2020 № 46-КГ20-19-К6.

²³ См., напр.: постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 25.07.2013 по делу № А33-14511/2011.

²⁴ Пункт 29 Постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²⁵ Цепов Г.В., Иванов Н.В. Указ. соч.

²⁶ Савельев А.И. Актуальные вопросы судебной практики в сфере оборота программного обеспечения в России // Вестник ВАС РФ. 2013. № 4.

²⁷ Данные аргументы были изложены мною в статье: Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5.



тельных случаях, при которых ссылки на существо авторских прав могут быть однозначно квалифицированы как проявление недобросовестности со стороны лицензиара и приводить к явно несправедливым результатам.

Возложение ответственности на лицензиара за качество программного продукта во всех случаях в рамках применения норм о договоре купли-продажи или аренды негативным образом отразится на развитии индустрии программного обеспечения.

Во-первых, применение таких гарантий без ограничений в отношении компьютерных программ чревато существенной неопределенностью²⁸. Во-вторых, компьютерные программы в большинстве своем достаточно уникальны, что затрудняет их сравнение между собой с целью определения обычного использования, которое характерно для обычных товаров²⁹. Как отмечается в комментариях к Принципам договорного права в сфере программного обеспечения, «никакой законодатель не может понимать лучше, чем производитель программного обеспечения, специфику данного продукта и специфику его распространения»³⁰.

Наконец, распространение такого рода гарантий в отношении программного обеспечения с открытым исходным кодом (*open source*) явно противоречило бы существу отношений. Так, огромное количество потенциальных участников проектов по созданию такого программного обеспечения обуславливает невозможность эффективного контроля качества над тем потоком вкладов (*contributions*), который они вносят в проект. Кроме того, сами участники слишком разнородны: кто-то это делает в расчете на последующее использование программы в своей коммерческой деятельности, кто-то — из удовольствия, в порядке хобби, а кто-то — из научных соображений. Стричь всех под одну гребенку и возлагать ответственность

за качество предоставляемого кода означало бы снизить стимулы к участию в таких проектах³¹.

В судебной практике однозначный ответ на вопрос о допустимости применения в субсидиарном порядке к лицензионному договору норм об иных договорных типах, в том числе о качестве, отсутствует. Можно встретить решения, в которых суды, квалифицировав договор в качестве лицензионного, отрицают такую возможность³². Однако бывают и ссылки на п. 1 ст. 460 ГК РФ применительно к лицензионным договорам в качестве обоснования наличия обязанности предоставить объект лицензионного договора свободным от прав третьих лиц³³. Тем не менее случаи применения п. 1 ст. 460 ГК РФ по аналогии к лицензионным договорам пока являются немногочисленными и встречают неоднозначную оценку со стороны вышестоящих судов³⁴. В связи с этим попытки такого субсидиарного применения могут вызвать отторжение у суда и требуют творческого подхода от соответствующей стороны.

В завершение рассмотрения вопроса о качестве лицензируемого программного обеспечения необходимо указать один важный момент. Несмотря на наличие в договоре условий, ограничивающих и (или) исключающих соответствующие гарантии, правообладатель программных продуктов, используемых в корпоративной среде, обычно не оставляет лицензиатов один на один с возникающими проблемами в отношении приобретенного программного обеспечения. Такие проблемы обычно устраняются в рамках отдельных соглашений на техническую поддержку и (или) сопровождение программы, которые предполагают не толь-

²⁸ Gomulkiewicz R. The implied warranty of merchantability in software contracts: A warranty no one dares to give and how to change that // John Marshal Journal of Comparative and Information Law. 1998. № 16. P. 393.

²⁹ Durney E. The warranty of merchantability and computer software contracts: A square peg won't fit in a round hole // Washington Law Review. 1984. № 59. P. 521–524.

³⁰ Principles of the Law of Software Contracts, Proposed final draft. 2009. P. 117.

³¹ Stein M. Rethinking UCITA: Lessons from the Open Source movement // Maine Law Review. 2006. № 58. P. 199.

³² «Проанализировав условия заключенного между сторонами спора договора, суды первой и апелляционной инстанций правомерно квалифицировали его лицензионным... Изложенное исключает возможность применения к спорным правоотношениям правил, регулирующих иные виды обязательств, в частности, договора поставки, договора авторского заказа, договора возмездного оказания услуг либо предварительного договора» (постановление СИП от 17.02.2020 № С01-20/2020 по делу № А56-92592/2018).

³³ Постановление Девятого ААС от 21.04.2015 № 09АП-9537/2015-ГК по делу № А40-98331/14.

³⁴ Решение АС г. Москвы от 26.02.2019 по делу № А40-230044/18-12-1683. Правда, данное решение было отменено постановлением СИП от 19.08.2019 № С01-673/2019 по иным основаниям.

ко инициирование обращений в службу поддержки по поводу определенных инцидентов с программой, но и получение различного рода обновлений к программе. Однако с юридической точки зрения это, опять же, осуществляется в рамках отдельных, не относящихся к лицензионному, соглашений и не колеблет содержащихся в нем положений об ограничении или исключении гарантий³⁵.

2. Регулирование качества компьютерной программы, разрабатываемой на заказ

Регулирование вопросов качества компьютерной программы, разрабатываемой на заказ, имеет ряд существенных отличий от подходов, рассмотренных ранее применительно к лицензионным договорам на стандартное программное обеспечение. Это связано с тем, что программа, разрабатываемая под требования конкретного заказчика, обычно нацелена на решение уникального набора задач и проблем этого заказчика. Тем самым ее качество и функциональность напрямую зависят от того, насколько хорошо разработчики понимают потребности заказчика и могут их выполнить. В случае с лицензионным договором программа уже разработана и имеет определенный набор функций, которые не меняются в зависимости от покупателя. Для того чтобы определить, как регламентируется вопрос о качестве программы в договоре на разработку программы, необходимо определить, что следует понимать под качеством программы.

В качестве исходной точки можно обратиться к положениям документов в области стандартизации. Международная организация по стандартизации (ISO) определяет качество как степень соответствия совокупности присущих характеристик требованиям³⁶. Из этой дефиниции можно выявить достаточно

четкую взаимосвязь между условием о предмете договора на разработку, конкретизирующим требования к программе, и условием о качестве как некоей степени соответствия этим требованиям. Иными словами, без требований к программе нет и условия о ее качестве.

Существуют и более специализированные стандарты, относящиеся уже к качеству программного обеспечения. В них качество программного обеспечения определяется как степень удовлетворения заявленных и подразумеваемых потребностей при использовании программного продукта в определенных условиях³⁷. В данном случае акцент делается уже на ожиданиях пользователя, способности программы выполнять те задачи, ради которых она создавалась.

Из приведенных стандартов можно выделить два основных подхода к определению качества программного обеспечения: 1) соответствие программы определенным требованиям; 2) пригодность программы к использованию. По сути, оба эти подхода дополняют друг друга, так как рассматривают качество программы с позиций разработчика и заказчика соответственно. Примечательно, что ГК РФ также исходит из сочетания данных подходов: согласно п. 1 ст. 721³⁸ «качество выполненной подрядчиком работы должно соответствовать условиям договора подряда, а при отсутствии или неполноте условий договора требованиям, обычно предъявляемым к работам соответствующего рода. ...результат выполненной работы должен в пределах разумного срока быть пригодным для установленного договором использования, а если такое использование договором не предусмотрено, для обычного использования результата работы такого рода». Данная формулировка является слишком об-

³⁵ Подробнее о правовой квалификации договоров на техническую поддержку компьютерной программы и судебной практике по ним см.: Савельев А.И. Правовые аспекты технической поддержки программного обеспечения правообладателей, ушедших с российского рынка // Закон. 2023. № 8. С. 144–156.

³⁶ ГОСТ Р ИСО 9000-2015. Системы менеджмента качества. Основные положения и словарь. *Quality management systems. Fundamentals and vocabulary.*

³⁷ ISO/IEC 25010:2011. Системная и программная инженерия. Требования и оценка качества систем и программного обеспечения (*SQuaRE*). Модели качества систем и программного обеспечения.

³⁸ Несмотря на существование различных вариантов квалификации договоров на разработку компьютерной программы (договор подряда, договор НИОКР, договор возмездного оказания услуг, договор авторского заказа), ст. 721 ГК РФ будет применяться к соответствующим отношениям либо напрямую, либо в субсидиарном порядке (ст. 778, ст. 783 ГК РФ), либо по аналогии закона — в отношении договора авторского заказа.



щей и предполагающей необходимость наполнения ее конкретными атрибутами качества, установленными в договоре либо принятыми в соответствующей сфере.

Следует отметить, что поскольку компьютерные программы отличаются значительным многообразием по своему назначению, сферам применения и сценариям использования, достаточно проблематично выявить некие общие требования, которым они должны соответствовать. Можно, например, предположить, что включение в исходный код программы комментариев, поясняющих его отдельные фрагменты, является общепринятой практикой. Однако, как отмечено в одном из судебных решений, «результат работ, выполненный на основании договора и спецификаций, при наличии или отсутствии „комментариев к исходному коду“ не теряет своих свойств, не порождает отрицательных последствий. Обычаями делового оборота и/или аналогичными работами в аналогичной сфере, в настоящее время, также не предусмотрено выполнение работы по составлению „комментариев к исходному коду“ при разработке программы для ЭВМ (продукта)»³⁹.

В связи с этим и для договоров на разработку программы ключевое значение имеет то, что прописано в договоре и как определены требования к программе, которые могут с технической точки зрения характеризовать ее качество.

Лучше всего такие требования раскрываются в специализированных технических источниках, которые относят к ним:

— *производительность (performance efficiency)*: метрика производительности применительно к количеству ресурсов, используемых программой при известных условиях. К ней, в частности, относятся временные характеристики (скорость отклика, сроки обработки и/или пропускная способность);

— *совместимость (compatibility)*: метрика способности программы, системы или компонента обмениваться информацией с другими программами, системами или

компонентами и/или выполнять возложенные функции при совместном использовании аппаратной или программной среды;

— *удобство и простота использования (usability)*: метрика эффективности, результативности и успешности использования программы в намеченных пользователем целях. Включает понятия изучаемости (насколько легко пользователи могут научиться пользоваться программой), защиты от ошибок пользователя и др.;

— *надежность (reliability)*: насколько программа сохраняет работоспособность при определенных условиях и за определенный период времени;

— *безопасность (security)*: насколько программа защищает информацию и данные, чтобы люди либо другие программы или системы имели степень доступа к данным, соответствующую их типам и уровням авторизации;

— *сопровождаемость (maintainability)*: степень эффективности и результативности, с которой разработчики могут модифицировать программу с целью ее совершенствования, доработки или адаптации к изменениям среды и/или требований;

— *переносимость (portability)*: насколько легко разработчики могут перенести программу либо компонент из одной аппаратной, программной или иной рабочей среды или среды использования в другую;

— *функциональная пригодность (functional suitability)*: степень предоставления программой функций, удовлетворяющих заявленным и предполагаемым потребностям при использовании в определенных условиях⁴⁰.

Таким образом, говорить о качестве создаваемой на заказ программы можно, как правило, лишь в тех случаях, когда эти атрибуты и их параметры прямо указаны в договоре и тем самым можно установить отступление от таких параметров с привлечением эксперта при необходимости. Все остальное является лишь ожиданиями заказчика, которые, перефразируя

³⁹ Решение АС г. Москвы от 09.09.2021 по делу № А40-95191/2021, оставленное без изменения постановлением Девятого ААС от 29.12.2021 № 09АП-65788/2021.

⁴⁰ Перечень взят из: *Ричардс М., Форд Н. Фундаментальный подход к программной архитектуре.* М., 2024. С. 91.

известного футболиста А. Аршавина, являются его собственными проблемами.

Соответствие программы заявленным требованиям, в том числе к качеству, обеспечивается посредством ее тестирования на различных этапах разработки. Под **тестированием программного обеспечения** (*Software Testing*) понимается проверка соответствия между реальным и ожидаемым поведением программы, осуществляемая на конечном наборе тестов, выбранных определенным образом⁴¹.

Однако не следует ожидать, что тестирования будет достаточно для устранения *всех* возможных ошибок. Проблема заключается в том, что исправление одной ошибки имеет существенный (20–50%) шанс привести другую ошибку. Теоретически после каждого исправления необходимо прогнать весь банк тестовых случаев, ранее выполненных в отношении программы, с целью удостовериться, что она не была повреждена неявным образом. На практике такое регрессионное тестирование⁴² действительно должно быть приближено к теоретическому идеалу, но это очень дорого. К тому же, как отмечалось ранее, при планировании графика разработки на тестирование обычно не отводится должного количества времени⁴³. В связи с этим особую значимость приобретают условия о гарантиях качества программы, предусмотренные законом и договором.

Гарантия качества как определенная правовая категория предполагает упрощенный порядок удовлетворения требований заказчика, связанных с недостатками программы, за счет установления (1) опровержимой презумпции, согласно которой такие недостатки считаются возникшими до момента передачи программы разработчиком, пока не доказано иное; и (2) обязанности разработчика устранить такие недостатки за свой счет или нести иные неблагоприятные финансовые последствия (снижение стоимости работ, возмещение затрат на устранение недостатков третьими лицами, если это предусмотрено в договоре подряда).

⁴¹ IEEE Guide to Software Engineering Body of Knowledge. SWEBOOK, 2004.

⁴² Регрессионное тестирование — проверка работоспособности программы после внесения изменений или исправлений.

⁴³ Брукс Ф. Мифический человеко-месяц, или Как создаются программные системы. СПб., 2021. С. 149.

Для того чтобы требование заказчика об устранении недостатка в рамках гарантийных обязательств подрядчика было удовлетворено, необходимо установить следующие элементы: 1) характер недостатка — явный или скрытый; 2) время его обнаружения; 3) причины возникновения недостатка. На практике содержание данных элементов далеко не всегда подробно прописывается на уровне договоров, поэтому достаточно важную роль играют положения ГК РФ, применяемые в субсидиарном порядке к соответствующим условиям договора.

Рассмотрим данные элементы подробнее.

Характер недостатка. Недостатки могут быть явными и скрытыми. К явным относятся недостатки, которые могут быть обнаружены при обычном способе приемки — приемочном тестировании программы. Скрытые недостатки обнаружить указанным выше способом нельзя, они проявляются лишь в процессе последующего использования программы. К скрытым также относятся недостатки, которые были умышленно скрыты подрядчиком. Основным различием между явными и скрытыми недостатками с правовой точки зрения является то, что заказчик по общему правилу лишается возможности ссылаться на явные недостатки после приемки результата работ без замечаний. Иными словами, если заказчик подписал итоговый акт сдачи-приемки программы, в котором не указаны конкретные недостатки программы, выявленные в ходе приемочного тестирования (п. 2 ст. 720 ГК РФ), то он утрачивает возможность ссылаться на наличие в программе явных недостатков⁴⁴. При этом отсутствие у работников заказчика достаточной компетенции для оценки результата работ не освобождает его от негативных последствий того, что работы были приняты без возражений⁴⁵.

⁴⁴ В данном случае речь идет именно об актах приемки работ по объему и качеству. Если же оформляемый акт не свидетельствует о проверке заказчиком объема и качества работ и оформляется, например, ежемесячно для целей расчетов, то подписание такого акта без возражений не может лишить заказчика права ссылаться на отдельные недостатки или несоблюдение условий договора об объеме работ.

⁴⁵ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 07.06.2013 по делу № А56-34543/2012.



Аналогичные последствия наступают и в случае, если заказчик принял программу без проведения процедуры тестирования, т.е. без «ее проверки», выражаясь терминологией ГК РФ (п. 3 ст. 720)⁴⁶. По всей видимости, к данным случаям следует отнести и ситуации так называемой автоприемки, т.е. приемки результата работ заказчиком, осуществляемой вследствие непредоставления им подписанного акта сдачи-приемки или мотивированного отказа от приемки в установленный договором срок. Условие об автоприемке обычно признается в судебной практике действительным, суды в этой части по аналогии применяют положения ст. 753 ГК РФ, предусматривающей возможность составления одностороннего акта, защищая тем самым интересы подрядчика, если заказчик необоснованно отказался от надлежащего оформления документов, удостоверяющих приемку⁴⁷. Однако встречаются и дела, в которых суды игнорировали подобные условия и исследовали вопрос о надлежащем исполнении обязательства подрядчика по существу. Так, в одном из решений отмечено, что доводы о том, что заказчик не произвел «действий по принятию произведенных работ и программного продукта, не заявил каких-либо замечаний или претензий, верно отклонены судом апелляционной инстанции, поскольку не влияют на доказанность факта ненадлежащего выполнения работ со стороны самого исполнителя»⁴⁸.

Если же недостаток имеет скрытый характер, то заказчик может заявлять о его устранении в пределах

гарантийного срока и в случае подписания итогового акта сдачи-приемки без замечаний. Основное требование, устанавливаемое законом при этом, — уведомление подрядчика в разумный срок с момента обнаружения (п. 4 ст. 720 ГК РФ). В случае спора характер недостатка, явный или скрытый, может быть установлен с помощью экспертизы.

Время обнаружения недостатка. По общему правилу заказчик вправе предъявить требования, связанные с недостатками результата работы, если они были обнаружены в течение гарантийного срока, который начинает исчисляться с момента приемки программы или момента, когда она должна была быть принята.

Гарантийный срок может устанавливаться законодательством, договором или обычаем. Учитывая, что на уровне законодательства каких-либо специальных гарантийных сроков в отношении создаваемых на заказ компьютерных программ не установлено, а известных обычаев в этой области на данный момент нет по причине огромного разнообразия различных видов программ и подходов к их разработке⁴⁹, гарантийный срок на компьютерную программу устанавливается договором. При этом в соответствии с п. 1 ст. 721 ГК РФ если в договоре на разработку компьютерной программы не установлен гарантийный срок, требования, связанные с недостатками результата работы, могут быть предъявлены заказчиком при условии, что они были обнаружены в разумный срок, но в пределах двух лет со дня передачи результата работы. Тем самым ГК РФ по умолчанию устанавливает двухлетнюю гарантию в отношении любых результатов работ, в том числе и компьютерных программ. Это должно в определенной степени стимулировать разработчиков предусматривать в договоре более короткие сроки либо явно указывать на отсутствие гарантий на программу и устранение недостатков в рамках отдельных договоров на сопровождение (поддержку) программы, заключаемых впоследствии с заказчиком. Это имеет

⁴⁶ Следует отметить, что в определенных случаях проведение такой проверки является для заказчика обязательным. В частности, в соответствии с п. 3 ст. 94 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» для проверки предоставленных поставщиком (подрядчиком, исполнителем) результатов, предусмотренных контрактом, в части их соответствия условиям контракта заказчик обязан провести экспертизу.

⁴⁷ См., напр.: Определение ВС РФ от 21.02.2017 № 305-ЭС16-14207 по делу № А40-171370/2015; постановление СИП от 12.04.2022 № С01-253/2022 по делу № А83-11509/2021.

⁴⁸ Постановление АС Уральского округа от 27.10.2021 № Ф09-7895/21 по делу № А07-7089/2019. См. также: «...факт предоставления подписанных в одностороннем порядке актов об оказанных услугах не является безусловным доказательством, подтверждающим наличие задолженности ответчика перед истцом» (постановление Девятого ААС от 29.06.2021 № 09АП-26782/2021-ГК по делу № А40-161327/2020).

⁴⁹ Если в индустрии программного обеспечения и существуют какие-либо обычаи относительно качества, то их можно описать как обычай со знаком минус. Как отмечается, «сообщество пользователей программного обеспечения продемонстрировало свои стандарты качества, регулярно подвергая процесс разработки неимоверному временному давлению, а затем принимая продукты низкого качества» (Демарко Т., Листер Т. Человеческий фактор: успешные проекты и команды, СПб., 2014. С. 41).

вполне понятные экономические причины: ошибки в программе будут неизбежно, а их устранение стоит денег. Устранение ошибок в рамках гарантийного срока осуществляется за счет самого разработчика, поэтому данные трудозатраты должны быть заложены в стоимость разработки для обеспечения ее прибыльности для разработчика, в противном случае он будет работать себе в убыток.

При этом необходимо упомянуть о двух специальных правилах, касающихся сроков предъявления требований о недостатках. Во-первых, если заказчик был лишен возможности использовать программу по обстоятельствам, зависящим от разработчика, например по причине того, что не были переданы необходимые документы, пароли, материальные носители с программой и т.п., гарантийный срок не начинает течь до устранения таких обстоятельств (п. 6 ст. 724, п. 2 ст. 471 ГК РФ). Во-вторых, если предусмотренный договором гарантийный срок составляет менее двух лет и недостатки результата работы обнаружены заказчиком по истечении гарантийного срока, но в пределах двух лет, подрядчик несет ответственность за такие недостатки, если заказчик докажет, что недостатки возникли до передачи результата работы заказчику или по причинам, возникшим до этого момента (п. 4 ст. 721 ГК РФ). По сравнению с общим правилом, здесь происходит перераспределение бремени доказывания. В пределах гарантийного срока бремя доказывания отсутствия ответственности за недостаток лежит на подрядчике, заказчику достаточно лишь указать на факт наличия недостатка, а в данном же случае бремя доказывания ответственности подрядчика за недостаток возлагается уже на самого заказчика.

Срок исковой давности для требований, предъявляемых в связи с ненадлежащим качеством работы, выполненной по договору подряда, составляет один год со дня приемки результата работы в целом либо со дня заявления требования о недостатках, если оно заявлено в пределах установленного гарантийного срока.

Причины возникновения недостатка. Правила и условия, конкретизирующие данный элемент, являются одними из самых сложных и важных во всем механизме действия гарантийных обязательств. Общее правило достаточно очевидно: разработчик несет ответственность за программу в том виде, в котором

она существовала на момент приемки заказчиком. Иными словами, причины возникновения недостатков должны существовать уже на данный момент, а между действиями подрядчика и обнаруженными недостатками должна быть причинная связь. Если же причиной возникновения недостатков стали действия самого заказчика, в частности неправильная эксплуатация, модификация и т.п., то разработчик не должен нести ответственность за такие недостатки. Это вытекает из системного толкования положений п. 4 ст. 721 ГК РФ, содержащих формулировку «недостатки возникли до передачи результата работы заказчику или по причинам, возникшим до этого момента», и п. 5 ст. 720, согласно которому расходы на экспертизу несет подрядчик, за исключением случаев, когда экспертизой установлено отсутствие нарушений подрядчиком договора подряда или причинной связи между действиями подрядчика и обнаруженными недостатками.

Возникает вопрос: как определить, что недостаток возник по причинам, существовавшим до передачи программы заказчику? Особенно учитывая тот факт, что заказчик обычно получает исходный код и подготовительные материалы, в связи с чем у него есть все технические предпосылки для самостоятельного внесения изменений в программу, которое и может послужить основанием для спора? Ответ на данный вопрос может дать экспертиза, но для этого необходимо, чтобы эксперт имел фактическую возможность сравнить версию программы, в которой фигурирует ошибка, с той версией, которая была передана разработчиком заказчику («эталонной версией»).

Для того чтобы такая эталонная версия имелась в наличии, необходимо индивидуализировать передаваемый заказчику материальный носитель с итоговой версией программы и (или) защитить его от возможных изменений.

Это может быть сделано посредством проставления подписей на DVD-R-дисках с указанием в акте сдачи-приемки контрольной суммы (хеш-суммы) файлов с программой. Хеш-сумма, или контрольная сумма, программы — это число, которое вычисляется на основе содержимого файлов программы с применением специальных алгоритмов хеширования, таких как MD5, SHA-1, SHA-256 и др. Эти алгоритмы преобразуют содержимое файла или файлов в уникальную



строку фиксированной длины (обычно 128 или 256 бит), которая и называется хеш-значением, или контрольной суммой. В случае если переданная эксперту для анализа программа имеет ту же контрольную сумму, что и приведенная в акте сдачи-приемки, можно быть уверенным в отсутствии изменений, внесенных впоследствии в программу. В противном случае контрольные суммы не будут совпадать.

В качестве возможной альтернативы или дополнительного инструмента обеспечения возможности получения эталонного экземпляра для экспертизы можно воспользоваться услугами эскроу-агента в рамках договора условного депонирования (глава 47.1 ГК РФ). В качестве эскроу-агента может выступать нотариус, действуя в соответствии со ст. 88.1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, а объектом депонирования выступает движимое имущество — материальный носитель с программой.

Помимо технических средств обеспечения неизменности передаваемой программы, условия о гарантийном сроке обычно сопровождаются описанием условий, при которых гарантия не действует. Как правило, к ним относятся следующие ситуации:

- внесение заказчиком изменений в программу⁵⁰;
- использование программы на неподдерживаемом оборудовании или операционной системе, которые не указаны в системных требованиях программы;
- обновления операционной системы или другого программного обеспечения, которые могут повлиять на работу программы;
- вирусы, хакерские атаки или другие внешние факторы, которые могут повлиять на работу программы.

При этом важно подчеркнуть, что данные ограничения сами по себе не имеют абсолютной силы. В качестве ограничения их действия выступают положения п. 4 ст. 723 ГК РФ, согласно которым условие договора

подряда об освобождении подрядчика от ответственности за определенные недостатки не освобождает его от ответственности, если доказано, что такие недостатки возникли вследствие виновных действий или бездействия подрядчика.

Заключение

Регулирование вопросов качества предоставляемого по лицензионному договору программного обеспечения отдано законодателем на усмотрение самих сторон. По общему правилу предусмотренные в договоре ограничения или исключение гарантий в отношении программы, в частности условие о предоставлении ее «как есть», являются действительными, о чем свидетельствует рассмотренная судебная практика. Данный подход в целом оправдан спецификой программного обеспечения, многообразием сценариев его использования и его тесной взаимосвязью в ходе функционирования с иными программами и устройством пользователя, которые находятся вне контроля лицензиара. Вместе с тем такие условия не должны применяться механически и освобождать лицензиара за умышленное включение или сокрытие дефектов и уязвимостей, которые могут привести к лишению программы какой-либо потребительской ценности для лицензиата. Кроме того, дефекты программного обеспечения при наличии тесной взаимосвязи программы с устройством могут рассматриваться и как дефекты самого устройства с возможностью применения средств защиты, связанных с предоставлением некачественного товара. Такой подход применяется судами в отношениях с потребителями, но может быть масштабирован и на коммерческие споры.

Подход к регламентации вопросов качества в договорах на разработку компьютерной программы формально является иным, чем в лицензионном договоре, и включает в себя достаточно детальное регулирование условий ответственности разработчика программы за дефекты в предоставленном результате. Однако и в данном случае их возможно применить только при наличии в договоре требований к программе, которые были нарушены разработчиком. Это связано с отсутствием обычно предъявляемых требований к программе в условиях многообразия видов программ и сценариев их использования.

⁵⁰ Установление факта внесения заказчиком изменений в программу после ее приемки может служить основанием для отказа суда считать доказанным факт неработоспособности программы. См.: постановление АС Московского округа от 21.07.2022 № Ф05-12080/2022 по делу № А40-85033/2021.

Law and Code: Regulating the Quality of Licensed and Custom-Developed Software

The paper addresses one of the most controversial issues concerning the quality of computer programmes: the licensor's liability for the quality of licensed software and the developer's liability for the quality of custom-developed software. The paper examines the existing terms used by licensors to limit such liability and their validity in case law. In addition, the paper focuses in detail on the mechanism of warranty provisions regarding the quality of custom-developed software.

Keywords: *computer program, license agreement, custom software development contract*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Alexander I. Savelyev

HSE University, Laboratory of Process Automation Systems LLC, Associate Professor, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: alexandersavelyev83@gmail.com)

REFERENCES

Andreessen, M. Why Software Is Eating the World, available at: <https://a16z.com/why-software-is-eating-the-world/> (accessed 29 May 2024).

Cem Kaner. "Why should you oppose UCITA". Computer Law. 2000. No. 17, available at: <http://kaner.com/pdfs/omputerlawyer.pdf> (accessed 29 May 2024).

Classen, W. A practical guide to software licensing. ABA Publishing, 2008.

Demarco, T. and Lister, T. The Human Factor. Successful Projects and Teams [*Chelovecheskiy faktor: uspehnyye proyekty i komandy*]. Saint Petersburg, 2014.

Durney, E. "The warranty of merchantability and computer software contracts: A square peg won't fit in a round hole". Washington Law Review. 1984. No. 59.

Gomulkiewicz, R. "The implied warranty of merchantability in software contracts: A warranty no one dares to give and how to change that". John Marshal Journal of Comparative and Information Law. 1998. No. 16.

IEEE Guide to Software Engineering Body of Knowledge. SWEBOK, 2004.

Jones, C. and Bonsignour, O. The Economics of Software Quality. Addison-Wesley, 2012.

Principles of the Law of Software Contracts, Proposed final draft. 2009.

Principles of the Law of Software Contracts. ALI, 2010.

Richards, M. and Ford, N. Fundamentals of. Software Architecture An Engineering Approach [*Fundamental'nyy podkhod k programmnoy arkhitekture*]. Moscow, 2024.

Savelyev, A.I. "Legal Aspects of Technical Support for the Software of Copyright Holders Who Have Left the Russian Market" [*Pravovyye aspekty tekhnicheskoy podderzhki programmnoy obespecheniya pravoobladateley, ushedshikh s rossiyskogo rynka*]. Statute [*Zakon*]. 2023. No. 8. P. 144–156.

Savelyev, A.I. "Some Legal Aspects of Implementation of Smart Contracts and Blockchain Technologies under Russian Law" [*Nekotoryye pravovyye aspekty ispol'zovaniya smart-kontraktov i blokcheyn-tekhnologiy po rossiyskomu pravu*]. Statute [*Zakon*]. 2017. No. 5.

Savelyev, A.I. "Topical Issues of Court Practice in the Sphere of Software Turnover in Russia" [*Aktual'nyye voprosy sudebnoy praktiki v sfere oborota programmnoy obespecheniya v Rossii*]. Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation [*Vestnik VAS RF*]. 2013. No. 4.

Stein, M. "Rethinking UCITA: Lessons from the Open Source movement". Maine Law Review. 2006. No. 58.

Tsepov, G.V. and Ivanov, N.V. "Towards a Civil-Law Theory of Smart Contracts" [*K tsivilisticheskoy teorii smart-kontraktov*]. Statute [*Zakon*]. 2022. No. 3.



**ВИТАЛИЙ ОЛЕГОВИЧ
КАЛЯТИН**

профессор
Исследовательского
центра частного права,
доцент департамента
права цифровых
технологий и биоправа
факультета права
НИУ «Высшая школа
экономики», кандидат
юридических наук,
доцент

К ВОПРОСУ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРЕДЕЛОВ ДЕЙСТВИЯ ЗАПРЕТА АВТОРА НА ОБНАРОДОВАНИЕ СВОЕГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ

Закон устанавливает, что автору принадлежит право на обнародование своего произведения. Это означает, что обнародование произведения должно осуществляться только с согласия автора. В реальности же действие запрета автора на обнародование ограничено — и характером права автора, и установленными законом презумпциями, и специальными установленными законом изъятиями. В результате эти ограничения динамично реагируют на меняющиеся интересы общества.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, авторское право, обнародование, презумпции, ограничения прав автора

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-151-163

Среди проблем в сфере авторского права есть те, которые не вызывают широкой дискуссии, но сохраняют свое значение на протяжении многих лет. Одним из таких вечных вопросов является вопрос о пределах права автора запрещать обнародование своего произведения. За внешней его простотой таится много скрытого. Попробуем рассмотреть некоторые связанные с ним сложные ситуации.

Автор всегда заботился о том, чтобы созданное им произведение было представлено обществу именно в том виде, как он задумал, и в тот момент, который он сочтет наиболее подходящим. То, что этому придавалось большое значение, показывает, например, случай, произошедший в XVI веке, когда монахи ордена сервитов открыли доступ к росписям художника Франчабиджо, которые он считал еще не до конца завершенными: «Утром же, когда росписи Франчи... оказались

таким образом открытыми, и Франче об этом сообщили, он расстроился так, что чуть не умер, и, вознегодовав на монахов за их наглость и непочтительное с ним обращение, он быстрым шагом направился к своей работе и, взобравшись на подмостья, которые не были еще разобраны, хотя история была уже раскрыта, он молотком, забытым там каменщиками, раздробил головы нескольким женщинам и уничтожил лик Мадонны, а обнаженную фигуру, ломающую палку, сбил почти целиком»¹.

Здесь видно, что уже в XVI веке открытие доступа к произведению раньше, чем это определит автор, считалось неподобающим. Другой показательный момент — авторы уже тогда боролись с нарушением их запретов на обнародование.

Однако фактически до XX века закон не обеспечивал полноценного признания права на обнародование. Как замечает в 1916 году Я.А. Канторович, эти личные права получили признание лишь «в новейших законодательствах»².

Общественное признание важности существования права на обнародование предполагает как развитие законодательства в сфере авторского права, так и научную проработку содержания прав автора.

Ведь место права на обнародование в системе личных неимущественных прав не случайно, как не случайно и то, что эта прерогатива автора реализуется именно в сфере личных неимущественных прав, а не через исключительное право автора.

Фактически право на обнародование можно назвать одним из проявлений права авторства, рассматриваемого в широком смысле, так как именно в системе механизма фиксации субъекта, объекта и момента обнародования обеспечивается возможность идентифицировать лицо в качестве создателя определенного объекта³.

Соответственно, и право на обнародование не может существовать без права авторства.

Исходя из этого нарушение запрета автора на обнародование произведения будет иметь гораздо более широкое значение, чем просто отклонение от выбранных автором момента и условий первого открытия доступа к произведению. Неудивительно, что Д. Липцик охарактеризовала право на обнародование как «самую существенную прерогативу автора»⁴.

В. Серебровский определял эту прерогативу следующим образом: «Только сам автор вправе решить, является ли его произведение достаточно зрелым и настало ли время ознакомить с ним общество. Только сам автор вправе установить порядок и форму ознакомления общества с созданным им произведением»⁵.

В настоящее время закон устанавливает следующее правило: «Автору принадлежит право на обнародование своего произведения, то есть право осуществить действие или дать согласие на осуществление действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом» (п. 1 ст. 1268 Гражданского кодекса (ГК) РФ).

Наличие у автора права на обнародование означает, что обнародование произведения без его согласия уже запрещено законом и отдельного запрета таких действий со стороны автора не требуется. Иными словами, отсутствие разрешения на обнародование со стороны автора означает наличие запрета — на уровне закона устанавливается презумпция, что автор возражает против обнародования его работы.

Оценивая значение такого запрета, нужно помнить, что обнародование произведения прежде всего указывает не на открытие фактического доступа

¹ Вазари Д. Жизнеописания наиболее знаменитых живописцев, ваятелей и зодчих. М., 2008. С. 654.

² Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Пг., 1916. С. 357.

³ Подробнее об этом см.: Калятин В.О. Личные неимущественные права автора объекта интеллектуальной деятельности. М., 2006. С. 33–35.

⁴ Липцик Д. Авторское право и смежные права. М., 2002. С. 140.

⁵ Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 116.



к нему, а на изменение правового режима произведения. Таким образом, режим необнародованного произведения означает:

1) отсутствие у третьих лиц права использовать данное произведение. Решение об обнародовании не влечет возникновение права третьих лиц использовать произведение, но приводит к включению произведения в гражданский оборот;

2) неопределенность объема права на произведение. Момент обнародования влияет как на определение охраноспособности объекта (ст. 1256 ГК РФ), так и на расчет срока действия права (п. 2 и 3 ст. 1281 ГК РФ, ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 года № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»);

3) неприменение нормы об исчерпании авторских прав (ст. 1272 ГК РФ);

4) неприменение большинства норм о случаях свободного использования произведения. На этом вопросе следует остановиться подробнее, так как от него зависят права автора и его правопреемников.

Нормы статей ГК РФ, предусматривающие возможность использовать произведение без согласия автора, указывают в качестве одного из условий такого использования то, что произведение должно быть правомерно обнародовано (например, ст. 1273) или экземпляры должны быть правомерно введены в гражданский оборот (ст. 1275).

В некоторых случаях ГК РФ не содержит данное условие, но это не означает игнорирование вопросов обнародования — согласие автора на обнародование презюмируется, если оно вытекает из обстановки, например при произнесении политических речей, обращений, докладов и других аналогичных произведений (подп. 4 п. 1 ст. 1274), характера объекта (подп. 7 п. 1 ст. 1274) или особенностей его использования (ст. 1279). Законодатель исходит из того, что автор, создавая определенные произведения (например, произнося политическую речь), изначально имеет в виду последующее использование его произведения.

Однако есть случаи, когда обнародованность произведения не учитывается.

Так, воспроизведение, распространение, сообщение в эфир и по кабелю, доведение до всеобщего сведения в обзорах текущих событий произведений, которые становятся увиденными или услышанными в ходе таких событий (подп. 5 п. 1 ст. 1274 ГК РФ) допускается независимо от того, было ли соответствующее произведение правомерно обнародовано или нет; даже если был нарушен прямой запрет автора, лицо, которое готовит обзор текущих событий, не может быть привлечено к ответственности за использование данного произведения.

Схоже с этим случаем и разрешение воспроизведения и распространения изготовленных экземпляров, сообщения в эфир или по кабелю, доведения до всеобщего сведения произведения изобразительного искусства или фотографического произведения, которые постоянно находятся в месте, открытом для свободного посещения (ст. 1276 ГК РФ). Даже если произведение было помещено в это место против воли автора (либо доступ к нему был открыт ранее оговоренного срока, как в случае с фресками Франчабиджо), третьи лица, использующие это произведение (с соблюдением указанных в ст. 1276 ГК РФ условий), не являются нарушителями.

В этих случаях можно говорить о цели обеспечения **нормального движения информации в обществе**. Важно подчеркнуть, что это ограничение действует и в отношении последующих пользователей произведения, например распространяющих ранее изготовленный обзор текущих событий.

Отсутствует условие обнародованности произведения и применительно к тифлокомментированию — снабжению произведения сурдопереводом в целях облегчения восприятия произведения лицами с ограниченными физическими возможностями (п. 3 ст. 1274 ГК РФ). Здесь можно говорить о целях **обеспечения социальной защиты людей с ограниченными возможностями**. Однако в данном случае норма касается только изменения произведения, но не его распространения, сообщения в эфир или по кабелю, доведения до всеобщего сведения и т.д.

Особая ситуация складывается с воспроизведением произведения **для осуществления производства по делу об административном**

правонарушении, для производства дознания, предварительного следствия или осуществления судопроизводства (ст. 1278 ГК РФ). В этом случае произведение используется не случайно, а вполне целенаправленно.

Таким образом, **публичные цели** могут служить обоснованием использования необнародованного произведения даже при наличии прямого запрета автора. Однако, строго говоря, в описанных случаях происходит *фактическое*, но не *юридическое* обнародование произведения, оно по-прежнему будет считаться *необнародованным*, несмотря на фактическую доступность обществу.

Отсутствие юридического обнародования будет иметь место и в случае открытия доступа к произведению с нарушением установленных законом условий.

Специальные правила ГК РФ установлены в отношении программ для ЭВМ и баз данных. Статья 1280 предусматривает определенные возможности «лица, правомерно владеющего экземпляром программы для ЭВМ или экземпляром базы данных», но не требует, чтобы этот экземпляр программы или базы данных был обнародован.

Это, конечно, не означает, что право на обнародование не действует в отношении программ для ЭВМ и баз данных, но указывает на особый характер его действия применительно к таким объектам. Правила, введенные ст. 1280, направлены на обеспечение нормального использования этих весьма специфических объектов. Как программы для ЭВМ, так и базы данных имеют технический характер и определенное функциональное назначение. Правовое регулирование должно создать условия для полноценного использования такого объекта и поэтому предусматривает возможности использования, указание на которые излишне в отношении обычных объектов авторского права.

При этом законодатель исходит из того, что правомерный владелец экземпляра программы или базы данных приобрел свои права на обнародованный объект, однако в целях обеспечения гражданского оборота не требует это проверять.

Таким образом, обнародование произведения является важнейшим этапом в его жизни, непосредственно влияющим на определение объема прав автора на произведение, возможности его использования обществом, а в некоторых случаях и на отношения публичного характера в связи с этим объектом.

В качестве курьезного примера последнего из указанных обстоятельств можно привести поведение известного французского философа Д. Дидро: «Дени Дидро был страшно рассеян и к тому же совершенно беззаботен. Нередко у него похищали рукописи, которые затем продавали и издавали без его ведома. Случалось, что среди таких работ попадались запрещенные цензурой, поэтому автору приходилось иногда иметь неприятные встречи с властями. Он вынужден был признаваться, что рукопись украли и ее дальнейшая судьба ему неизвестна. Однажды кто-то из власть предержащих, уже в который раз выслушав подобное оправдание, раздраженно заявил ему: „Господин Дидро! Отныне и впредь я вам строжайше запрещаю, чтобы вас обворовывали!“ Некоторые историки утверждают, что Дидро все это устраивал преднамеренно»⁶.

Поскольку закон устанавливает общий запрет использования необнародованного произведения (с учетом указанных выше исключений), специально запрещать обнародование автору не требуется. Фактически отдельный запрет автора имеет смысл только после выданного разрешения на обнародование; в этом случае он должен реализовываться в рамках механизма отзыва произведения (ст. 1269 ГК РФ).

Иначе говоря, простой запрет обнародовать произведение (без формального отзыва произведения) после ранее выданного разрешения на обнародование силы иметь не будет. Это касается и случаев, когда произведение было передано для использования: согласно п. 2 ст. 1268 ГК РФ автор, передавший другому лицу по договору произведение для использования, считается согласившимся на обнародование этого произведения.

⁶ Козлов Л.П. Музей остроумия. Минск, 1989. С. 121.



Как быть, если произведение передано без непосредственного указания на последующее использование? В таком случае важно учитывать обстоятельства передачи произведения. Если произведение передано лишь для ознакомления, очевидно, автор не имеет в виду разрешение последующего использования произведения.

Другое дело, если оригинал произведения (например, картины) продается или дарится другому лицу. Здесь есть схожесть с исчерпанием права: передача объекта предполагает его вовлечение в публичный оборот, соответственно, определенные формы использования произведения должны допускаться и без необходимости последующего получения согласия автора.

Так, п. 2 ст. 1291 ГК РФ определяет, что «в случае, если исключительное право на произведение не перешло к приобретателю его оригинала, приобретатель без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения вправе демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать оригинал произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами». Это означает, что автор, например, произведения живописи не может запретить покупателю оригинала картины совершать действия, делающие ее публично доступной. Причем указанная норма будет применяться и в том случае, когда право собственности на картину перейдет к приобретателю помимо воли автора — например, при обращении взыскания.

Это случаи перехода к приобретателю права на материальный носитель. Но аналогичная ситуация сложится и при отчуждении исключительного права, даже вне подрядных отношений. Если автор отчуждает исключительное право, не делая каких-либо оговорок по поводу обнародования произведения, можно считать, что он тем самым дает согласие и на соответствующее использование произведения, а значит, и на обнародование. Поэтому запрет обнародования после отчуждения исключительного права также можно признать невозможным. В этом случае конфликт исключительного права и права на обнародование должен решаться в пользу первого из них — из-за необходимости защищать нормальное использование произведения в обществе.

Это, конечно, не касается случая, когда непосредственно при отчуждении исключительного права автор ограничивает возможности обнародования произведения, — например, Э.П. Гаврилов уточняет, что «договором (или односторонней сделкой — заявлением) автор правомочен ограничительно сформулировать свое согласие на обнародование произведения»⁷.

В дальнейшем единственный выход для автора — механизм отзыва произведения. Но он сопряжен с определенными ограничениями, поскольку может серьезно затронуть интересы как контрагента автора, так и потенциальных пользователей. Поэтому законодатель и практика всегда вырабатывают способы сузить свободу автора в части потенциального отзыва произведения. В частности, даже когда отечественное законодательство допускало установление автором запрета на опубликование произведения уже после его сдачи заказчику, на практике возникали способы обойти этот запрет, например издательству предлагалось обращаться в министерство культуры для получения разрешения на использование произведения⁸.

Сейчас же в законодательстве существует целый ряд прямых ограничений: отозвать произведение можно только до его фактического обнародования, а в отношении программ для ЭВМ, служебных произведений и произведений, вошедших в сложный объект, установлен прямой запрет отзыва. В тех случаях, когда отзыв возможен, необходимо возместить лицу, которому отчуждено исключительное право на произведение или предоставлено право использования произведения, причиненные таким решением убытки⁹.

Подобное отношение к возможности запретить обнародование произведения является вполне обоснованным, но требует от автора ясного понимания последствий при передаче третьим лицам своего произведения или прав на него.

⁷ Гаврилов Э. Право на обнародование произведения // *Хозяйство и право*. 2010. № 4. С. 30–37; СПС «Консультант-Плюс».

⁸ Вакман А.И. Издательство и автор. Правовые взаимоотношения. М., 1957. С. 100–101.

⁹ О проблемах применения этих ограничений см. подробнее: Братусь Д.В. Организационные авторские права. М., 2022; СПС «КонсультантПлюс».

Таковы непростые вопросы, возникающие в части права автора запретить обнародование его произведения. Но еще более сложной ситуация становится после смерти автора.

Как отмечал еще в 1889 году И.А. Гончаров, «над умершими известными... писателями, учеными, художниками, вообще лицами с более или менее громким именем, и просто с именем, бесцеремонно совершается явное нарушение их воли... Едва умерший закроет глаза, как его так называемые „друзья“ пускаются на поиски его писем, собирают их, приводят в порядок, издают», автор «хотел бы явиться в торжественных одеждах художественной зрелости, а тут рядом показывают его детские пеленки, курточку, каракули, которые он чертил ребенком...»¹⁰.

В процессе своей творческой жизни автор накапливает множество набросков, идей, вариантов определенного произведения. Не все из них удачны: даже гениальный автор зачастую создает множество вариаций произведения, прежде чем приходит к итоговому тексту. Так, Пушкин в поэме «Цыганы» испробовал семь эпитетов к слову «наковальня», прежде чем пришел к «...и звон походной наковальни». Понятно, что большинство авторов не желают, чтобы посторонние видели, как трудно далось им произведение и как неудачны были промежуточные варианты. А ведь есть и незаконченные произведения, над которыми еще работать и работать, но которые публика будет судить столь же строго, что и полностью завершенные.

Неудивительно поэтому, что многие авторы специально оставляют распоряжения на случай своей смерти, предусматривающие ограничение доступа к незаконченным или неудачным произведениям, подчас требуя и их уничтожения.

Чувство справедливости заставляет нас с уважением относиться к воле автора в отношении подобных произведений. Однако здесь приходят в столкновение интересы автора и общества, которое желает сохранения культурного достояния и открытия к нему

доступа. В конце концов, автор мог неверно оценить свое произведение, да и в плане понимания идейного развития автора важно знать как о его успехах, так и о неудачах. Например, биографы Э. Грига пишут: «С 1858 по 1862 год он написал тридцать фортепианных пьес, включая сочиненные непосредственно перед приездом в Германию. Позднее Григ немало стыдился этих композиций, и на титульном листе „Маленьких пьес для фортепиано“ он написал коротко и ясно: „Уничтожить после моей смерти. Никогда не исполнять“. Об этой надписи можно только сожалеть: пьесы настолько интересны, что они вполне могли бы быть изданы, особенно как пример исключительных способностей шестнадцатилетнего юноши»¹¹.

Можно отметить также, что фактически для общества личные интересы автора слабеют с его смертью (особенно если его ближайшие родственники не возражают против обнародования) и общество готово чаще ограничивать их защиту, если есть конкурирующие общественные интересы.

При этом общественный интерес к автору и его творчеству нередко возрастает спустя какое-то время после его смерти, а ведь произведение по своей природе изначально предназначено для доведения до общества.

В связи с этим принятие решения о судьбе произведения после смерти автора часто вызывает большие споры.

Известный французский композитор Дж. Мейербер оставил после себя следующее указание: «С очень давних времен у меня есть привычка, когда я фантазирую за фортепиано, как и в любое другое время, каждую музыкальную мысль, которая приходит мне в голову и которая мне симпатична, я записываю в нотную тетрадь. Я не хочу, чтобы... после моей смерти эти отражения моей фантазии попали в руки живущего музыканта, который из них сфабрикует новое произведение или мои незаконченные произведения закончит, чтобы потом эти как бы оставшиеся после меня произведения издать, как это часто происходит с произведениями умерших мастеров, в убыток их

¹⁰ Гончаров И. Нарушение воли // Вестник Европы. 1889. Март. С. 71–90. Цит. по: Серебровский В.И. Указ. соч. С. 125–126, сноски 3.

¹¹ Беннестад Ф., Шельдеруп-Эббе Д. Эдвард Григ. Человек и художник. М., 1986. С. 36–37.



славы. Моя семья в такой перспективе не заинтересована. К тому же мне будет жаль, если оставленные без присмотра книги попадут в руки нечестных людей, которые мои мысли будут выдавать под своим именем. Отсюда моя настоятельная и решительная воля, чтобы через несколько дней после ознакомления с моим завещанием, отмеченные книги (которые к этому дню состоят из пяти толстых нотных книг, из которых одна — голубая, вторая — красноватая, третья — пестрая, четвертая — зеленая и пятая в красной обложке и на титульном листе написано: „Отдельные мысли, наброски, неисполненные пьесы Мейербера“, найденные моей женой и исполнителями завещания в моих бумагах, должны быть запечатаны и тщательно сохранены в специальных хранилищах. Если один из моих внуков будет иметь способность и склонность к музыке, то эти книги можно отдать этому внуку. То же самое касается и моих композиций, которые я к концу своей жизни еще не опубликовал, и дневников, которые я написал в конце 1846 года. И никто без исключения не может быть допущен к этим книгам, композициям и дневникам. Если среди моих внуков не будет интересующихся музыкой, то эти книги, произведения и дневники следует сжечь»¹².

Среди черновиков композитора после его смерти оказалась и неоконченная опера «Молодость Гёте». Как и предвидел композитор, его потомки не проявили склонности к музыкальному творчеству, и рукописи Мейербера были уничтожены.

Такое решение, конечно, отвечает воле автора. Однако вряд ли стоит строго упрекать общество, которое захотело бы сохранить определенное произведение. В частности, М.В. Гордон замечал: «Если автор выразил желание о том, чтобы произведение не публиковалось и после смерти, то с такой волей автора следует считаться. Конечно, при этом надо учитывать и интересы общественности. В советском праве не может быть чисто формального подхода к вопросу о запрете публиковать произведения после смерти автора. В отличие от права буржуазного советское право не признало бы возможным уничтожение единственного экземпляра произведения, представляю-

щего интерес для развития истории культуры, если бы даже автор потребовал в своем завещании такого уничтожения»¹³.

Иное решение было принято в случае с наследием Ф. Кафки. Писатель хотел, чтобы все его рукописи были уничтожены (среди которых было много неопубликованных произведений): «...все же остальное из написанного мною (опубликованное в газетах, рукописи или письма) без исключения, насколько это возможно достать или выпросить у адресатов... — все это без исключения, лучше всего нечитанное (я не запрещаю Тебе заглянуть туда, но мне, конечно, было бы приятнее, если бы Ты не делал этого, во всяком случае, никто другой не должен заглядывать туда), — все это без исключения должно быть сожжено, и сделать это я прошу Тебя как можно скорее»¹⁴. Можно заметить повторение слов «все это без исключения», но даже настойчивый тон письма, обращенного к душеприказчику, другу писателя, не заставил того уничтожить рукописи. Более того, М. Брод сам опубликовал это завещание в «Послесловии издателя» к первому изданию романа «Процесс» (одному из произведений, находившихся в подлежащих уничтожению рукописях).

Формально воля автора должна соблюдаться, наследники и исполнитель завещания (в случае его назначения) должны неукоснительно следовать указаниям наследодателя. Законодательство прямо не предусматривает ответственности за нарушение воли автора в отношении уничтожения его произведений, но теоретически возможен иск о возмещении морального вреда родственникам умершего. В целом же выбор решения остается на совести исполнителя завещания¹⁵.

¹² Цит. по: Жесткова А.В. Творчество Дж. Мейербера и развитие французской «большой» оперы: дис. ... канд. искусствоведения. Казань, 2004. С. 4–5, сноска 1.

¹³ Гордон М.В. Советское авторское право. М., 1955. С. 123.

¹⁴ Кафка Ф. Процесс. Замок. Новеллы и притчи. Афоризмы. Письмо отцу. Завещание. М., 2004. С. 844.

¹⁵ «Видится, что нарушение воли автора относительно запрета на обнародование его произведения не повлечет для обладателя исключительных прав каких-либо отрицательных последствий иных, нежели моральных, так как по требованию о защите нарушенного права на обнародование надлежащего истца более не существует законного способа уничтожить экземпляры обнародованного произведения по иску иного лица» (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая (постатейный)

Интересно, что подход к определению возможности обнародования произведения предлагалось использовать по аналогии и в отношении изображений лица¹⁶.

Такое сложившееся отношение к явно выраженному автором запрету обнародования произведения имеет несколько причин. Вот некоторые из них.

Во-первых, обстоятельства могли измениться по сравнению с тем временем, когда автор выражал свой запрет. Например, он мог опасаться, что его произведение будет негативно воспринято обществом потому, что в момент высказывания этого запрета у него были неудачи с обнародованными произведениями; в науке могут появиться данные, подтверждающие теорию, ранее считавшуюся ошибочной; может измениться политическая обстановка в обществе и т.д.

Во-вторых, запрет мог быть обусловлен минутным раздражением автора.

В-третьих, получение доступа к произведению может иметь большое значение для понимания идей произведения, реализованных в других произведениях автора, и т.д.

Поэтому общество обычно снисходительно относится к нарушению запрета автора на посмертное обнародование его произведений.

Тем более не запрещается посмертное обнародование произведений в случае отсутствия прямого запрета автора. Так, согласно п. 3 ст. 1268 ГК РФ произведение, не обнародованное при жизни автора, может быть обнародовано после его смерти лицом, обладающим исключительным правом на произведение, если обнародование не противоречит воле автора произведения, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т.п.); а п. 3 ст. 1282 ГК РФ устанавливает, что перешедшее в общественное достояние необна-

родованное произведение может быть обнародовано любым лицом, если только обнародование произведения не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме.

Следовательно, закон недвусмысленно устанавливает, что учитывается только явный запрет автора, а не просто высказанное негативное отношение к возможному посмертному использованию его произведений. Причем имеет значение только запрет в письменной форме: «...сколько бы автор при жизни ни говорил о том, что не хотел бы обнародовать произведение, даже если такой факт можно подтвердить свидетельскими показаниями, это в соответствии с п. 3 ст. 1268 нельзя рассматривать как надлежащее подтверждение воли автора»¹⁷.

Интересно замечание Е.А. Данилиной, которая решила обнародовать воспоминания своего прадеда С.Т. Данилина — «Сказ Степана Данилина». В воспоминаниях есть и следующая фраза:

«За шестьдесят сем лет, что видел, испытал,
Я как умел для вас все здесь и описал.
Невероятным и смешным покажется иное,
Но я здесь без прикрас описывал былое.
Чужим, быть может, это интереса не представит,
А вам, надеюсь, удовольствие доставит»¹⁸.

Е.А. Данилина отмечает: «Пришлось задуматься, являются ли слова предпоследней строки выражением нежелания автора допустить опубликование произведения... Однако само построение вышеприведенной фразы, использование оговорки „быть может“, позволило сделать вывод, что однозначно автор не выразил свою волю и не запретил обнародование»¹⁹.

В целом же можно заметить, что после смерти автора происходит переключение презумпции с признания того, что автор запретил обнародование, на признание того, что он разрешил такие действия с произведением.

/ под ред. С.А. Степанова. М., 2009; СПС «Консультант-Плюс»).

¹⁶ *Шерстобитов А.Е.* Гражданско-правовое регулирование права на честь, достоинство и деловую репутацию и права на изображение гражданина // *Гражданское право*. 2023. № 2. С. 8–13.

¹⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) / отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М., 2017. Т. 2. С. 308.

¹⁸ *Данилин С.Т.* Сказ Степана Данилина. М., 2012. С. 18.

¹⁹ *Данилина Е.А.* Право публикатора в российском законодательстве // *Патенты и лицензии. Интеллектуальные права*. 2013. № 5. С. 41.



Подобное изменение подхода к обнародованию произведения отражает то обстоятельство, что произведение изначально пишется для доведения до общества и если автор за свою жизнь не выразил нежелания обнародовать его, то можно предположить, что он не возражал против использования произведения после смерти. Естественно, это только предположение, но общество выбирает более выгодный для себя вариант (не терять творческое наследие автора), если нет возможности проверить его волю.

Возможен и другой вариант — «общий запрет на опубликование и внесение в произведение изменений и т.п. после смерти автора, если только автор не оставил распоряжения о возможности совершать такие действия»²⁰.

Реализуемы оба варианта, вопрос в выборе общественных приоритетов.

Но даже если автор высказал в документах свою позицию по возможности обнародования произведения, он может неоднократно менять свою волю и даже противоречить самому себе в разных документах. В подобных случаях предлагалось учитывать юридическую силу составленного документа и время выражения воли. Приоритет всегда должен получать выражение воли в завещании, при выражении же воли автора в других письменных документах нужно учитывать более поздний документ²¹.

Однако этот подход представляется некорректным. Необходимо различать ситуации разрешения и запрета обнародования. Базовой ситуацией, установленной по умолчанию законом, является запрет обнародования произведения третьим лицом. Соответственно, разрешение со стороны автора является осуществлением его права на обнародование, поэтому оно должно быть формализовано. Выданное согласие на обнародование, как было сказано выше, не может

быть отменено новым запретом на обнародование (пусть даже и в завещании) — для этого нужно следовать по формальному пути отзыва произведения.

В отличие от этого запрет использования, выраженный при жизни автора, ничего не добавляет к общему запрету на обнародование, установленному законом. Поэтому автор не связан своим запретом — в любой момент он может дать согласие на обнародование своего произведения, даже если запрет был выражен в завещании. К запрету обнародования не должны предъявляться жесткие требования — важно лишь, чтобы воля автора была достаточно четко и однозначно выражена.

Как можно охарактеризовать с правовой стороны запрет автора на посмертное обнародование? Очевидно, что этот запрет находится уже за пределами права на обнародование, ведь здесь речь идет не о согласии «на осуществление действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения»²², а, наоборот, о запрете действий, по общему правилу разрешенных п. 3 ст. 1268 ГК РФ. В литературе высказывалась позиция, что в этом случае имеет место еще одно личное неимущественное право, хоть и не закрепленное в законе в качестве самостоятельного личного права, но упоминаемое по смыслу этой статьи²³. С таким подходом согласиться нельзя. Ведь в этом случае приходилось бы говорить об особом личном праве, существующем без субъекта (и, по сути, возникающем в момент смерти автора). В действительности мы имеем дело не с самостоятельным личным правом (которое невозможно было бы осуществить), а с особым механизмом защиты личных благ, имеющим публичный характер. Именно поэтому и говорится иногда о возможности ограничить запрет обнародования, например путем принятия судебного решения²⁴.

²⁰ Каминская Е.И. Личные неимущественные права в части четвертой Гражданского кодекса РФ // Актуальные вопросы российского частного права: сб. ст., посвященный 80-летию со дня рождения проф. В.А. Дозорцева. М., 2008. С. 253.

²¹ Ходырева Е.А. Охрана и осуществление личных неимущественных прав автора произведения науки, литературы, искусства после его смерти // Наследственное право. 2012. № 2. С. 37–42. Цит. по: СПС «КонсультантПлюс».

²² Пункт 1 ст. 1268 ГК РФ.

²³ Черничкина Г.Н. Право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения и его отзыв // Современное право. 2019. № 4; СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ «В любом случае представляется, что ограничение права на обнародование произведения, даже содержащееся в самом завещании, может быть — после смерти автора — отменено по решению суда, который должен взвесить публичные интересы общества и частные интересы лиц, настаивающих на том, что произведение не должно быть обнародовано» (Гаврилов Э. Указ. соч.).

Но если допустимо ограничить такой запрет, то может возникнуть вопрос: не стоит ли поставить предел действия такого запрета во времени?

В литературе мнения варьируются от заявления о бессрочности действия запрета со стороны автора и невозможности перехода в режим общественного достояния произведения, обнародование которого запрещено автором²⁵, до утверждения о невозможности полностью запретить использование произведений известных деятелей прошлого²⁶.

Представляется, что напрямую говорить о сроке действия запрета обнародования нельзя (если только автор сам его не установил, например путем запрета публиковать произведение в течение определенного срока). Такой запрет носит общий характер.

Но если исходить из того, что в этом случае применяется особый механизм защиты личных благ, то следует признать, что общество может настроить его (в части установления возможности обнародования и последующего использования произведений), исходя из собственных интересов. Так, основанием для признания возможности обнародования произведения может быть признание общественной значимости произведений данного автора; устранение обстоятельств, которые, по мнению автора, мешали адекватному восприятию его произведений, и т.д. Можно предположить, что чем больше времени проходит с момента смерти автора, тем вероятнее, что общество признает допустимым начать использование ранее необнародованного произведения даже при наличии запрета автора.

При посмертном обнародовании произведения невозможен и отзыв произведения, поскольку для этого необходима воля автора. Если же выяснится нарушение воли автора при обнародовании, то речь должна идти не об отзыве произведения, а о признании его необнародованным.

²⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Т. 2. Ч. III, IV ГК РФ / под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2009. С. 301.

²⁶ Фридман В.Э. Право на изображение: особенности правового регулирования и способы защиты // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 8. С. 45–56; СПС «КонсультантПлюс».

Особое положение занимают письма автора. Здесь сталкиваются интересы различных лиц: автора, получателя письма, обладателя исключительного права на письмо (им может быть третье лицо). Интересный пример приводит И.Г. Табашников. Э. Жирарден обнародовал в своей газете *Press* в 1849 году письма известного писателя и публициста Б. Констана к госпоже Рекамье (хозяйке салона, считавшегося интеллектуальным центром Парижа, и писательнице) на основании ее письменного уполномочия госпоже Колле обнародовать эти письма по смерти госпожи Рекамье. Наследники Б. Констана и госпожи Рекамье обратились с иском к издателю и госпоже Колле с требованием запретить публикацию писем и вернуть их²⁷. Как быть в случае, когда получатель письма считал возможным его обнародовать, а автор никак не выразил свою волю?

В целом нет принципиальных препятствий к признанию писем произведением и применению к ним норм авторского права. Однако это означает и то, что для получения правовой охраны (и, следовательно, применения положений о посмертном обнародовании произведений) письма должны являться результатами творческого труда, а это бывает далеко не всегда. То, что письма не всегда являются результатом творческого труда над произведением, отмечали Е.А. Флейшиц, Б.С. Антимонов²⁸, Л.О. Красавчикова²⁹ и др.

Но более важно то, что письма имеют принципиально иное назначение, чем обычные произведения. Если, как уже отмечалось выше, в большинстве случаев произведение изначально создается для доведения до сведения публики, то письмо имеет противоположную направленность — прочтение только определенным адресатом. В связи с этим мы можем считать излишним требовать от автора выразить запрет в публичном использовании его письма — это должно презюмироваться исходя из характера такого объекта.

²⁷ Табашников И.Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность с точки зрения гражданского права и по постановлениям законодательств Северной Германии, Австрии, Франции, Англии и России. Т. 1. Литературная собственность, ее понятие, история, объект и субъект. СПб., 1878. С. 401.

²⁸ Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М., 1957. С. 104.

²⁹ Красавчикова Л.О. Авторское право и право на письма, дневники, записки, заметки // Проблемы советского авторского права. М., 1979. С. 108–110.



Впрочем, особенности письма могут говорить и о его публичном характере. Прежде всего здесь следует упомянуть «открытые письма» — документы, направляемые в средства массовой информации, хотя и формально адресуемые определенному лицу. Возможны и другие случаи. Так, классик английского авторского права В. Копингер писал, что направление письма корреспонденту не приводит к опубликованию письма, но ситуация будет иной в случае направления письма в газету³⁰, рассылки некоторых видов коммерческих писем³¹, писем, направленных официальным органам³², и т.д.

Для определения характера письма некоторые исследователи считают возможным обращаться и к близким к автору письма лицам или к адресату. Так, по мнению В.И. Серебровского, «надо допустить [использование писем и бумаг личного характера] только с согласия лица, специально указанного автором писем или адресатом... Если такое лицо указано не будет, то право давать согласие на опубликование писем должно быть в первую очередь предоставлено пережившему супругу, а если его не окажется, то детям (разумеется, совершеннолетним и дееспособным), если же не окажется и детей — то родителям, братьям и сестрам, и притом независимо от того, были ли они или не были призваны к наследованию»³³.

Еще одной особенностью писем является то, что их обнародование может затронуть интересы не только автора, но и получателя, поэтому должна учитываться и его позиция. Однако это вопрос исключительно охраны тайны переписки и личной сферы; к авторскому праву он напрямую отношения не имеет.

Говоря о посмертном обнародовании произведения, нужно упомянуть еще об особенностях положения публикатора применительно к решению вопроса об обнародовании чужого произведения. Само суще-

ствование института права публикатора обеспечивается презумпцией разрешенности обнародования произведения после смерти автора. Однако п. 1 ст. 1337 ГК РФ отмечает, что гражданин будет признаваться публикатором только в случае правомерного обнародования произведения, а это значит, что он должен был оценить и то, не запрещал ли автор обнародование произведения. Е.Э. Чуковская полагает, что при нарушении запрета на обнародование публикатор может быть лишен его права на основании ст. 1342 ГК РФ³⁴. Однако представляется, что в этом случае правильнее говорить не о досрочном прекращении исключительного права публикатора (ст. 1342 ГК РФ³⁵), а о том, что это право вообще не возникло, поскольку обнародование было произведено неправомерно.

Таким образом, общая формулировка закона «Автору принадлежит право на обнародование своего произведения» оказывается не такой простой, как может показаться на первый взгляд. В действительности контроль автора за обнародованием своего произведения оказывается многократно ограниченным. В первую очередь можно отметить пределы самого понятия обнародования. Особо следует указать механизм установления возможности обнародования, основанный на презумпции запрета/разрешения обнародования. При этом можно заметить неоднократное переключение презумпции из одного положения в другое, что позволяет нам назвать ее «мерцающей» презумпцией. Необходимо помнить и о прямых изъятиях — случаях, когда закон не требует обнародования произведения как предварительного условия для определенного использования произведения.

Наконец, формулировки условий обнародования делают их достаточно гибкими; суды будут иметь возможности по корректировке этих условий в зависимости от меняющихся интересов общества. Таким образом, границы действия запрета автора оказываются динамичными, отражающими развитие общества и происходящие в нем процессы. 📄

³⁰ *Copinger W.A.* The law of copyright, in works of literature, art, architecture, photography, music and the drama: including chapters on mechanical contrivances and cinematographs, together with international and foreign copyright, with the statutes relating thereto. London, 1915. P. 43.

³¹ *Ibid.* P. 45.

³² *Ibid.* P. 46.

³³ *Серебровский В.И.* Указ. соч. С. 127.

³⁴ *Чуковская Е.Э.* Права на нотные тексты // ИС. Авторское право и смежные права. 2022. № 9. С. 5–11; СПС «КонсультантПлюс».

³⁵ Тем более что эта статья говорит о конкретных случаях нарушения требований ГК в отношении охраны авторства, имени автора или неприкосновенности произведения.

Determination of the Limits of the Author's Prohibition on the Publication of His Work

The law establishes that right to publication belongs to the author of this work. This means that publication may be performed only with author's consent. However, there are numerous limitations of this right: by the character of the right, by special legal presumptions, and by special exemptions. As a result, these limitations react dynamically to the changing interest of the society.

Keywords: *intellectual property, copyright, publication, presumption, copyright exemption*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vitaliy O. Kalyatin

Professor of the Private Law Research Centre, Associate Professor of School of Digital Law and Bio-Law at HSE University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: kalvit@yandex.ru)

REFERENCES

- Abova, T.E., Boguslavskiy, M.M. and Svetlanov, A.G. (eds.). Commentary to the Civil Code of the Russian Federation. Vol. 2. Parts III, IV of the Civil Code [*Kommentariy g Grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii. T. 2. Chasti III, IV GK RF*]. Moscow, 2009.
- Antimonov, B.S. and Fleyshts, E.A. Copyright [*Avtorskoye pravo*]. Moscow, 1957.
- Benestad, F. and Schjelderup-Ebbe, D. Edvard Grieg. A Man and the Artist [*Edvard Grieg. Chelovek i khudozhnik*]. Moscow, 1986.
- Bratus', D.V. Organisational copyrights [*Organizatsionnyye avtorskiye prava*]. Moscow, 2022.
- Chernichkina, G.N. "Right to Inviolability of the Work, Right to Publish the Work and Its Revocation" [*Pravo na neprikosnovennost' proizvedeniya, pravo na obnarodovaniye proizvedeniya i ego otzyv*]. Modern Law [*Sovremennoye pravo*]. 2019. No. 4.
- Chukovskaya, E.E. "Right for sheet music" [*Prava na notnyye teksty*]. Intellectual property. Copyright and related rights [*IS. Avtorskoye pravo i smezhnyye prava*]. 2022. No. 9. P. 511.
- Danilin, S.T. The Tale of Stepan Danilin [*Skaz Stepana Danilina*]. Moscow, 2012.
- Danilina, E.A. "The right of the publisher in the Russian legislation" [*Pravo publikatora v rossiyskom zakonodatel'stve*]. Patents & Licenses. Intellectual Rights [*Patenty i litsenzii. Intellektual'nyye prava*]. 2013. No. 5. P. 37–42.
- Fridman, V.E. "Right for image: specifics of legal regulation, ways of protection" [*Pravo na izobrazheniye: osobennosti pravovogo regulirovaniya i sposoby zashchity*]. Intellectual property. Copyright and related rights [*IS. Avtorskoye pravo i smezhnyye prava*]. 2019. No. 8. P. 45–56.
- Gavrilov, E. "Right of publicity" [*Pravo na obnarodovaniye proizvedeniya*]. Economy and Law [*Khozaystvo i pravo*]. 2010. No. 4. P. 30–37.
- Goncharov, I. "Violation of the will" [*Narusheniye vol'i*]. Herald of Europe [*Vestnik Evropy*]. 1889. March. P. 71–90.
- Gordon, M.V. Soviet copyright law [*Sovetskoye avtorskoye pravo*]. Moscow, 1955.
- Kafka, F. The Trial. The Castle. Novels and parables. Aphorisms. Letter to my father. The Testament [*Protsess. Zamok. Novelly i pritchi. Aforizmy. Pis'mo ottsu. Zaveshchaniye*]. Moscow, 2004.
- Kalyatin, V.O. Personal non-property rights of the author of the object of intellectual activity [*Lichnyye neimushchestvennyye prava avtora ob"yekta intellektual'noy deyatel'nosti*]. Moscow, 2006.
- Kaminskaya, E.I. "Personal non-property rights in Part Four of the Civil Code of the Russian Federation" [*Lichnyye neimushchestvennyye prava v chasti chetvertoy Grazhdanskogo kodeksa RF*], in: Actual Issues of Russian Private Law. Collection of articles dedicated to the 80th anniversary of the birth of Professor V.A. Dozortsev [*Aktual'nyye voprosy rossiyskogo chastnogo prava. Sbornik stayey, posvyashchenny 80letiyu so dnya rozhdeniya professora V.A. Dozortseva*]. Moscow, 2008.
- Kantorovich, Ya.A. Copyright in literary, musical, artistic and photographic works [*Avtorskoye pravo na literaturnyye, muzykal'nyye, khudozhestvennyye i fotograficheskiye proizvedeniya*]. Petrograd, 1916.
- Khodyreva, E.A. "Protection and exercise of personal non-property rights of the author of a work of science, literature or art after his death" [*Okhrana i osushchestvleniye lichnykh neimushchestvennykh prav avtora proizvedeniya nauki, literatury, iskusstva posle ego smerti*]. Inheritance Law [*Nasledstvennoye pravo*]. 2012. No. 2. P. 37–42.
- Kozlov, L.R. Museum of Wit [*Muzey ostroumiya*]. Minsk, 1989.
- Krasavchikova, L.O. "Copyright and the Right to Letters, Diaries, Notes, Essays" [*Avtorskoye pravo i pravo na pis'ma, dnevniki, zapiski, zametki*], in: Problems of Soviet Copyright Law [*Problemy sovetskogo avtorskogo prava*]. Moscow, 1979.
- Liptsik, D. Copyright and neighbouring rights [*Avtorskoye pravo i smezhnyye prava*]. Moscow, 2002.
- Serebrovskiy, V.I. Issues of Soviet copyright law [*Voprosy sovetskogo avtorskogo prava*]. Moscow, 1956.
- Sherstobitov, A.E. "Civil law regulation of the right to honor, dignity and business reputation and the right to the citizen's



image" [*Grazhdansko-pravovoye regulirovaniye prava na chest', dostoinstvo i delovuyu reputatsiyu i prava na izobrazheniye grazhdanina*]. Civil Law [*Grazhdanskoye pravo*]. 2023. No. 2. P. 8–13.

Stepanov, S.A. (ed.). Commentary to the Civil Code of the Russian Federation (educational and practical). Parts One, Two, Three, Four (article-by-article) [*Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (uchebno-prakticheskiy). Chasti pervaya, vtoraya, tret'ya, chetvertaya (postateynnyy)*]. Moscow; Yekaterinburg, 2009.

Tabashnikov, I.G. Literary, Musical and Artistic Property from the Standpoint of Civil Law and the Regulations of the Legislatures of Northern Germany, Austria, France, England and Russia. T. 1. Literary property, its concept, history, object and subject matter [*Literaturnaya, muzykal'naya i khudozhestvennaya sobstvennost' s tochki zreniya grazhdanskogo prava i po postanovleniyam zakonodate'stv Severnoy Germanii, Avstrii, Frantsii, Anglii i*

Rossii. T. 1. Literaturnaya sobstvennost', eye ponyatiye, istoriya, ob"yekt i sub"yekt]. Saint Petersburg, 1878.

Trakhtengerts, L.A. (ed.). Commentary to the Civil Code of the Russian Federation (Part Four): in 2 vol. (Article-by-article) [*Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (chasti chetvertoy): v 2 t.*] (postateynnyy)]. Vol. 1. Moscow, 2017.

Vakman, A.I. Publisher and author. Legal relations [*Izdate'l'stvo i avtor. Pravovyye vzaimootnosheniya*]. Moscow, 1957.

Vazari, D. Lives of the Painters, Sculptors and Architects [*Zhizneopisaniya naiboleye znamenitykh zhivopistsev, vayateley i zodchikh*]. Moscow, 2008.

Zhestkova, A.V. The work of G. Meyerbeer and the development of French "grand" opera: A Candidate of art history sciences Thesis [*Tvorchestvo Dzh. MeyYerbera i razvitiye frantsuzskoy "bol'shoy" opery: dis. na soiskanie uchenoy stepeni kand. iskusstvovedeniya*]. Kazan', 2004.



**АННА АВЕТИКОВНА
АРУТЮНЯН**

доцент кафедры
уголовного процесса,
правосудия и
прокурорского
надзора юридического
факультета МГУ имени
М.В. Ломоносова,
кандидат юридических
наук



**АННА ВИКТОРОВНА
БЕЛИЦКАЯ**

профессор кафедры
предпринимательского
права юридического
факультета МГУ имени
М.В. Ломоносова,
доктор юридических
наук

ПРАВОВОЙ АСПЕКТ РАСШИРЕНИЯ СФЕРЫ КОНТРОЛЯ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В настоящее время в связи со сложившейся политико-экономической ситуацией наблюдается устойчивая тенденция к усилению контроля за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации — как в части расширения сферы предварительного контроля, так и в направлении ужесточения последствий нарушения порядка согласования сделок с участием иностранных инвесторов. Целью настоящей статьи является анализ трансформации правового регулирования иностранных инвестиций в связи с необходимостью защиты национальной безопасности и национальных интересов Российской Федерации.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, стратегические общества, предварительное согласование сделок с иностранными инвесторами, Правительственная комиссия по контролю за осуществлением иностранных инвестиций, Федеральная антимонопольная служба, Генеральная прокуратура РФ

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-164-170

В настоящее время в связи со сложившейся политико-экономической ситуацией и необходимостью защиты государственного суверенитета¹ наблюдается устойчивая тенденция к усилению контроля за осуществлением в Российской Федерации иностранных инвестиций — как в части расширения сферы

¹ См.: Дмитриева Г.К., Викторова Н.Н. Суверенитет государства в контексте привлечения иностранных инвестиций // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 12. С. 26–38.

предварительного контроля, так и в направлении ужесточения последствий нарушения порядка согласования сделок с участием иностранных инвесторов.

В российском законодательстве используются различные инструменты регулирования иностранных инвестиций. Например, в сфере финансового рынка используется инструмент квотирования, в отношении отдельных объектов гражданских прав или территорий — запрет на иностранные инвестиции, в отдельных федеральных законах — требование регистрировать российское юридическое лицо, чтобы иметь возможность осуществлять иностранные инвестиции, в отношении иностранных вложений в стратегические общества — разрешительный или уведомительный порядок осуществления сделок с участием иностранных инвесторов. Данные нормы в основном касаются режима допуска иностранных инвесторов на национальный рынок, который представляет собой совокупность правил, регулирующих порядок допуска².

Разрешительный порядок приобретения контроля за стратегическими обществами со стороны иностранных инвесторов в последние годы неоднократно пересматривался, так как государство стремилось и стремится к более тщательной проверке субъектов предпринимательской деятельности, осуществляющих бизнес на территории Российской Федерации, в связи с необходимостью обеспечения национальных интересов и национальной безопасности. При этом, как указывает М.Г. Дораев, при принятии решения о допуске иностранных инвестиций оцениваются не только потенциальные негативные риски для национальной безопасности, но и экономический и социальный эффект от планируемых иностранных инвестиций³.

В научной литературе контроль традиционно делится на предварительный и последующий, что характерно для конституционной, антимонопольной, финансовой и иных сфер контроля. Полагаем, что такая классификация видов контроля применима также к иностранным инвестициям: целью предварительного

контроля является рассмотрение ходатайств субъектов предпринимательской деятельности для оценки допустимости тех или иных сделок до их совершения, последующий же контроль направлен на выявление нарушений правил и порядка осуществления сделок и применение последствий их нарушения.

Осуществление предварительного контроля за сделками с участием иностранных инвесторов позволяет государственным органам определить, насколько желательна каждая индивидуальная сделка с учетом множества факторов. В отличие от квотирования, где предусмотрен объективный критерий ограничения на вложение иностранных инвестиций в российскую экономику, критерии контроля за стратегическими видами деятельности в силу нечеткости их формулировок весьма субъективны (наличие/отсутствие угрозы для обороны страны и безопасности государства), что позволяет Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций (далее — Правительственная комиссия) принимать решения по своему усмотрению с учетом позиции отраслевых министерств и ведомств, которые в пакете документов подготавливаются для нее Федеральной антимонопольной службой (ФАС России).

Расширение сферы предварительного контроля за сделками с участием иностранных инвесторов выразилось в следующих новеллах российского законодательства, вступивших в силу в 2023 году:

- 1) расширение перечня лиц, приравненных к иностранным инвесторам, и расширение оснований согласования сделок/действий с участием иностранных инвесторов в рамках Закона о стратегических обществах⁴;
- 2) внедрение процедуры обязательной проверки определенных сделок на предмет необходимости информирования председателя Правительственной комиссии в рамках Закона об иностранных инвестициях⁵;

² См.: Пушкин А.В. Правовой режим иностранных инвестиций в Российской Федерации. М., 2007.

³ Дораев М.Г. Допуск иностранных инвесторов в стратегические отрасли экономики (правовые основы). М., 2012.

⁴ Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».

⁵ Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации».

3) расширение перечня сведений, которые должны раскрываться в рамках согласования сделок экономической концентрации в соответствии с Законом о защите конкуренции⁶.

Рассмотрим каждое из этих направлений подробнее.

Во-первых, предварительный контроль устанавливается Законом о стратегических обществах, который является основным законом, предусматривающим механизмы разрешительного порядка вложения в российскую экономику иностранных инвестиций. В 2022 году в него были внесены кардинальные поправки, которые затронули как субъектный состав контролируемых лиц, так и основания согласования сделок и иных действий с участием иностранных инвесторов.

Давно сложившееся самое общее представление об иностранных инвестициях сводится к тому, что это вложение капитала, осуществленное в одной стране субъектом (физическим или юридическим лицом) другой страны, т.е. иностранным субъектом или инвестором⁷. Однако к иностранным инвесторам по Закону о стратегических обществах были приравнены лица, связь которых с иностранными государствами не так очевидна.

Например — лица, получившие статус иностранных агентов (п. 9 ч. 2 ст. 3 Закона). Но, что гораздо более важно, с 2023 года иностранными инвесторами стали признаваться российские граждане, получившие вид на жительство или иной действительный документ, подтверждающий право на постоянное проживание в иностранном государстве (п. 5 ч. 2 ст. 3 Закона).

Несмотря на то, что статус иностранного инвестора в Законе о стратегических обществах почти всегда существенно отличается от аналогичного статуса, предусмотренного другими законами, в частности Законом об иностранных инвестициях, в настоящее время данные отличия стали кардинальными, так как

под контроль попали российские граждане, не только имеющие иностранное гражданство (как это было раньше), но и получившие вид на жительство или иной аналогичный документ, а также иностранные агенты.

Особенно интересно обратить внимание на контроль за российскими лицами, имеющими вид на жительство, который по существу является временным документом, подтверждающим право лица на постоянное проживание за рубежом, при этом такое лицо является гражданином лишь одной страны, Российской Федерации, в соответствии с Законом о гражданстве⁸.

Данная новелла ставит перед правоприменителем ряд вопросов, в том числе о необходимости повторного согласования приобретения контроля в случае продления вида на жительство, получения нового вида на жительство и т.д.

В отношении расширения оснований согласования сделок с участием иностранного инвестора необходимо подчеркнуть, что если раньше согласованию подлежали сделки с участием лиц, которые на момент совершения сделки признавались иностранными инвесторами, то теперь получение гражданства или вида на жительство в иностранном государстве является самостоятельным основанием для согласования приобретения контроля, даже если сама сделка уже была совершена на тот момент (подп. б п. 1 ч. 5 ст. 7 Закона о стратегических обществах), т.е. фактически согласовывается не сделка, а приобретение статуса иностранного инвестора. Кроме того, согласованию подлежит получение лицензии или аккредитации на осуществление стратегических видов деятельности (ч. 6 ст. 7 Закона о стратегических обществах), что ограничило возможность использования этого пути на практике для приобретения контроля иностранным инвестором в стратегических сферах экономики в обход требований законодательства.

Во-вторых, установление предварительного контроля за иностранными инвестициями регулируется также Законом об иностранных инвестициях, что

⁶ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

⁷ См.: Вознесенская Н.Н. Современное понятие «иностранной инвестиции» // Закон. 2012. № 5. С. 167–174.

⁸ Федеральный закон от 28.04.2023 № 138-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации».



само по себе является дискуссионным, так как Закон об иностранных инвестициях, как и аналогичные законы в зарубежных странах, направлен на привлечение иностранного инвестора за счет акцента на описании благоприятного инвестиционного климата, в том числе перечисления гарантий и льгот в отношении таких инвесторов. Поскольку подобные законы об иностранных инвестициях во многом носят декларативный характер, в научной литературе справедливо отмечается, что без них вполне можно обойтись⁹.

Сомнительным при этом кажется решение отечественного законодателя поместить в Закон об иностранных инвестициях норму ограничительной, а не стимулирующей направленности, что идет вразрез с духом и целями данного нормативного правового акта, которые состоят в привлечении и эффективном использовании в экономике Российской Федерации иностранных материальных и финансовых ресурсов (преамбула Закона).

По общему правилу в соответствии с Законом об иностранных инвестициях (ст. 6) в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства любая сделка, совершаемая иностранным инвестором в отношении российских хозяйственных обществ, по решению председателя Правительственной комиссии может быть вынесена на рассмотрение Правительственной комиссии, которое будет осуществляться в порядке Закона о стратегических обществах. При этом основанием для такого вынесения будет не специфика объекта приобретения по сделке, т.е. стратегический характер деятельности хозяйственного общества, а специфика субъекта сделки, т.е. ассоциация инвестора с иностранным государством.

Необходимо подчеркнуть, что по смыслу Закона об иностранных инвестициях иностранный инвестор — физическое лицо определяется исключительно как иностранный гражданин, не имеющий российского гражданства, тогда как для целей применения ст. 6

Закона о иностранных инвестициях иностранными инвесторами признаются также российские граждане с иностранным гражданством. Интересно отметить, что в отличие от Закона о стратегических обществах, к которому отсылает ст. 6 Закона об иностранных инвестициях, российский гражданин с видом на жительство в иностранном государстве не признается иностранным инвестором по смыслу ст. 6 Закона об иностранных инвестициях. Иначе говоря, формально ст. 6 Закона об иностранных инвестициях применима к физическим лицам только в том случае, если участником сделки является иностранный гражданин или российский гражданин с иностранным гражданством (если у российского гражданина есть вид на жительство в иностранном государстве, к нему требования ст. 6 Закона об иностранных инвестициях неприменимы).

Если по общему правилу, действовавшему ранее, сделки по Закону об иностранных инвестициях попадали на согласование Правительственной комиссии исключительно на основании решения ее председателя, обладающего дискреционным полномочием по принятию такого решения и получавшего информацию о таких сделках из любых источников без формализованного порядка информирования о планируемых сделках, то после внесения соответствующих поправок появились нормы, устанавливающие основание и процедуру проверки сделки на предмет необходимости информирования председателя Правительственной комиссии. Данная новелла создала большую правовую определенность в отношении распространения на сделки с иностранными инвесторами механизмов контроля со стороны государства, при этом дискреционные полномочия председателя Правительственной комиссии в отношении возможности проверки совершенно любой сделки в полной мере сохранились.

Кроме того, в силу отсутствия четких критериев необходимости информирования председателя Правительственной комиссии о планируемых сделках проблемным является вопрос о том, каким образом ФАС России выбирает важные и не такие важные сделки с целью соответствующего информирования.

Неясно также, что произойдет в случае, если мнения профильных министерств и ведомств относительно

⁹ См.: Доронина Н.Г., Казанцев Н.М., Семилютин Н.Г. Правовое регулирование экономических отношений: глобальное, национальное, региональное: монография. М., 2017.

важности разойдутся, чья позиция будет решающей и должна ли ФАС России принимать окончательное решение по собственному усмотрению. Представляется, что ФАС России должна проинформировать председателя Правительственной комиссии о планируемых сделках в случае, если хотя бы одно из профильных министерств и ведомств выразит мнение о необходимости такого информирования.

Основания, которые предусмотрены п. 10 ст. 6 Закона об иностранных инвестициях, по сути, расширяют сферу контроля за иностранными инвесторами в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства, установленную Законом о стратегических обществах. В частности, если компания занимает доминирующее положение на рынке вне зависимости от характера вида деятельности (стратегический или нет) и в сделке принимает участие иностранный инвестор, такая сделка подлежит проверке на предмет вынесения на рассмотрение Правительственной комиссии. Если хозяйственное общество является стратегическим, но не достигнуты установленные Законом о стратегических обществах пороговые значения для согласования, сделка с участием иностранного инвестора также может быть проверена и впоследствии вынесена на согласование Правительственной комиссией. Кроме того, Законом об иностранных инвестициях установлен ряд особых оснований, которые не значатся в Законе о стратегических обществах, например совершение сделки с обществами, осуществляющими строительство или реконструкцию морских или речных портов, разработку региональных недр, в отношении участников национальных проектов и т.д.

Таким образом, сделка с участием иностранного инвестора может попасть на рассмотрение Правительственной комиссии в нескольких случаях: если она соответствует напрямую критериям Закона о стратегических обществах, если она подпадает под процедуру обязательной проверки по Закону об иностранных инвестициях или если председатель Правительственной комиссии по своему усмотрению принимает решение о необходимости рассмотрения сделки на заседании Правительственной комиссии (для любых иностранных инвесторов вне зависимости от того, является ли деятельность стратегической и требует ли сделка обязательной проверки).

В-третьих, в аспекте усиления контроля за иностранными инвестициями необходимо обратить внимание на расширение перечня сведений, которые должны раскрываться в рамках согласования сделок экономической концентрации в соответствии с Законом о защите конкуренции. Теперь в него включены сведения, на основании которых ФАС России может определить необходимость согласования сделки по Закону о стратегических обществах. Такие сведения запрашивались регулятором и ранее в процессе согласования сделок по Закону о защите конкуренции, однако отныне они прямо предусмотрены в перечне обязательных приложений к ходатайству. Эти поправки показывают, что увеличилась глубина проверки регулятором сделок на предмет необходимости согласования по законодательству об иностранных инвестициях.

Рассмотрим также **направления усиления последующего контроля за сделками с участием иностранных инвесторов**.

Последующий контроль направлен на устранение последствий нарушения Закона о стратегических обществах. Согласно ч. 1 ст. 15 Закона сделки, совершенные с нарушением его требований, ничтожны. Последствием недействительности ничтожной сделки ранее была двусторонняя реституция или лишение права голоса иностранного инвестора при голосовании в рамках принятия корпоративных решений. В настоящее время появилась закрепленная в ст. 15 Закона возможность применять в качестве такого последствия изъятие имущества в доход государства. В судебной практике встречались случаи изъятия имущества в доход государства при нарушении Закона о стратегических обществах и до принятия соответствующей новеллы¹⁰ (суды ссылались на ГК РФ, трактовали цели Закона о стратегических обществах), однако ее появление исключило споры о допустимости применения соответствующей меры.

Вместе с тем остается актуальным вопрос о соразмерности и справедливости такого последствия недействительности ничтожной сделки, особенно в случаях, когда возможна реституция, позволяющая привести стороны к состоянию, которое имело место до сделки.

¹⁰ См., напр.: судебные акты по делу № А42-7217/2021.



Принцип соразмерности нашел отражение в самом законодательстве. В частности, в ст. 9 Закона о государственном и муниципальном контроле¹¹ указывается, что выбираемые профилактические мероприятия, контрольные (надзорные) мероприятия, применяемые меры по пресечению и (или) устранению нарушений обязательных требований должны быть соразмерными характеру нарушений обязательных требований, вреду (ущербу), который причинен или может быть причинен охраняемым законом ценностям. Под категорией «справедливость» как основным началом гражданско-правовой ответственности следует понимать исторически сложившиеся в обществе представления о соответствии социальным идеалам (параметрам) распределения между участниками правоотношения убытков, потерь, иных неблагоприятных последствий в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением договора, причинением вреда, недобросовестным поведением и др., а также с учетом необходимого применения к ответственным лицам неблагоприятных последствий с целью корректировки их поведения¹². Справедливость, выступая как этическая категория, включает, помимо духовно-ценностного, морального, также и социально-экономический, и правовые аспекты отношений личности, государства и общества¹³.

Обозначая экономическую солидарность в качестве нового ценностного ориентира в Конституции РФ (ст. 75.1), государство приняло на себя определенную ответственность во взаимодействии с бизнесом, которая предполагает партнерство, взаимное доверие, в том числе между властью и инвесторами. Экономическая солидарность предполагает соизмерение частного интереса, в частности в получении прибыли, с интересом публичным. Доверие к власти предполагает разумность действий государственных учреждений, вследствие чего частные субъекты вначале ощущают, а затем и понимают, что их особый интерес учитывается в интересе и целях

государства. Если государство действует недобросовестно, неразумно и несправедливо, о доверии сложно вести речь.

С учетом этих конституционно значимых ценностей представляется, что подход к регулированию инвестиционной деятельности должен быть взвешенным и последовательным. Именно последовательность в регулировании создает предсказуемость и становится фундаментом для формирования доверия в социально-экономической сфере. Расширение контроля за иностранными инвестициями, с одной стороны, полностью оправдано интересами безопасности государства и общества, необходимостью обеспечить стабильность экономики, защитить важные отрасли от недобросовестных или потенциально опасных инвестиций. С другой стороны, избыточное регулирование и высокий уровень дискреции при осуществлении контроля способны создавать правовую неопределенность для участников гражданского оборота. На фоне суровых последствий нарушения законодательства об иностранных инвестициях (возможности лишения бизнеса как такового) такая неопределенность может существенно тормозить инвестиционную деятельность. 📄

Legal Aspect of Expanding the Scope of Control over Foreign Investments in the Russian Federation

The current political and economic background promotes a steady trend to strengthen control over foreign investments in the Russian Federation, both by expanding the scope of preliminary control (through specific administrative procedures where the governmental bodies decide whether an investment transaction is acceptable or not) and by tightening the consequences of violating the named procedure by foreign investors. The purpose of this article is to analyse the transformation of the legal regulation of foreign investment in connection with the need to protect national security and national interests of the Russian Federation.

Keywords: *foreign investments, strategic entities, preliminary approval of transactions with participation of foreign investors, Governmental Commission for Control of Foreign Investments, Federal Antimonopoly Service of Russia, Prosecutor General's Office of the Russian Federation*

¹¹ Федеральный закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации».

¹² Богданов Д.Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект: монография. М., 2015. С. 35.

¹³ Иванова С.А. Принцип справедливости в гражданском праве России: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 11.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Anna A. Arutyunyan

Associate Professor at the Department of Criminal Procedure, Justice and Prosecutorial Supervision of the Faculty of Law at Lomonosov Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: aaarutunian@gmail.com)

Anna V. Belitskaya

Professor of Business Law Department of the Faculty of Law at Lomonosov Moscow State University, Doctor of Juridical Sciences (e-mail: belankav@gmail.com)

REFERENCES

- Bogdanov, D.E. Evolution of civil liability from the standpoint of justice: comparative legal aspect. A monograph [*Evolyutsiya grazhdansko-pravovoy otvetstvennosti s pozitsii spravedlivosti: sravnitel'no-pravovoy aspekt: Monografiya*]. Moscow, 2015. 304 p.
- Dmitrieva, G.K. and Viktorova, N.N. "State sovereignty in the context of attracting foreign investment" [*Suverenitet gosudarstva v kontekste privlecheniya inostrannykh investitsiy*]. Actual Problems of Russian Law [*Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*]. 2018. No. 12. P. 26–38.
- Doraev, M.G. The admission of foreign investors in strategic sectors of the economy (the legal framework) [*Dopusk inostrannykh investorov v strategicheskie otrasli ekonomiki (pravovye osnovy)*]. Moscow, 2012. 224 p.
- Doronina, N.G., Kazantsev, N.M. and Semilyutina, N.G. Regulation of economic relations: Global, National, Regional: A monograph [*Pravovoe regulirovanie ekonomicheskikh otnosheniy: global'noe, natsional'noe, regional'noe: monografiya*]. Moscow, 2017. 160 p.
- Ivanova, S.A. The principle of justice in Russian civil law: A Doctor of Juridical Sciences Thesis [*Printsip spravedlivosti v grazhdanskom prave Rossii: dis. na soiskanie uchenoi stepeni d-ra yurid. nauk*]. Moscow, 2006. 415 p.
- Pushkin, A.V. The legal framework for foreign investments in the Russian Federation [*Pravovoy rezhim inostrannykh investitsiy v Rossiyskoy Federatsii*]. Moscow, 2007. 192 p.
- Voznesenskaya, N.N. "The modern definition of "foreign investment"" [*Sovremennoe ponyatie "inostrannye investitsii"*]. Statute [*Zakon*]. 2012. No 5. P. 167–174.



**НАТАЛИЯ ВАЛЕРЬЕВНА
ЛЕТОВА**

главный научный
сотрудник сектора
процессуального права
Института государства
и права Российской
академии наук, доктор
юридических наук

ОСОБЕННОСТИ ЗАЩИТЫ ПРАВ ВЕТЕРАНОВ ТРУДА ПРИ НАЗНАЧЕНИИ ИМ ОТДЕЛЬНЫХ СОЦИАЛЬНЫХ ВЫПЛАТ

В статье рассматриваются проблемы теории и практики, возникающие в связи с применением законодательства о ветеранах труда. Основания назначения ветерану труда социальных выплат фактически поставлены в зависимость не от такого статуса, получаемого согласно федеральному закону, а от места жительства гражданина: поскольку в случае изменения места жительства ветеран труда утрачивает право на получение назначенных выплат в прежнем регионе, то, по мнению органа социальной защиты, незаконно полученные им после смены места жительства суммы могут быть взысканы в суде как неосновательное обогащение. Автор показывает, что некоторые меры социальной поддержки должны распространяться на всех ветеранов независимо от их места жительства, что отвечало бы требованиям законодательства о ветеранах и сущности социальной политики государства.

Ключевые слова: государство, социальная политика, меры социальной поддержки, ветеран труда, защита прав, неосновательное обогащение, добросовестность, доказательства, исковая давность, публичные и частные интересы

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-171-177

Введение

Социальная поддержка граждан, оказание им адресной помощи в зависимости от возраста, состояния здоровья или в связи с добросовестным исполнением ими своих трудовых обязанностей являются приоритетными направлениями деятельности государства. Российская Федерация провозглашает себя социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие каждого граждани-

на, а человек труда заслуживает особого внимания и достойного к себе уважения (ст. 7, 39 Конституции РФ). Государство берет на себя обязательства и гарантирует социальное обеспечение тем гражданам, которые в силу определенных жизненных обстоятельств не могут самостоятельно себя обеспечить в полном объеме. Оказание такой поддержки осуществляется не только по достижении гражданином определенного возраста, состояния здоровья, но и в связи с продолжительной трудовой деятельностью, что подтверждается присвоением ему особого правового статуса «Ветеран труда» (далее — ветеран труда)¹. Виды социальной помощи, определяемые возрастом и состоянием здоровья, и меры поддержки, оказываемые государством гражданину в силу имеющегося у него статуса, существенно различаются, что требует их четкой дифференциации на практике и в законе. Неточное понимание сущности, неверное толкование оснований их назначения приводят к формированию несправедливого правоприменения.

Меры социальной поддержки ветерана труда: нормативное регулирование

Ветеранами труда в соответствии с Законом о ветеранах (далее также — Закон)² признаются лица, имеющие удостоверение ветерана труда или иные ордена, медали, почетные звания, грамоты, благодарности и т.п., добросовестно трудившиеся на протяжении многих лет, для женщин — не менее 20, для мужчин — 25 лет (ст. 1, 7). Государство, поощряя гражданина за продолжительную трудовую деятельность, гарантирует ему оказание мер социальной поддержки, которые можно определить как *меры социального поощрения* за добросовестный труд. Социальная поддержка ветеранов труда предусматривает

право на получение ежемесячной денежной выплаты, компенсацию расходов по оплате жилых помещений и коммунальных услуг, оказание медицинской и протезно-ортопедической помощи (ч. 2, 4, 5 ст. 13).

Указанные выплаты являются базовыми, гарантированными каждому ветерану труда вне зависимости от места его проживания, и должны быть ему назначены в каждом регионе, что не лишает субъекты РФ права устанавливать дополнительные меры поддержки таким гражданам за счет региональных бюджетов³, поскольку социальное обеспечение отнесено к вопросам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов (ч. 1 ст. 11)⁴.

По смыслу Закона предоставление льгот обусловлено в первую очередь наличием у гражданина конкретного статуса, получение которого требует соответствия гражданина строго определенным критериям, вне зависимости от того, на территории какого субъекта РФ трудился гражданин. Нормы федерального закона распространяют свое действие в отношении граждан России, постоянно проживающих на ее территории, и не связывают получение льгот с местом фактического проживания получателя (ст. 12).

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 27.04.1995 № 423 «Об удостоверениях, на основании которых реализуются меры социальной поддержки ветеранов военной службы и ветеранов труда».

² Федеральный закон от 12.01.1995 № 5-ФЗ «О ветеранах». См. также: Постановление Правительства РФ от 25.06.2016 № 578 «О порядке учреждения ведомственных знаков отличия, дающих право на присвоение звания „Ветеран труда“, федеральными органами исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет Правительство Российской Федерации, и награждения указанными знаками отличия».

³ См., напр.: Законы Московской области от 10.07.2003 № 82/2003-ОЗ «Об исполнении областного бюджета за 2002 год»; г. Москвы от 03.11.2004 № 70 «О мерах социальной поддержки отдельных категорий жителей города Москвы»; Алтайского края от 03.12.2004 № 61-ЗС «О мерах социальной поддержки отдельных категорий ветеранов».

⁴ Как следует из правовой позиции, изложенной в Определении КС РФ от 26.11.2018 № 2929-О, защита семьи, материнства, отцовства и детства, а также социальная защита находятся в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов (подп. 24 п. 2 ст. 26.3, ч. 3 ст. 26.3.1 Федерального закона от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»). Федеральный законодатель при определении полномочий органов государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере социальной защиты закрепил за ними право устанавливать за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации дополнительные меры социальной помощи и социальной поддержки для отдельных категорий граждан (подп. 24 п. 2 ст. 26.3, ч. 3 ст. 26.3.1 Федерального закона от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»). Законодатель субъекта Российской Федерации, реализуя указанное полномочие, вправе определить форму и виды социальной помощи (поддержки), условия ее предоставления за счет собственных средств, которые могут быть дополнительными по отношению к федеральным.



При этом в Законе, на наш взгляд, имеется упущение, которое приводит к неравенству граждан и ставит их положение как ветеранов труда в зависимость не от статуса, а от места проживания.

Это упущение состоит в том, что нормы Закона, определяющие перечень льгот для граждан, имеющих статус ветерана труда, применяются с учетом так называемого территориального принципа, когда меры поддержки определяются каждым субъектом РФ самостоятельно. Тем самым при смене места жительства, несмотря на единое звание ветерана труда, меры получаемой поддержки могут измениться, причем существенно.

Общие меры поддержки ветеранов, и ветеранов труда в частности, такие как получение ежемесячной выплаты, предоставление жилых помещений, компенсация расходов на оплату жилых помещений и коммунальных услуг, оказание медицинской и протезно-ортопедической помощи, предусмотренные в ст. 13 Закона как общие меры социальной поддержки ветеранов, не упомянуты в ст. 10 Закона, которая распределяет расходные обязательства между Федерацией и ее субъектами. В силу ст. 22 Закона все меры поддержки ветеранов труда определяются только правовыми актами регионов и осуществляются за их счет. Иными словами, меры социальной поддержки ветеранов труда определены федеральным законом, но реализация этих мер возложена на субъекты Российской Федерации.

Таким образом, ветеран труда получает статус согласно федеральному закону, а льготы — согласно региональным актам, и, как отмечено выше, в случае перемены им места жительства меры его социальной поддержки могут существенно измениться. Полагаю, что такое положение вызвано внутренней несогласованностью норм закона.

Последовательное соблюдение конституционного права каждого гражданина на выбор места жительства, свободное передвижение по стране не лишает его права на получение гарантированных государством социальных выплат. Такое же правило должно применяться и в отношении гражданина, имеющего статус «ветеран труда», который сохраняет право на получение социальных преференций, обозначенных

федеральным законом, независимо от места его фактического проживания, по крайней мере до того момента, пока он не лишен соответствующего статуса в установленном законом порядке.

Несмотря на то, что в разъяснениях Верховного Суда РФ неоднократно подчеркивалось, что выплаты социального характера назначаются ветерану труда в связи с наличием у него соответствующего статуса и он не может быть лишен выплат в связи с изменением его места жительства, не все регионы привели свое законодательство в соответствие с нормами Закона в этой части, что явилось основанием для формирования противоречивой практики⁵. Полагаю, что корректировка ст. 22 Закона о ветеранах позволила бы изменить сложившуюся практику путем исключения ежемесячных денежных выплат из сферы регионального финансирования, и предлагаю следующую редакцию этой статьи:

«Меры социальной поддержки ветеранов труда, а также граждан, приравненных к ним по состоянию на 31 декабря 2004 года, определяются законами и иными нормативными актами регионов, за исключением ежемесячной денежной выплаты, выплачиваемой ветерану труда из средств федерального бюджета, независимо от места его проживания».

Проблемы правоприменения

На практике также существует проблема взаимодействия органов социальной защиты субъектов РФ, которая приводит к необоснованному переложению на ветерана рисков осуществления необоснованных выплат из региональных бюджетов и ненадлежащего информационного обмена между государственными органами. Как правило, такие ситуации возникают, если ветеран труда изменил

⁵ См.: п. 45 Постановления Пленума ВС 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»; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 28.03.2018); Определения ВС РФ от 06.06.2022 № 5-КГ22-36-К2; ВС РФ от 14.02.2006 № КАС06-23; КС РФ от 25.01.2007 № 16-О, от 21.11.2022 № 3043-О, от 27.01.2022 № 137-О.

место жительства, а информация об этом по тем или иным причинам не поступила своевременно в органы социальной защиты населения нового региона. В результате ветерану продолжает оказывать поддержку регион первоначального места жительства, что в дальнейшем становится основанием для подачи иска о взыскании сумм, выплаченных ветерану за период, когда он уже фактически не проживал на территории соответствующего региона. При этом органы социальной защиты могут начислять выплаты в течение многих лет, ни разу не сверив за все это время корректность оснований их назначения с информацией МВД (факт снятия гражданина с регистрационного учета и выбытия за пределы региона) в рамках осуществляемого ими в обязательном порядке межведомственного электронного взаимодействия.

Органы социальной защиты населения, не исполняя свои прямые обязанности по мониторингу документов, определяющих основания начисления выплат ветерану труда, и впоследствии предъявляя иск о взыскании неосновательно полученных им сумм за период с момента перемены места жительства, фактически возлагают на него ответственность за свое многолетнее бездействие. При этом ветеран труда, как правило гражданин преклонного возраста, нередко даже не подозревает о том, что получает денежные средства необоснованно и что он должен совершить какие-то действия, чтобы ему прекратили начислять эти выплаты в связи со сменой места жительства.

Усугубляет ситуацию и то обстоятельство, что органы социальной защиты населения, в обязанность которых, повторим, входит межведомственное взаимодействие и мониторинг документов, на основании которых производятся соответствующие выплаты, не утруждают себя представлением в суд доказательств, объективно подтверждающих недобросовестность ветерана. Органы социальной защиты населения, напротив, убеждены, что ветеран труда сам должен доказать правомерность своего поведения и законность получения им выплат; в своих исковых требованиях они ссылаются на то, что ветеран труда своевременно не уведомил их о перемене своего места жительства, соответственно, суммы, выплаченные ему за период, когда он не проживал на территории региона, назначены ему незаконно.

На первый взгляд, все логично: основание для получения льгот ветераном утрачено после переезда в другой регион. Однако такой вывод противоречит смыслу и назначению норм законодательства о ветеранах, корректное толкование которых не позволяет лишать ветерана труда всех выплат и предъявлять ему иски о неосновательном обогащении только по причине изменения им места жительства.

Важно обеспечить надлежащую защиту ветеранов труда, не совершавших противоправных действий, не имевших умысла присвоить денежные средства, на которые они не имели законных оснований, и получавших их в спорный период в результате бездействия или счетной ошибки органа социальной защиты населения. Именно государственный орган обязан доказывать недобросовестность получателя мер государственной поддержки, а в условиях цифровизации системы государственных услуг и взаимодействия государственных органов должно отпадать само основание для подачи таких исков, поскольку очевидно, что у государственного органа есть все возможности для проверки обоснованности начислений ветерану труда.

Судебные дела о взыскании неосновательно полученных ветераном выплат из бюджета относятся к публичным правоотношениям, хотя и рассматриваются в рамках гражданского судопроизводства, несмотря на то что ветеран труда не является участником межбюджетных отношений⁶. На практике иногда складывается парадоксальная ситуация: ветеран труда своевременно и в установленной форме уведомил орган социальной защиты населения о факте перемены его места жительства, предоставив соответствующие документы, например о снятии с учета в конкретном регионе, однако документ был потерян или утрачен и орган социальной защиты населения настаивает на том, чтобы именно ветеран труда доказывал свою добросовестность в суде, игнорируя тот факт, что это — прямая обязанность самого органа, предъявившего иск о взыскании неосновательно полученных сумм в качестве соци-

⁶ См.: Определение ВС РФ от 25.02.2015 № 51-АПГ15-2; апелляционное определение Второго апелляционного суда общей юрисдикции от 22.03.2022 № 66а-278/2022.



альных выплат⁷. В связи с этим применение норм о взыскании выплаченных ветерану труда сумм по правилам ст. 1102 Гражданского кодекса (ГК) РФ должно осуществляться сдержанно, с соблюдением всех тех ограничений, которые предусмотрены для применения данной нормы на практике. Органы социальной защиты населения, заявляя иски, должны доказать, что ветеран труда без установленных законом, иными правовыми актами оснований приобрел или сберег имущество за счет другого лица, поэтому обязан возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение), за исключением случаев, которые прямо перечислены в подп. 3 ст. 1109 ГК РФ. Речь идет о суммах целевого назначения, которые не подлежат возврату в качестве неосновательного обогащения при условии, что отсутствует недобросовестность их получателя и они были выплачены ввиду счетной ошибки. К таким выплатам относятся заработная плата и приравненные к ней платежи, пенсии, пособия, стипендии, возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, алименты и иные денежные суммы, предоставленные гражданину в качестве средств к существованию, т.е. предназначенные для удовлетворения его базовых потребностей, и их возврат существенно ухудшит его материальное положение⁸.

В целях определения корректных сумм, подлежащих взысканию с ветерана труда, и периодов их начисления важно установить прежде всего, проводил ли сам орган социальной защиты проверку документов, подтверждающих основания для начисления выплат. Если выплаты, произведенные ветерану труда за спорный период, обусловлены ненадлежащим исполнением органом социальной защиты населения

своих обязанностей, а не являются результатом противоправных действий самого ветерана труда, ставить вопрос об их взыскании незаконно⁹.

Рассмотрение таких дел в суде дополнительно осложняется тем, что нередко орган социальной защиты населения к ветерану труда заявляет свои требования не в пределах установленно-го законом срока исковой давности, а за весь спорный период начислений, т.е. иногда за 8, 9 или даже 10 лет¹⁰, что свидетельствует о грубом злоупотреблении правом со стороны органа публичной власти¹¹.

Иначе говоря, орган публичной власти, обладающий в отличие от гражданина очевидными административными преимуществами, вместо того чтобы систематически проверять предоставленную ему информацию, в том числе в ходе межведомственного взаимодействия, и самостоятельно прекращать выплаты в случае перемены места жительства ветерана труда, заявляет о необходимости вменения последнему в вину неосновательно полученные им суммы за многолетний период. И это несмотря на то,

⁹ См.: *Кавелин К.Д.* Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С. 66, 74, 189; *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 25; *Сырых В.М.* Теория государства и права: учеб. М., 2001.

¹⁰ Так, Управлением социальной защиты населения по Алтайскому краю были предъявлены иски о взыскании неосновательно полученных ими сумм в виде выплат социального характера в связи с изменением ими места жительства (переезд в Московскую область) на общую сумму 240 тыс. руб., которая включала и ежемесячные денежные выплаты, и выплаты, обусловленные расходными обязательствами соответствующего субъекта РФ, в частности компенсации услуг ЖКХ. Решением Одинцовского городского суда Московской области от 02.08.2023 по делу № 2-350/2023 истцу было отказано в исковых требованиях в полном объеме. Аналогичные дела рассматривались в судах Иркутска, Новосибирска, Московской области и других субъектов РФ. См.: Определение КС РФ от 21.11.2022 № 3043-О, от 21.07.2022 № 2022-О и от 27.01.2022 № 137-О // СПС «Консультант-Плюс».

¹¹ См.: *Прозванченков А.В., Шахбазов Р.А.* Становление института злоупотребления правом в России и современных правовых системах // *Ленинградский юридический журнал*. 2017. № 1. С. 86; *Congost R., Gelman J., Santos R.* Property Rights in Land: Issues in social, economic and global history. Routledge, 2019. P. 180; *Дюги Л.* Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. М., 1909. С. 20–22.

⁷ См.: решение Одинцовского городского суда Московской области от 02.08.2023 по гражданскому делу № 02-7855/2023.

⁸ Суду следует также учесть разъяснения, содержащиеся в п. 11 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 25.11.2020) о том, что излишне выплаченные в качестве мер социальной поддержки денежные средства в силу положений п. 1 ст. 1102 и подп. 3 ст. 1109 ГК РФ должны быть возвращены получателем только в случае установления недобросовестности с его стороны или счетной ошибки. Бремя доказывания недобросовестности со стороны получателя денежных средств возлагается на истца, требующего их возврата.

что должностные регламенты органов социальной защиты возлагают на их сотрудников ответственность за назначение, расчет, приостановление и возобновление предоставления соответствующих выплат с соблюдением установленных законом сроков¹².

Системное толкование норм ГК РФ об исковой давности, порядке ее применения, позволяет признать, что начало течения срока исковой давности должно совпадать с моментом возникновения у органа социальной защиты населения права на иск и возможности реализовать его в судебном порядке. В соответствии со ст. 195, 196, 200 ГК РФ общий срок исковой давности составляет три года, исчисляемый со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права.

Применение указанных норм на практике предполагает не только точное определение начала течения срока исковой давности, когда началось нарушение соответствующих норм ветераном труда, но и установление обстоятельства, не пропущен ли срок исковой давности. Если он пропущен, это является самостоятельным основанием для суда в отказе исковых требований (абз. 2 п. 2 ст. 199 ГК РФ, п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 43¹³).

Выводы

В области социальной защиты граждан, в том числе тех, которые имеют статус ветерана труда, законодательство о ветеранах определяет полномочия не только Федерации, но и регионов. Меры социальной

поддержки таких граждан определены на федеральном уровне и распространяются на всех ветеранов труда независимо от места их проживания, но их финансовое обеспечение относится к расходным обязательствам соответствующего субъекта Федерации. Представляется справедливым, во-первых, определить, что предусмотренные в отношении ветеранов труда социальные выплаты, такие как компенсация за проезд, компенсационные выплаты услуг ЖКХ, реализуются по месту фактического проживания ветерана в зависимости от уровня жизни в регионе, а во-вторых, установить такую меру, как ежемесячная денежная выплата, в отношении каждого ветерана труда, являющегося гражданином РФ без учета территориального принципа. Для этого предлагается переложить с регионов на Федерацию обязанность осуществлять ежемесячные денежные выплаты ветеранам труда. Такое решение, на мой взгляд, позволит дифференцировать меры социальной поддержки ветеранов труда согласно их назначению. 📄

Features of Protecting the Rights of Labour Veterans When Assigning Them Some Social Payments

The article examines theoretical and practical problems that arise from the incorrect application of legislation on veterans, incorrect interpretation of the rules defining measures of social support for citizens who have a special legal status — Labour Veteran. As a result of law enforcement, the grounds and procedure for assigning appropriate payments to a labour veteran, depend not on the status of such a citizen, but on the territorial principle which determines support measures at the citizen's place of residence, which leads to a violation of his legal rights. In practice, a clear manifestation of the loss of all social benefits intended for a labour veteran occurs if he changes his place of residence and the social protection body, referring to the legal norms on unjust enrichment, claims for the recovery of amounts paid to him as measures of social support. The author has proven that social support measures should apply to all veterans, regardless of their place of residence. This meets the requirements of the legislation on veterans and the essence of the state's social policy.

Keywords: state, social politics, social support measures, veteran of labour, protection of rights, unjust enrichment, proof, limitation of actions, public and private interests

¹² Информация о предоставлении мер социальной поддержки размещается в Единой государственной информационной системе социального обеспечения. Ответственность за своевременное внесение информации и ведение реестра лиц, имеющих право на получение мер социальной поддержки, возложена на организацию — поставщика услуг каждого региона. См.: ст. 6.8, ч. 9 ст. 6.12 Федерального закона от 17.07.1999 № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи».

¹³ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 29.09.2015 № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности».



INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Natalia V. Letova

Senior Research Fellow of Procedural Law Sector at the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences (e-mail: letovanv@mail.ru)

REFERENCES

- Bakaeva, O.Yu. and Pogodina, N.A. "On the relationship between private and public interests" [*O sootnoshenii chastnykh i publichnykh interesov*]. Journal of Russian Law [*Zhurnal rossiyskogo prava*]. 2011. No. 4. P. 36–47.
- Baranov, V.M. and Tolstik, V.A. "The phenomenon of publicity" [*Fenomen publichnosti*]. Journal of Russian Law [*Zhurnal rossiyskogo prava*]. 2008. No. 11. P. 154–159.
- Charyev, M.R. "Judicial power in the system of ensuring state security of the Russian Federation" [*Sudebnaya vlast' v sisteme obespecheniya gosudarstvennoy bezopasnosti Rossiyskoy Federatsii*]. Russian Judge [*Rossiyskiy sud'ya*]. 2006. No. 3.
- Congost, R., Gelman, J. and Santos, R. Property Rights in Land: Issues in social, economic and global history. Routledge, 2019.
- Dugi, L. Social law, individual law and transformation of the state [*Sotsial'noye pravo, individual'noye pravo i preobrazovaniye gosudarstva*]. Moscow, 1909.
- Dyukova, E.A. and Chepurnova, N.M. "Judicial control as a type of control activity of the state" [*Sudebnyy kontrol' kak vid kontrol'noy deyatelnosti gosudarstva*]. Russian Judge [*Rossiyskiy sud'ya*]. 2007. No. 10.
- Fomenko, E. "Civil proceedings in the system of types of legal proceedings" [*Grazhdanskoye sudoproizvodstvo v sisteme vidov sudoproizvodstva*]. Justice of the Peace [*Mirovoy sud'ya*]. 2009. No. 4.
- Kavelin, K.D. Selected works on civil law [*Izbrannyye proizvedeniya po grazhdanskomu pravu*]. Moscow, 2003.
- Kryazhkov, A.V. "Public interest: concept, types and protection" [*Publichnyy interes: ponyatiye, vidy i zashchita*]. State and law [*Gosudarstvo i pravo*]. 1999. No. 10.
- Lebedev, V.M. Formation and development of the judiciary in the Russian Federation [*Stanovleniye i razvitiye sudebnoy vlasti v Rossiyskoy Federatsii*]. Moscow, 2000.
- Nekrashevich, K.M. (ed.). Social civil law in its fundamental institutions: A collective monograph [*Sotsial'noye grazhdanskoye pravo v ego osnovopolagayushchikh institutakh: kollektivnaya monografiya*]. Moscow, 2022.
- Pokrovsky, I.A. Main problems of civil law [*Osnovnyye problemy grazhdanskogo prava*]. Moscow, 2001.
- Popondopulo, V.F. "Law of obligations: social foundations and concept" [*Obyazatel'stvennoye pravo: sotsial'nyye osnovaniya i ponyatiye*]. Problems of civil law and process: Collected scientific articles [*Problemy grazhdanskogo prava i protsesssa: sb. nauch. st.*]. Vol. 6. Grodno, 2021.
- Prozvanchenkov, A.V. and Shakhbazov, R.A. "Formation of the institution of abuse of law in Russia and modern legal systems" [*Stanovleniye instituta zloupotrebleniya pravom v Rossii i sovremennykh pravovykh sistemakh*]. Leningrad Law Journal [*Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*]. 2017. No. 1.
- Puzyreva, A.A. "Balance of private and public interests in social security law" [*Balans chastnykh i publichnykh interesov v prave sotsial'nogo obespecheniya*]. Bulletin of the Saratov State Law Academy [*Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy yuridicheskoy akademii*]. 2017. No. 5.
- Reshetnikova, I.V. "Theory of procedural risk" [*Teoriya protsessual'nogo riska*]. Statute [*Zakon*]. 2012. No. 6.
- Syrykh, V.M. Theory of state and law: A textbook [*Teoriya gosudarstva i prava: ucheb.*]. Moscow, 2001.
- Tikhomirov, Yu.A. Public law [*Publichnoye pravo*]. Moscow, 1995.
- Velichko, M.B. "Analysis of some examples of the application by courts of general jurisdiction of the principles of legality and trust of citizens and their associations to the law and state actions when resolving disputes about property consequences associated with decisions of public authorities" [*Analiz nekotorykh primerov primeneniya sudami obshchey yurisdiktsii printsipov zakonnosti i doveriya grazhdan i ikh ob'yedineniy k zakonu i deystviyam gosudarstva pri razreshenii sporov ob imushchestvennykh posledstviyakh, svyazannykh s resheniyami sub'yektov publichnoy vlasti*]. Herald of Civil Procedure [*Vestnik grazhdanskogo protsesssa*]. 2023. No. 2. P. 51–74.
- Vitushko, V.A. Legal foundations of the social market: A monograph [*Pravovyye osnovy sotsial'nogo rynka: monografiya*]. Minsk, 2017.
- Yudin, A.V. "Category 'risk' in civil proceedings" [*Kategoriya "risk" v grazhdanskom sudoproizvodstve*]. Herald of Civil Procedure [*Vestnik grazhdanskogo protsesssa*]. 2014. No. 5.



**ПАВЕЛ АЛЕКСАНДРОВИЧ
КУРЫНДИН**

ассистент кафедры
административного
и финансового
права юридического
факультета СПбГУ,
кандидат юридических
наук

МОДЕЛИ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ИСПОЛНЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫХ АКТОВ

Административные органы, принимая решение по определенному вопросу, выносят соответствующий акт. Однако его исполнение в принудительном порядке бывает осложнено, когда невластный субъект не желает добровольно следовать требованиям даже под угрозой санкций. Российское законодательство по общему правилу не признает за административными актами силу исполнительного документа. По этой причине необходим поиск моделей и средств обеспечения исполнения административных актов в наиболее сжатые сроки и без существенных затрат. В континентальном праве существуют два подхода к этому вопросу. Первый — французский, который строится на том, что принудительное исполнение обеспечивается мерами ответственности. В случае отказа или уклонения частного лица от исполнения административному органу необходимо обратиться в суд для получения исполнительного документа и возбуждения в дальнейшем исполнительного производства. Второй — немецкий, признающий за административными актами непосредственную силу исполнительного документа, без вовлечения суда. Однако, как показывает французская судебная практика, и при первом подходе принудительное исполнение административного акта возможно без вовлечения в этот процесс судебной системы — при наличии срочных или исключительных обстоятельств (какие-либо бедствия или военные действия). Поэтому российской доктрине и практике можно обратить внимание на французский подход. Он позволит достичь законных целей без существенного усложнения процедур и поддерживать правопорядок.

Ключевые слова: административный акт, добровольное и принудительное исполнение, исключительность, срочность, административная процедура

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-178-185

Введение

Исполнение административных актов является одной из существенных проблем правовой действительности в России. Например, достаточно легко найти новости с такого рода выводами: «Из года в год статистика подтверждает актуальность проблемы исполнения наказания в виде наложения административного штрафа: большая часть налагаемых штрафов правонарушителями не уплачивается»¹. Этот вопрос рассматривается также в научной литературе² и не теряет своей актуальности. В Сводном докладе о государственном контроле (надзоре), муниципальном контроле в Российской Федерации за 2022 год отмечено, что с момента вступления в силу в середине 2021 года Закона о контроле и надзоре³ принято более семи тысяч судебных решений, причем часть из них посвящена оформлению и исполнению предписаний⁴. В докладе не выделено количество последних, однако отдельно указаны несколько знаковых дел, где административным органам было отказано в удовлетворении исковых требований о понуждении исполнения предписаний по причине отсутствия такого полномочия в законодательстве⁵.

Эта проблема связана с тем, что по общему правилу административные акты и, в частности, предписания не могут быть принудительно исполнены непосредственно административными органами, хотя инструментарий исполнения предписаний в Законе о контроле и надзоре существенным образом

изменился, став гибче и разнообразнее⁶. Вместе с этим среди видов исполнительных документов (ч. 1 ст. 12 Закона об исполнительном производстве⁷) только несколько относятся к административной сфере (например, акты об административных правонарушениях или налоговых органов о взыскании денежных средств). Соответственно, при исполнении требований о взыскании денежных средств в бюджет серьезных заминок не предвидится.

Существует еще другая проблема. Ее верно описал Арбитражный суд Северо-Кавказского округа в постановлении по делу № А32-9382/2021, упомянутом в Сводном докладе: «...суд [первой инстанции] обоснованно указал, что администрация как орган муниципального контроля не только обязана выдавать предписания лицам, нарушающим соответствующие нормы законодательства, но и принимать меры по контролю за исполнением выданных предписаний, в том числе привлекать нарушителей к ответственности. Арбитражный суд не может подменять собой орган муниципального контроля и выполнять его функции по принуждению предпринимателя к исполнению выданного ему таким органом предписания. [...] Невыполнение предписания администрации может повлечь негативные для предпринимателя последствия в виде привлечения к административной ответственности по статье 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Именно такой механизм воздействия предусмотрел законодатель для обязанности лица, которому выдано предписание, исполнить акт органа муниципального контроля».

¹ См.: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/kolichestvo-administrativnykh-shtrafov-snizhaetsya-no-ikh-summa-rastet/> (дата обращения: 15.05.2024).

² Подробнее см.: Селезнев В.А. Исполнение отдельных видов административных наказаний // Журнал российского права. 2016. № 2. С. 93–104.

³ Федеральный закон от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации».

⁴ См.: <http://government.ru/news/48861/> (дата обращения: 15.05.2024).

⁵ См.: постановления АС Северо-Кавказского округа от 21.12.2021 № Ф08-13308/2021 по делу № А32-9382/2021 и АС Центрального округа от 23.11.2022 № Ф10-4967/2022 по делу № А14-20767/2021 (здесь и далее судебные акты цит. по СПС «КонсультантПлюс»). В судебной практике можно найти и иные схожие дела, см.: постановления Пятнадцатого ААС от 12.05.2022 № 15АП-6367/2022 по делу № А53-2262/2022; Пятого ААС от 15.02.2023 № 05АП-307/2023 по делу № А59-5504/2022.

Другими словами, правовых механизмов непосредственного исполнения на случай, если контролируемое лицо не исполняет предписание в добровольном порядке, несмотря на угрозу или применение административного штрафа, в действующем российском законодательстве, по существу, нет. Такая ситуация представляется абсурдной и необходимой к исправлению.

⁶ Васильева А.Ф. Исполнение предписаний контрольных (надзорных) органов в российском административном праве // Международный симпозиум по административному праву и административной юрисдикции 24–26 мая 2021 года: сб. докладов ISALAJ-2021 / под ред. Ю. Огурлу, К. Валиевой. Стамбул, 2021. С. 175.

⁷ Федеральный закон от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Если обратиться к зарубежным правовым порядкам, то можно найти следующие подходы.

В Германии такой проблемы нет, там признано, что административный акт обладает свойствами исполнительного документа⁸ и, соответственно, может быть принудительно исполнен без вовлечения в процедуру судебной системы и органов принудительного исполнения⁹. Самый очевидный пример — эвакуация автомобиля. Также можно рассмотреть случай, когда необходимо починить крышу жилого дома, а частное лицо не исполняет требование, — если речь идет о срочности, будет произведен ремонт и расходы будут взысканы с нерадивого владельца¹⁰. Другими словами, немецкое право разделяет ситуации, когда возможно принудительное исполнение только должником (уплата штрафа) и когда у взыскателя есть возможность поручить исполнение третьему лицу (эвакуация автомобиля)¹¹.

Во Франции система ближе к российской: административные акты не обладают свойствами исполнимости.

В российской судебной практике можно найти дела, где уже обсуждаются аналогичные вопросы. Так, в одном акте Арбитражного суда Западно-Сибирского округа отмечено¹²:

«В рассматриваемом случае администрацией выявлен факт нарушения требований статьи 19 Закона о рекламе¹³ при размещении наружной рекламы на фасаде здания [...] при этом характер данного нарушения не требовал принятия *незамедлительных мер по его пресечению* (курсив мой. — П.К.); в материалах дела не имеется доказательств, свидетельствующих о надлежательной организации и проведении муниципаль-

ного контроля; проверка в отношении общества не проводилась, в связи с чем оно было лишено возможности реализовать свои права на стадии вынесения обязательного для исполнения предписания о демонстрации рекламной конструкции, а также в указанный в нем срок».

Поэтому в настоящем исследовании будет рассмотрена французская модель принудительного исполнения административных актов как соответствующая российской традиции с тем, чтобы выявить ее отличительные черты и условия применения.

Особенности понятия «административный акт» во Франции

Опыт Франции заслуживает внимания, поскольку административное право сформировалось в судебной практике, в частности в решениях Государственного совета¹⁴.

Во Франции общие условия применения административных актов унифицированы в Кодексе о регулировании отношений населения и администрации¹⁵ (далее — Кодекс о регулировании отношений), принятом в конце 2015 года и вступившем в силу с начала 2016 года. Административные органы в силу своей природы имеют право принимать в одностороннем порядке меры, подлежащие прямому исполнению без предварительного обращения к административному судье¹⁶. В этом проявляется, как ее называют во французском праве, привилегия администрации в принятии решения, подлежащего исполнению¹⁷. По мнению Государственного совета, она образует

⁸ Пуделька Й. Средства принуждения в исполнительном производстве (на примере административного права Германии) // Журнал административного судопроизводства. 2019. № 2. С. 32.

⁹ Васильева А.Ф. Административные процедуры исполнения индивидуальных правовых актов государственного управления // Актуальные вопросы публичного права. 2015. № 4. С. 5.

¹⁰ Пуделька Й. Указ. соч. С. 33.

¹¹ Подейко В.А. Исполнительное производство Германии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2020. С. 20 и далее.

¹² Постановление АС Западно-Сибирского округа от 07.12.2022 № Ф04-6012/2022 по делу № А75-906/2022.

¹³ В судебном акте речь идет о Федеральном законе от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

¹⁴ Подробнее см.: *Vedel G.* Le droit administratif peut-il demeurer indéfiniment jurisprudentiel? // Etudes et documents du Conseil d'État, 1979–1980. 1980. № 31. P. 31–46.

¹⁵ Code des relations entre le public et l'administration (CRPA). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEX-T000031366350?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF (дата обращения: 15.05.2024). Здесь и далее перевод с франц. яз. мой. — П.К.

¹⁶ Conseil d'Etat, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007633850> (дата обращения: 15.05.2024).

¹⁷ *Chapus R.* Droit administratif général // Montchrestien. 2001. Т. 1; *Kada N., Mathieu M.* Puissance publique // Dictionnaire d'administration publique / éd. N. Kada. Grenoble, 2014. P. 404–405.



«фундаментальную основу публичного права»¹⁸. В то же время это свойство власти административных органов имеет чисто формальный характер или признак, т.е. не позволяет, за исключением ряда нижеприведенных случаев, непосредственно или самостоятельно исполнять принятые решения. Например, должностное лицо органа не может лично пойти и опечатать помещения частного лица.

Для того чтобы административный акт стал обязательным, он в первую очередь должен стать доступным для третьих лиц. С этой целью Кодекс о регулировании отношений содержит специальные правила вступления принятых решений в силу (раздел II «Вступление в силу административных актов»). Подробное регулирование, очевидно, связано с особенностями понятия «административный акт», которое включает в себя и нормативно-правовые административные акты, и индивидуальные¹⁹. Коль скоро законодатель всегда подробно регулировал вопросы вступления в силу нормативных актов, то к индивидуальным административным актам также применены соответствующие правила²⁰.

В обобщенном виде все административные акты подлежат опубликованию или уведомлению (обнародованию), поскольку именно с этого момента они могут влечь юридические последствия и подлежат судебному обжалованию.

Индивидуальные административные акты, если они касаются прямо или косвенно прав третьих лиц, как,

например, разрешение на строительство²¹ или схема организации дорожного движения²², могут доводиться до сведения адресатов или обнародоваться через размещение на официальном сайте, информационном стенде и т.п.

Кроме того, следует упомянуть теорию полученных или приобретенных знаний, применяемую французской практикой. Она заключается в следующем. Когда из обстоятельств дела можно установить, что если заявитель знал о существовании административного акта, против которого он подал жалобу, он не может игнорировать его несмотря на отсутствие необходимого уведомления или иного официального обнародования²³.

Так, Государственный совет отметил в одном из дел²⁴, что при размещении световой рекламной конструкции на крыше здания третье лицо может и не знать о выданном разрешении. Однако в силу факта размещения оно должно отсчитывать начало срока на судебное обжалование именно с момента установки²⁵.

Определившись с особенностями административных актов и с порядком их вступления в силу, следует остановиться на мерах, которые обеспечивают их исполнение.

¹⁸ Conseil d'Etat, Assemblée, du 2 juillet 1982, 25288 25323. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007677051/> (дата обращения: 15.05.2024).

¹⁹ При этом отметим, что в Кодексе о регулировании отношений закреплен новый тип административных актов, которые так и называются: ни нормативные, ни индивидуальные (ст. L221-7). Они в зависимости от обстоятельств проявляют соответствующие свойства (например, протокол конкурса, предусматривающий, что когда выбывает победитель, то таковым становится второй претендент, или решение об изъятии недвижимости при смене собственника).

²⁰ Индивидуальные административные акты по общему правилу становятся обязательными с момента уведомления частного лица в силу ст. L221-8 Кодекса о регулировании отношений, а к ни нормативным, ни индивидуальным актам в силу ст. L221-7 применяются те же самые правила об опубликовании в Официальном бюллетене Французской Республики, что и для нормативных (см.: ст. L221-2 и L221-3).

²¹ URL: <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%-2FOASIS%2F001587> (дата обращения: 15.05.2024).

²² Статья R.411-25 Дорожного кодекса требует не только опубликования нормативных положений, но и фактического размещения на дороге (см.: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006074228/2021-07-29 (дата обращения: 15.05.2024)).

²³ Подробнее см.: *Molinero L.* La «théorie» de la connaissance acquise en droit administratif français // *Revue Juridique de l'Ouest*. 1990. № 3. P. 303–357.

²⁴ Conseil d'Etat, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 11 avril 2008, № 307085, Société Défi France. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000018624336> (дата обращения: 15.05.2024).

²⁵ Впервые этот подход был применен в деле, где господин Ж. Мартен, генеральный советник Луары-и-Шер, обжаловал решение Генерального совета. Ж. Мартен полагал, что префект нарушил правила представления отчетов о работе. Однако по существу таких нарушений не было: нормативные акты позволяют сдать отчет во время сессии представительного органа, и к тому же Ж. Мартен принимал участие в заседании, соответственно, отчет о работе принят. Поэтому итоговое решение о принятии отчета префекта не может быть отменено. См.: Conseil d'Etat, 4 août 1905, Martin, № 14220. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634199/> (дата обращения: 15.05.2024).

Меры уголовной и административной ответственности

Для обеспечения обязанности частных лиц исполнить предписание, содержащееся в административном акте, к ним могут быть применены уголовные и административные санкции.

Во-первых, законодательством предусмотрена возможность привлечения к уголовной ответственности²⁶. Вместе с тем существует ряд ограничений: Уголовный кодекс²⁷ распространяется на прямо указанные в нем случаи, и размер штрафа в 38 евро не может рассматриваться как достаточная санкция (см. ст. 131-13 и 610-5)²⁸. Кроме того, сама процедура привлечения к уголовной ответственности достаточно громоздкая и затратная, так как происходит судебное разбирательство. Поэтому на практике все чаще прибегают к мерам административной ответственности²⁹, хотя изначально теория и практика относились к возможности применения мер ответственности административными органами скептически, поскольку в ст. 16 Декларации прав человека и гражданина 1789 года, входящей в так называемый конституционный блок³⁰, указано: «Общество, где не

обеспечена гарантия прав и нет разделения властей, не имеет Конституции». Из этого делался вывод о невозможности применения санкций со стороны административных органов, потому что они уже имеют полномочия по нормативному регулированию и контролю и давать им еще и юрисдикционную функцию представлялось излишним³¹. Однако в 1989 году Конституционный совет постановил, что «ни один принцип или конституционная ценность не мешает административному органу, осуществляющему предоставленные публичные полномочия, применять санкции»³². С этого момента дискуссия о правомерности применения мер ответственности административными органами прекращена.

Административные санкции могут иметь различный вид и характер, среди них можно выделить штрафы в бюджетной, налоговой или таможенных сферах, возмещение затрат на устранение ущерба окружающей среде, лишение льгот, согласований или разрешений, запреты на занятие профессией и т.д. Государственный совет еще в 1995 году подсчитал, что нормативными актами предусмотрено порядка 500 норм, предусматривающих административные наказания³³.

Наложение административных санкций имеет ряд преимуществ, которые, естественно, заключаются в скорости процедуры их применения³⁴. Иными словами, административный орган налагает соответствующие санкции. Государственный совет в так называемом деле Дидье³⁵ признал, что определен-

²⁶ Во Франции, как и во многих зарубежных государствах, отсутствует институт административной ответственности, характерный для России. Вместе с тем проступки, к которым относится неисполнение административного акта, по своим свойствам и последствиям схожи с правонарушениями, за которые в России привлекаются к административной ответственности (см.: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1157> (дата обращения: 15.05.2024)). Поэтому далее термин «административная ответственность» будет использоваться в более широком смысле, чем в российском понимании.

²⁷ Code pénal. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF (дата обращения: 15.05.2024).

²⁸ См.: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/08/13/droit-administratif-francais-partie-4-chapitre-1-section-3-xx/> (дата обращения: 15.05.2024).

²⁹ См.: https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/sanctions_administratives_etude-fr.pdf (дата обращения: 15.05.2024). При этом, как указывает Государственный совет, административная ответственность наступает за конкретное неисполнение какой-либо обязанности, а не за нарушение публичного порядка в той или иной сфере, в целях дальнейшей превенции (см.: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-sanctions-administratives> (дата обращения: 15.05.2024)).

³⁰ Это понятие впервые выведено в решении Конституционного совета (Décision № 71-44 DC du 16 juillet 1971. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

[decision/1971/7144DC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm) (дата обращения: 15.05.2024)) и сейчас включает в себя, помимо указанной Декларации, Конституцию 1958 года, преамбулу к Конституции 1946 года и Хартию окружающей среды 2004 года, т.е. французский Основной закон не сводится к одному документу, озаглавленному как «конституция».

³¹ См.: https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/sanctions_administratives_etude-fr.pdf (дата обращения: 15.05.2024).

³² Décision № 88-248 DC du 17 janvier 1989. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1989/88248DC.htm> (дата обращения: 15.05.2024).

³³ Conseil d'Etat. Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions. La documentation française. 1995.

³⁴ См. также: https://lanormejuridique.wikia.org/wiki/Pr%C3%A9voir_des_sanctions_administratives_ou_p%C3%A9nales (дата обращения: 15.05.2024).

³⁵ Conseil d'Etat, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier, requête numéro 207434. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007998657/> (дата обращения: 15.05.2024).



ные административные органы (в этом случае Совет по финансовым рынкам)³⁶, учитывая их характер, состав и полномочия, подпадают под действие п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод постольку, поскольку речь идет об «уголовных обвинениях». Таким образом, наложение административных санкций регулируется правилами справедливого судебного разбирательства, что влечет за собой ряд последствий: беспристрастность процедуры, соблюдение состязательности, а также обязательное наличие судебного контроля.

Принятие во внимание требований, вытекающих из ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, не означает, что административные органы должны построить процедуру, схожую с судебной. Речь идет только об отдельных и основных гарантиях, как, например, обязательное уведомление о начале производства, возможность ознакомиться с позицией и представить возражения и т.д.³⁷, — словом, о тех гарантиях, которые не утяжеляют значительным образом административную процедуру, но позволяют повлиять на итоговое решение по делу.

Принудительное исполнение административных актов

По общему правилу административные органы не имеют права самостоятельно обеспечивать выполнение своих актов через непосредственное принуждение. Иначе говоря, для принудительного исполнения административного акта орган, принявший его, обязан обратиться в административный суд³⁸.

³⁶ О судебной практике Государственного совета по вопросу применения указанной статьи Банковской комиссией, Дисциплинарным советом по управлению финансами, Комиссией по привлечению к ответственности Органа управления финансовыми рынками, Управлением международной миграцией см.: <https://www.conseil-etat.fr/resources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-sanctions-administratives> (дата обращения: 15.05.2024).

³⁷ См.: https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/sanctions_administratives_etude-fr.pdf (дата обращения: 15.05.2024).

³⁸ О возможности и перспективах обеспечить исполнение административного акта в рамках уголовного и гражданско-процессуального законодательства более подробно см.: *Gros M.*

Вместе с тем во французской теории и практике выделяют три исключения в части непосредственного исполнения административных актов принятыми их органами:

во-первых, если закон непосредственно возлагает такую обязанность на административный орган. Например, ст. L.325-1 и следующие Дорожного кодекса позволяют эвакуировать машину, если ее размещение представляет опасность или водитель злоупотребил правами³⁹;

во-вторых, если отсутствует возможность привлечь частное лицо к той или иной ответственности. Еще в 1902 году Трибунал по конфликтам⁴⁰ рассмотрел дело⁴¹, на основании которого за административными органами признано право самостоятельно исполнять свои решения в указанных случаях. По обстоятельствам дела префект распорядился закрыть и опечатать помещения, где размещалась незарегистрированная религиозная община. Высшая судебная инстанция посчитала, что это была исключительная возможность пресечь нарушение, которая соответствует законным целям;

в-третьих, если наличествуют особые обстоятельства (срочность или исключительность) для непосредственного принудительного исполнения. Их наличие оценивается судебными инстанциями⁴².

Ultime recours contre l'inexécution d'un acte administratif: le référé judiciaire? URL: <http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/publications/nos-articles/ultime-recours-contre-linexecution-dun-acte-administratif-le-refere> (дата обращения: 15.05.2024).

³⁹ Также в качестве наглядного примера можно привести предыдущую редакцию Экологического кодекса, (Code de l'environnement. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006834255/2000-09-21 (дата обращения: 15.05.2024)), которая действовала до июля 2013 года: префект имел право взыскать за счет владельца животных расходы на устранение нарушенных условий или правил содержания животных (ст. L.514-1 и след.).

⁴⁰ Высшая судебная инстанция, разрешающая вопросы о подведомственности дел к той или иной ветви: к судам общей юрисдикции или к административным судам. См.: <https://pravo.ru/interpravo/practice/view/84277/> (дата обращения: 15.05.2024).

⁴¹ Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just c. Préfet du Rhône, requête numéro 00543. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007607585/> (дата обращения: 15.05.2024).

⁴² Tribunal des conflits, du 8 avril 1935, 00822. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007605888/> (дата обращения: 15.05.2024).

Во время судебных слушаний по вышеуказанному делу комиссар правительства Ж. Ромье высказал мысль, что «когда горит дом, не нужно спрашивать судью, чтобы вызвать пожарных»⁴³. Поэтому административные органы вправе прибегнуть к непосредственному, т.е. физическому, исполнению изданного административного акта. Из этих соображений Трибунал по конфликтам в деле 1952 года⁴⁴ также признал правомерным принудительное перемещение (интернирование) и арест частного лица в период разбирательств (действия относятся к февралю 1945 года), указав, что эти действия не являются посягательством на личную свободу. Видимо, тут положительную роль сыграли обстоятельства с завершающейся Второй мировой войной.

Заключение

Рассмотренная проблема исполнения административных актов связана с пробелами в законодательном регулировании, а также с отсутствием доктринальных подходов. Нельзя не приветствовать то, что законодатель ввел в ст. 9 Закона об обязательных требованиях в Российской Федерации⁴⁵ понятие исполнимости обязательных требований. Безусловно, оно связано с порядком разработки и принятия нормативного акта, но, по крайней мере, уже на уровне закона вводится в практическую плоскость. Поэтому нельзя сказать, что российское законодательство остановилось на регулировании принятия административного акта. Однако практика упускает из виду то, что административному органу или заинтересованному невластному субъекту важен не только документ, но и достигнутый правовой результат. Иными словами, принятие административного акта еще не означает, что заложенная в нем цель принятия будет достигнута. Поэтому расширение научного знания за счет опыта зарубежных государств, сумевших решить подобные проблемы, мо-

жет оказать положительное влияние на российскую административную практику, тем более в отдельных судебных актах допускается возможность вынести административный акт в срочных или исключительных случаях.

С принятием Закона о контроле и надзоре российское законодательство также продвинулось вперед в сфере порядка исполнения предписаний административных органов, хотя она имеет существенные ограничения. Они связаны прежде всего со случаями, когда невластный субъект не желает исполнять принятое в отношении его решение даже с учетом мер административной ответственности.

В связи с этим административный орган не может обратиться за принудительным исполнением в суд, поскольку, во-первых, он может быть не уполномочен на то законом, а во-вторых, фактические обстоятельства будут свидетельствовать о невозможности принятия судебного акта ввиду нарушения принципа разделения властей: в этом случае, по мнению судебных инстанций, произойдет подмена административного органа судом. Получается типовая ситуация с точки зрения достижения законных целей, обеспечения правопорядка.

Французская модель исполнения схожа с российской в части отсутствия у административных актов исполнительного характера. Однако французская судебная административная практика расширила пределы действия административных органов, позволив им непосредственно исполнять принятые ими решения. Эта возможность обосновывается срочностью или исключительностью обстоятельств, в которых административным органом принимается акт.

Эта идея вполне может быть воспринята российской практикой, ведь отдельным административным актам в России уже придано свойство исполнительного документа. Кроме того, например, правовой механизм эвакуации транспортных средств схож с континентальными подходами, хотя стоит оговориться, что в нашей правовой традиции это решение относится к мерам административного принуждения, а не к итоговому административному акту.■

⁴³ *Milhat C.* Entre contraintes et interdits: l'administration et l'exécution de ses actes // *Droit et Cultures*. 2009. № 57. P. 93–118. URL: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1261> (дата обращения: 15.05.2024).

⁴⁴ Tribunal des conflits, 27 mars 1952, Dame de la Murette, numéro 01339. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/SETATEXT000007604216/> (дата обращения: 15.05.2024).

⁴⁵ Федеральный закон от 31.07.2020 № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации».



Models of Forced Execution of Administrative Acts

Administrative bodies, when making a decision on a certain issue, adopt an administrative act. However, its enforcement may encounter problems when an individual is unwilling to voluntarily comply with its requirements, even under the threat of sanctions. As a general rule, Russian legislation does not recognise administrative act as an executive document *per se*. Hence, the purpose of the study is the search for models and means of ensuring the execution of administrative acts in the shortest possible time without significant costs. In continental law, there are two approaches to determining the rules to enforce administrative acts execution. The first is the French approach. It is based on the fact that enforcement is ensured by measures of responsibility. In case of refusal or evasion by a person, the administrative body must go to court to obtain an executive document and subsequently initiate enforcement proceedings. The German approach recognises administrative acts as the force power for an executive document. Under these conditions, the administrative body can avoid the judicial stage. However, as French judicial practice shows, compulsory execution of an administrative act is possible without involving the judicial system in this process. These are cases of urgent or exceptional circumstances (any disaster or military action). Therefore, Russian doctrine and practice can pay attention to the French approach. This will ensure the achievement of legitimate goals without significantly complicating procedures and will maintain law and order.

Keywords: administrative act, voluntary and forced execution, exclusivity, urgency, administrative procedure

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Pavel A. Kuryndin

Assistant of the Department of Administrative and Financial Law of Faculty of Law at Saint Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: p.kuryndin@spbu.ru)

REFERENCES

- Chapus, R. Droit administratif général. Tome 1. Montchrestien, 2001. 1428 p.
- Kada, N. and Mathieu, M. "Puissance publique", in: Kada, N. (ed.). Dictionnaire d'administration publique. Grenoble, 2014.
- Milhat, C. "Entre contraintes et interdits: l'administration et l'exécution de ses actes". Droit et Cultures. 2009. No. 57. P. 93–118, available at: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1261> (accessed 15 May 2024).
- Molinero, L. "La 'théorie' de la connaissance acquise en droit administratif français". Revue Juridique de l'Ouest. 1990. No. 3. P. 303–357.
- Podeiko, V.A. Enforcement proceedings in Germany: A Candidate of juridical sciences thesis [*Isполnitel'noe proizvodstvo Germanii: dis. na soiskanie uchenoj stepeni kand. jurid. nauk*]. Moscow, 2020. 168 p.
- Pudelka, J. M"eans of coercion in enforcement proceedings (example of German administrative law)" [*Sredstva prinuzhdenija v ispolnitel'nom proizvodstve (na primere administrativnogo prava Germanii)*]. Journal of the administrative proceedings [*Zhurnal administrativnogo sudoproizvodstva*]. 2019. No. 2. P. 32–35.
- Seleznev, V.A. "Execution of Several Administrative Punishments" [*Ispolnenie otdel'nyh vidov administrativnyh nakazanij*]. Journal of Russian Law [*Zhurnal rossijskogo prava*]. 2016. No. 2. P. 93–104.
- Vasil'eva, A.F. "Administrative procedures for the execution of individual legal acts of public administration" [*Administrativnye procedury ispolnenija individual'nyh pravovyh aktov gosudarstvennogo upravlenija*]. The topical issues of public law [*Aktual'nye voprosy publicnogo prava*]. 2015. No. 4. P. 3–15.
- Vasil'eva, A.F. "Execution of the authorities' orders of control (supervisory) in Russian Administrative law" [*Ispolnenie predpisanij kontrol'nyh (nadzornyh) organov v rossijskom administrativnom prave*], in: Oğurlu, Y. and Valiyeva, K. (eds.). International symposium on administrative Law and administrative jurisdiction 24–26 may 2021 ISALAJ-2021: Proceedings. Istanbul, 2021. P. 167–181.
- Vedel, G. "Le droit administratif peut-il demeurer indéfiniment jurisprudentiel?" Etudes et documents du Conseil d'État, 1979–1980. No. 31. P. 31–46.



**АЛЕКСЕЙ
АЛЕКСАНДРОВИЧ
ВОЛОС**

научный сотрудник,
доцент департамента
частного права НИУ
«Высшая школа
экономики», кандидат
юридических наук

ПРИНЦИПЫ ДОГОВОРНОГО ПРАВА В СУДЕБНЫХ ДЕЛАХ, ОСЛОЖНЕННЫХ ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ КОНТРАГЕНТАМИ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ (ОПЫТ НИДЕРЛАНДОВ)*

Все чаще возникают судебные споры, которые не могут быть прямо разрешены действующим законодательством, поскольку оно не поспевает за развитием цифровых технологий. В такой ситуации полезно обратиться к иностранному опыту. Переложение новых зарубежных казусов на российскую действительность позволяет спрогнозировать развитие деловой практики и будущие решения для аналогичных проблем. Целью исследования является анализ решений судов Нидерландов, в которых принципы договорного права применены к спорам о цифровых продуктах. Сформулированы положения, которые суды Нидерландов выводят из принципов свободы договора и добросовестности, а также раскрываются механизмы защиты слабой стороны договора. На этой основе делаются выводы, которые, *mutatis mutandis*, могут быть применены и в России. Обоснован тезис о том, что в условиях цифровизации не происходит отказа от категорий договорного права, однако возникает необходимость в их специфическом толковании и наполнении с учетом всех обстоятельств дела.

Ключевые слова: принципы договорного права, Нидерланды, цифровое право, криптовалюта, смарт-контракты, судебная практика, договор, договорное право, свобода договора, добросовестность

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-186-195

Введение

Сегодня становятся все более популярными цивилистические исследования правовых аспектов цифровизации общества. Ученые изучают регулирование

* Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-78-01055. URL: <https://rscf.ru/project/23-78-01055/> (дата обращения: 13.05.2024).

гражданского оборота цифровых активов, правовой режим искусственного интеллекта, трансформацию отдельных институтов частного права в современных обстоятельствах. Вместе с тем не хватает исследований, посвященных отдельным практическим вопросам, которые могут возникнуть у судов и других правоприменителей. В ситуации, когда гражданское законодательство не дает однозначного ответа, например, относительно раздела криптовалюты в качестве совместно нажитого супругами имущества (такие дела начинают появляться в России и за рубежом), очень полезными могут оказаться научно обоснованные рекомендации.

Для выполнения этой задачи небезынтесным является обращение к зарубежному опыту. Во-первых, в зарубежных судах уже рассмотрено довольно большое количество нетипичных споров, связанных с темой настоящей статьи. Переложение таких ситуаций на российскую действительность и отечественное право позволит спрогнозировать развитие как деловой практики, так и возможные решения. Во-вторых, интерес представляет не судебное решение само по себе, а его аргументация, которая не всегда является однозначной и бесспорной, но при необходимости может быть уточнена в целях ее использования в нашей правовой системе.

Не стоит забывать, что активное использование современных цифровых технологий постепенно снижает роль национального регулирования. Нередко, к примеру, встречается мысль о том, что токенизация экономики оказывает разрушительное воздействие на принцип территориального действия законодательства¹. Мысль весьма спорная, но нельзя не признать, что средствами лишь одного государства сложно противодействовать нарушениям, совершаемым с использованием онлайн-ресурсов. Таким образом, перспективным, по крайней мере в части регулирования частноправовых отношений, является обобщение практики в данной сфере.

Исследования по заявленной теме в России немногочисленны. Есть несколько работ, посвященных практике судов англоязычных стран, к примеру по поводу заключения договора в цифровом пространстве². До-

статочно серьезные комментарии давались к судебным решениям, связанным с криптовалютой³. Однако научная работа в указанном направлении должна быть продолжена и не может ограничиваться лишь изучением опыта стран англосаксонской правовой семьи.

Среди государств, практика которых представляет первостепенный интерес, — Нидерланды. Во-первых, Нидерланды являются одной из самых передовых с точки зрения развития цифровизации стран мира. Согласно мнению Европейской комиссии, на 2022 год они занимали третье место среди стран Европейского союза по уровню развития цифровой экономики и общества⁴, а по уровню цифровой грамотности населения лидируют в ЕС⁵.

Во-вторых, важен исторический момент. Гражданское право России традиционно в своем развитии близко к странам континентальной правовой семьи. При этом цивилистика Нидерландов основана на классическом римском праве. Нидерланды — страна, готовая к новшествам, но, как показывает история, внимающая традиционным классическим институтам частного права⁶. В развитии права важна именно такая возможность поступательного совершенствования законодательства и практики с учетом традиций и опыта.

В-третьих, в Нидерландах при реализации государственных программ хорошо понимают роль права и законодательства. В частности, в Стратегии по развитию цифровизации указано, что в ее рамках следует, среди прочего, оценивать возможности и риски принятия решений на основе алгоритмов в контексте защиты и реализации общих общественных ценностей, в том числе с точки зрения юриспруденции⁷.

виях цифровизации общества (на примере судебной практики США) // Закон. 2023. № 7. С. 157–167.

³ Будылин С.Л. Дело о неизвестных злодеях, или Является ли криптовалюта имуществом? // Вестник экономического правосудия РФ. 2022. № 1. С. 63–82.

⁴ Netherlands ranked as EU's 3rd most digitalised country. URL: <https://www.iamsterdam.com/en/business/key-sectors-for-business/technology/netherlands-3rd-most-digitalised-country> (дата обращения: 13.05.2024).

⁵ Ibid.

⁶ Об этих и иных вопросах происхождения основных институтов договорного права Нидерландов см.: Lee R.W. An Introduction to Roman-Dutch Law. Oxford, 1915.

⁷ Dutch Digitisation Strategy 2.0. URL: <https://www.nederlanddigitaal.nl/binaries/nederlanddigitaal-nl/documenten/publicaties/2019/11/13/>

¹ См., напр.: Werner J. Die Tokenisierung der Wirtschaft aus rechtlicher Perspektive: Master Thesis. Munich, 2021. P. 62.

² См., напр.: Будылин С.Л. «Большой палец вверх» — акцент или оскорбление? Эмодзи, семиотика и право // Вестник экономического правосудия РФ. 2023. № 8. С. 68–97; Волос А.А. Принципы договорного права в современных усло-

Анализ документов, изданных правительством Нидерландов по теме цифровизации различных отношений, позволяет сделать вывод, что в стране пытаются найти разумный баланс интересов между законодательным регулированием и свободным развитием инноваций. Так, в одной из государственных программ отмечается, что «необходимы новые и скорректированные правила для обеспечения общественных интересов и ценностей». Вместе с тем нет цели, «чтобы законодательство или иные нормативные акты налагали ненужные ограничения на инновации»⁸. В связи с этим решения о новом регулировании принимаются не просто в течение долгого времени, а после специального научного исследования, которое проводится государством совместно с частным сектором, учреждениями, академическими кругами и другими заинтересованными сторонами⁹. Такой аккуратный и научно обоснованный подход к процедуре формирования законодательства следует только поддержать и воспринять.

В-четвертых, как будет показано далее, в Нидерландах возникают неординарные судебные споры. Обсуждение таких споров само по себе будет полезно российской теории и практике.

В качестве основной гипотезы настоящей статьи поставлен тезис о том, что толкование давно устоявшихся принципов договорного права позволяет обосновывать судебные решения и в таких делах, где спор осложнен использованием сторонами новейших цифровых технологий.

Осложнение в данном контексте понимается как ситуация, когда использование цифровых технологий приводит к невозможности найти в законодательстве ясный и прямой ответ на вопрос о том, как именно следует решить конкретное дело.

Целью исследования является формулирование научно обоснованных и имеющих практическое значение предложений о том, как на основании толкования принципов договорного права подготовить правильную аргументацию для разрешения спора между сторона-

ми, использующими цифровые технологии. Соответствующие выводы будут сделаны путем обращения к опыту Нидерландов, но отдельно будет обсуждена возможность их применения в России, в том числе с необходимой коррекцией на наши условия.

Основным предметом исследования будут законодательство Нидерландов, в частности Гражданский кодекс¹⁰ (ГК Нидерландов) и судебные решения, принятые в этой стране. Для более точного истолкования законодательства и понимания судебных актов автор настоящих строк будет обращаться также и к доктринальным источникам.

Принципы договорного права в Нидерландах

Принципам договорного права уделено большое внимание в учебной и научной литературе Нидерландов. Их перечень и содержание достаточно традиционны для стран континентальной правовой семьи. Одним из наиболее важных принципов договорного права является правило о том, что субъект должен исполнять обязанности и взятые на себя обязательства. В российской терминологии это положение можно назвать принципом надлежащего исполнения обязательств. В силу другого важного принципа не должна быть нарушена законная уверенность в поведении второго контрагента, особенно если эта уверенность основана на воле или поведении субъекта. С этим имманентно связан также принцип, согласно которому необходимо проявлять определенную осторожность, в частности учитывать законные интересы других лиц. Эти принципы отражены в таких ключевых понятиях, как «добросовестность», «разумность» и «справедливость»¹¹.

Добросовестность в учебниках по частному праву Нидерландов нередко описывается через то, что в отечественной юриспруденции называется субъективной добросовестностью. Разумность и справедливость представляются, скорее, как объективные факторы. Так, добросовестность означает прежде всего, что

english-version-of-the-dutch-digitalisation-strategy-2.0/Dutch+Digitisation+Strategy+2.0.pdf (дата обращения: 13.05.2024).

⁸ Digital Government Agenda. URL: <https://www.nldigitalgovernment.nl/wp-content/uploads/sites/11/2019/02/digital-government-agenda.pdf> (дата обращения: 13.05.2024).

⁹ Ibid.

¹⁰ Dutch Civil Code (Civil Code of the Netherlands). URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (дата обращения: 13.05.2024).

¹¹ *Privaatrecht als opdracht [Private Law]* / ed. by P.A.M. Croes. Nijmegen, 2021. P. 175.



лицо не знало и не должно было знать какие-либо факты или не имело оснований сомневаться в определенном положении дел. Из этого следует, что субъект, который хочет сослаться на тот факт, что ему что-то не было известно, имеет обязанность провести изучение такого факта. Вместе с тем разумность и справедливость связаны с социальными нормами поведения. То, чего требуют разумность и справедливость в конкретном случае, зависит от всех соответствующих обстоятельств. Примером использования этих принципов является учет личных интересов контрагента, затронутых в конкретном деле. Социальная забота или порядочность также могут подразумеваться под разумностью и справедливостью, но только в определенных случаях, обусловленных особенностями взаимоотношений сторон¹².

Про принцип свободы договора в учебниках прямо написано мало, но он подразумевается, когда речь идет о заключении договора и свободе выражения воли. Также на необходимость обеспечения свободы договора нередко указывается в судебных решениях Нидерландов и многочисленных исследованиях¹³.

Развитие современных технологий в области договорного права, особенно смарт-контрактов, способствовало тому, что юристы стали обсуждать применимость действующего гражданского законодательства к вновь возникающим отношениям. В Нидерландах создаются отдельные юридические фирмы, которые предлагают комплекс услуг, предполагающих правовое обеспечение деятельности в области искусственного интеллекта, больших данных, алгоритмов машинного обучения¹⁴.

Имеется положительный опыт внедрения автоматически исполняемых контрактов в юридическую сферу. О перспективах использования смарт-контрактов ученые из Нидерландов (как, впрочем, и в России, и в других странах) пишут уже почти десять лет¹⁵. Правда, тут же ученые из Нидерландов отмечают, что на прак-

тике желание использовать технологии сталкивается с различными проблемами: ограниченный бюджет, сопротивление изменениям, плохая интеграция с другим программным обеспечением¹⁶. При этом делается вывод, что сейчас автоматизация договорных отношений по-прежнему носит довольно низкотехнологичный характер, в основном автоматизируются контракты небольшой сложности. По мере оцифровки процессов заключения контрактов в конечном итоге может стать реальным более совершенное использование технологий¹⁷. Как результат, при всей актуальности использования смарт-контрактов в Европе, в том числе Нидерландах, юристы рекомендуют применять их только с дополнительным дублированием на «естественном» языке¹⁸.

Показательно, что некоторое время назад в трудах авторов встречались утверждения по типу «компьютер „беспомощен“ к применению принципов договорного права»¹⁹. Сейчас же намечается более прагматичный подход: установление и толкование действующих норм права, которые могут быть применены к возникающим ситуациям.

К примеру, отмечают особенности применения ГК Нидерландов к отношениям, в которых стороны используют смарт-контракт. Последний создается в электронном виде, следовательно, к нему применяются специальные правила, указанные в ст. 6:227а ГК Нидерландов, а именно о том, что стороны электронного соглашения должны иметь возможность ознакомиться с ним²⁰. Важно, что использование смарт-контрактов нередко предполагает анонимность участников транзакции. Этот факт несколько противоречит одному из требований ст. 6:227а, согласно которому должна быть возможность установления личности контрагента

¹² Ibid. P. 182.

¹³ Geiregat S. Uitputting van het auteursrecht in een digitale omgeving. Een analyse van de beschikkingmogelijkheden van de eerste verkrijger van een auteursrechtelijk beschermd digitaal werk, in het bijzonder vanuit het oogpunt van de consument: PhD thesis. Gent, 2019.

¹⁴ См., напр.: AIRecht. URL: <https://airecht.nl/> (дата обращения: 13.05.2024).

¹⁵ Tjong Tjin Tai E. Smart contracts en het recht // NJB. 2017. № 92. P. 176–183.

¹⁶ Timmer I. Contract Automation: Experiences from Dutch Legal Practice // Corrales M., Fenwick M., Haapio M.H. Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain. Perspectives in Law, Business and Innovation. Springer, 2019. P. 147.

¹⁷ Ibid. P. 171.

¹⁸ Stazi A. Smart Contracts and Comparative Law. A Western Perspective. Springer, 2021. P. 120.

¹⁹ Durovic M., Janssen A. The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law // European Review of Private Law. 2018. Vol. 26. № 6. P. 753–771.

²⁰ Van Nunen Y. Blockchain technologie en het contractenrecht. URL: <https://legalmeta.nl/wp-content/uploads/2022/07/whitepaper-blockchain-technologie-en-het-contractenrecht.pdf> (дата обращения: 13.05.2024). P. 7.

с достаточной уверенностью. Правда, такой проблемы нет при использовании частного блокчейна, в котором участники предварительно должны быть определены и одобрены²¹.

Таким образом, определенные юридические решения по заявленной теме представлены, но тем не менее не могут охватить весь комплекс проблем, возникающих на практике. В любом случае суды вынуждены применять аналогию права, а вместе с тем толковать принципы гражданского права для решения конкретных дел, из-за того, что отношения в цифровом пространстве нередко оказываются прямо неурегулированными законодательством.

Исходя из сказанного, в рамках настоящей статьи обратим внимание на то, как суды применяют принципы свободы договора и добросовестности в качестве наиболее важных принципов договорного права, а также рассмотрим механизмы защиты слабой стороны договора.

Принцип свободы договора

Окружной суд Роттердама рассмотрел следующее дело²². Стороны заключили договор купли-продажи китайской антикварной фарфоровой чаши. Цена была указана следующим образом: «1 BTC (биткойн) (по состоянию на 3 мая 2021 года, это приблизительно € 48.000)». Покупатель перевел 1 биткойн на крипто-адрес продавца, после чего ему была доставлена сама чаша. Позже он заявил, что чаша не является подлинной, следовательно, им была допущена существенная ошибка при заключении договора. В связи с этим покупатель потребовал от продавца вернуть оплаченные биткойны с представленной стоимостью 48 тыс. евро на его криптосчет или заплатить 48 тыс. евро.

В суде было установлено, что доставленная чаша действительно не является антикварной. При этом продавец еще до продажи знал о наличии мнений отдельных специалистов, сомневавшихся в ее подлинности.

Таким образом, ошибка была подтверждена и договор признан недействительным. У суда возник другой принципиальный вопрос: следует возвращать один биткойн или 48 тыс. евро? Ситуация усложнялась тем, что стоимость самого биткойна к моменту судебного разбирательства стала существенно ниже, чем 48 тыс. евро. Суд сказал: ущерб, вызванный обесцениванием биткойнов, не связан с настоящим договором. Отсутствуют и основания для дополнительной компенсации. Рассуждения суда следует поддержать, так как на основании принципа свободы договора стороны вольны сами определять цену товара. На них лежит риск изменения стоимости встречного предоставления. В связи с этим суд обязал ответчика вернуть только 1 биткойн.

С точки зрения теории гражданского права следует поставить вопрос о возможности взыскания разницы курсов биткойна в качестве убытков, например в случае намеренного умолчания об особенностях продаваемого объекта. В данном деле этот аспект не был рассмотрен, но, скорее всего, это возможно — к примеру, по российскому праву на основании п. 4 ст. 179 Гражданского кодекса (ГК) РФ, если будет доказан факт обмана при заключении сделки.

Проблема определения стоимости криптовалют встала и в другом деле²³. В период брака муж и жена приобрели криптовалюту. Позже они расторгли брак и своим соглашением решили, что указанный актив остается жене, которая выплатит мужу половину его стоимости. Бывшая жена не заплатила бывшему мужу компенсацию вовремя, поэтому он обратился в суд, при этом потребовав выплатить ему денежные средства за криптовалюту по стоимости, определенной на момент фактического исполнения. Женщина в суде заявила, что готова заплатить по стоимости, рассчитанной на момент заключения договора.

В данном случае встал вопрос правильного толкования условий соглашения. Стороны согласились, что с момента прекращения брака у женщины остаются криптокошельки: они зарегистрированы на ее имя, она имеет возможность совершать соответствующие операции. Мужчина с момента заключения договора имеет

²¹ Van Nunen Y. Op. cit. P. 8.

²² Решение Окружного суда Роттердама от 18.01.2023. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBRO T:2023:360&showbutton=true&keyword=bitcoin&idx=1> (дата обращения: 13.05.2024).

²³ Решение суда Северной Голландии от 28.07.2021. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBNH O:2021:6715&showbutton=true&keyword=cryptovaluta&idx=1> (дата обращения: 13.05.2024).



право требовать от бывшей жены только компенсацию в размере половины стоимости криптовалют. Соответственно, компенсация не должна рассчитываться на момент принятия решения.

В этом деле также важен аспект распределения рисков между сторонами договора. Бывший муж не обращался в установленный срок к бывшей жене с требованием исполнить обязательство по выплате определенной денежной суммы. Фактически такое требование было заявлено в суд уже после продолжительного времени, когда стоимость криптовалюты изменилась. В такой ситуации решение суда следует признать логичным и возложить риски на недобросовестного кредитора. В России аналогичное правило может вытекать из совокупности принципов свободы договора и добросовестности, а также правила о просрочке кредитора (ст. 406 ГК РФ).

Один интересный спор в сфере права интеллектуальной собственности может быть показательным для договорного права в плане правильного определения объекта гражданского правоотношения²⁴. Правообладатель товарного знака «BLOX» (истец) пытался запретить ответчику использовать товарный знак «*SocialBlox*». Суд признал, что указанные знаки являются сходными до степени смешения. Сложность состояла в вопросе о том, насколько похожими являются предлагаемые сторонами товары и услуги. Истец среди прочего оказывает банковские услуги, связанные с управлением биткоинами и криптовалютами. Основной деятельностью ответчика является разработка, производство и публикация программного обеспечения, управление платформой социальных сетей, работающей на технологии блокчейн. Ответчик, в том числе в рекламных целях, сообщает своим потенциальным клиентам, что, используя их социальные сети, можно зарабатывать на криптовалютах.

Суд посчитал, что деятельность сторон совершенно различна, а значит, нет оснований для удовлетворения иска. Ответчик не занимается деятельностью по продаже и покупке криптовалюты, а тот факт, что пользователи его платформ могут это делать, еще не означает,

что сферы деятельности истца и ответчика совпадают. Использование обеими сторонами технологии блокчейн также не является достаточно существенным применительно к данному делу.

Автору настоящих строк представляется, что современному потребителю выявленное судом Нидерландов различие может показаться неочевидным. В связи с этим российским судам для целей права интеллектуальной деятельности не следует однозначно разделять приведенные сферы деятельности. Необходима дополнительная совокупность обстоятельств (оценка рынка, мнений потенциальных клиентов и т.п.).

Однако для договорной практики может быть полезным такой вывод: в соглашении следует конкретно и четко указывать на характерные черты объектов. Для некоторых договоров, к примеру договоров коммерческой концессии (франчайзинга), правильное указание объектов и сферы их использования может иметь решающее значение.

Представим ситуацию, при которой обладатель товарного знака ведет деятельность, связанную с криптовалютой, и также разрабатывает программное обеспечение для социальных сетей и их приложений. В этом случае без описания сферы использования объекта могут быть судебные споры, связанные с правильным толкованием договора.

Принцип добросовестности

Традиционным элементом принципа добросовестности является предоставление контрагенту необходимой информации. Такое правило установлено и по законодательству Нидерландов, и по ГК РФ (п. 3 ст. 307 ГК РФ). В некоторых случаях нарушение подобной обязанности очевидно. Так, кипрская компания, предлагающая контракты на разницу цен в Нидерландах, по мнению суда, была виновна в недобросовестной коммерческой практике. Она вводила в заблуждение своей рекламой, из которой можно было понять, что компания торгует биткоинами, что не соответствовало действительности²⁵.

²⁴ Решение Суда Амстердама от 20.04.2023. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2023:2486&showbutton=true&keyword=bitcoin&idx=14> (дата обращения: 13.05.2024).

²⁵ Решение Суда Центральных Нидерландов от 24.11.2021. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:R>

Вместе с тем толкование категории «необходимая информация» в контексте реализации принципа добросовестности в договорных отношениях всегда вызывало вопросы, ведь понятно, что в гражданском обороте субъекты не обязаны раскрывать всю имеющуюся у них информацию. Более того, для предпринимателей нормальным считается умолчание о тех или иных фактах. Еще более сложным оказывается вопрос понимания обязанности по раскрытию информации в цифровой среде, где контрагенты по общему правилу не имеют возможности личного взаимодействия. Сделаем некоторые выводы на основании двух дел.

В частности, был спор по поводу того, выполнил ли банк свои обязанности перед клиентом, сообщив последнему, что прекратит договорные отношения, если тот не продаст все свои биткойны²⁶. Клиент в течение нескольких лет занимался майнингом криптовалюты, проводил сделки с биткойном, имея при этом несколько счетов в *Rabobank*. Последний, проведя внутреннее расследование, заявил, что клиент нарушает политику банка в отношении сделок с криптовалютой, поэтому должен в течение трех месяцев продать свои биткойны. В противном случае банковские отношения между *Rabobank* и клиентом будут прекращены. На запрос в банк, что именно было нарушено, был получен такой ответ: политика банка предназначена только для внутреннего использования, предоставить ее невозможно. Клиент все-таки продал свои биткойны, но после этого обратился в суд с требованием о взыскании с банка убытков.

Суд отметил, что на основании принципа свободы договора банки имеют право самостоятельно принимать решение о вступлении в договорные отношения с другой стороной. Вместе с тем судебной практикой было многократно подтверждено, что прекращение банком договора не является законным, если оно не соответствует стандартам разумности и справедливости.

Так, банк может изменить или ужесточить свою политику акцепта в целях минимизации экономических рисков или облегчения выполнения своих собственных

обязательств. В рассматриваемом деле оказалось, что позиция банка была обусловлена целью исполнения законодательства о противодействии легализации денежных средств. Однако в силу принципов договорного права, если банк прекращает существующие отношения или изменяет свою политику по поводу заключения договоров с клиентами, он также должен обратить внимание на конкретные обстоятельства каждого клиента. Необходимо соблюдать баланс между интересами банка и интересами клиента. В частности, следует учитывать, достаточно ли реалистичны указанные банком риски отмывания денег и финансирования терроризма, а также тот факт, как на эти риски может повлиять заинтересованность клиента в продолжении участия в платежной системе. В обсуждаемом деле клиент доказал суду, что источник средств легко определить, так как биткойны были приобретены за счет прибыли компании. Таким образом, объявление о возможном прекращении банковских отношений признано незаконным.

Следовательно, действия банка перед клиентом, даже если они имеют целью исполнение публично-правовых обязанностей, должны быть проверены на предмет соответствия обязанностям по учету прав контрагента. В России такое правило вполне выводится из принципа добросовестности. В частности, сам факт того, что субъект гражданского оборота вовлечен в деятельность по майнингу или обороту виртуальной валюты, не должен автоматически означать наличие рисков, связанных с участием такого физического или юридического лица в легализации денежных средств, полученных преступным путем.

Интересный аспект, в котором проявляется принцип добросовестности, можно проследить в еще одном деле²⁷. Истец стал жертвой мошенничества в сфере инвестиций. Он купил большое количество криптовалюты через торговую платформу ответчика, далее по инициативе третьего лица перевел их на криптокошелек, который ошибочно считал своим собственным. По мнению истца, виновным в случившемся является ответчик (оператор торговой платформы). Так, последний вел недобросовестную коммерческую практику, предлагал свои услуги в Нидерландах без обязательной

BMNE:2021:5725&showbutton=true&keyword=bitcoin%2Bverrag&idx=2 (дата обращения: 13.05.2024).

²⁶ Решение Апелляционного суда Арнем-Леувардена от 25.07.2023. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#/details?id=ECLI:NL:GHARL:2023:6292&showbutton=true&keyword=blockchain&idx=8> (дата обращения: 13.05.2024).

²⁷ Решение Суда Северной Голландии от 07.06.2023. URL: <https://jure.nl/ECLI:NL:RBNHO:2023:5305> (дата обращения: 13.05.2024).



регистрации, нарушал иные обязанности, вытекающие из публичного права.

Суд признал, что ответчик виновен в нарушении публично-правовых норм, он действительно вел бизнес на голландском рынке без необходимой регистрации. Однако сам факт этого нарушения не находится в причинно-следственной связи с тем, что истцу был причинен ущерб. Ответчик вел свои дела недостаточно прозрачно, не предоставил истцу всей необходимой информации. При этом истец сам руководствовался действиями и заверениями третьего лица, после чего и перевел криптовалюту на какой-то неизвестный криптокошелек. В суде не было доказано, что оператор платформы каким-либо образом повлиял на этот процесс. Таким образом, суд отказал в удовлетворении требований истца.

Как видим, действие принципа добросовестности не безгранично, не предполагает возложение на субъекта гражданского оборота дополнительных рисков, не находящихся в их компетенции. Только факт строгой причинно-следственной связи между нарушением обязанности действовать добросовестно и причиненными убытками может быть основанием для гражданско-правовой ответственности.

Защита слабой стороны договора

Суды Нидерландов уже давно признали необходимость защиты слабой стороны с таким обоснованием, что это следует из действия конституционно-правовых норм, а также фундаментальных прав человека²⁸. Нет причин изменить эту практику и сейчас. Правда, конкретные решения, в которых суд Нидерландов обосновывал бы защиту участников цифровых отношений необходимостью охраны прав слабого участника оборота, представить затруднительно. Вместе с тем, исходя из логики решений судов, а также комментариев юристов к ним, можно заключить, что такая охрана предоставляется. Так, очевидно, что существующие правила о несправедливых условиях в потребительских договорах

должны применяться к смарт-контрактам, действующим в отношении между бизнесом и потребителями²⁹. В принципе, подобное правило вытекает из различных директив Европейского союза, и с ними следует считаться правоприменителю.

Также правовые нормы должны предоставлять средства правовой защиты субъектам, использующим смарт-контракт, например, тогда, когда последний признан судом недействительным из-за мошенничества, подделки документов или отсутствия дееспособности.

Использование цифровых технологий не должно рассматриваться в качестве обстоятельства, ограничивающего действие принципов права. В противном случае их можно было бы самостоятельно обойти, полагаясь на то, что контракт исполняется благодаря его полностью автоматизированному и самоподдерживающемуся возможностям.

Таким образом, закон должен быть применим к смарт-контрактам. Для этого, кстати, имеются экономические аргументы, прежде всего необходимость предотвращения правового вакуума и стимулирование использования смарт-контрактов³⁰.

Последний вывод следует понимать широко: он актуален не только для смарт-контрактов, но и для иных технологий. Несмотря на использование цифровых средств и инструментов, стороны договора не могут быть лишены права на судебную защиту. Указанная точка зрения нередко оспаривается российской доктриной. Делается вывод о применимости к некоторым отношениям, например связанным с покупкой и продажей криптоактивов, правил об играх и пари, а следовательно, о том, что такие обязательства являются натуральными³¹. Частично подобный вывод поддержал и законодатель, установивший правило о том, что требования лиц, занимающихся деятельностью, связанной

²⁸ Cherednychenko O.O. Fundamental Rights and Contract Law // European Review of Contract Law. 2006. № 2 (4). P. 489–505. URL: <https://ssrn.com/abstract=1367592> (дата обращения: 13.05.2024).

²⁹ Verstappen J. Legal agreements on smart contract platforms in European systems of private law: formation, interpretation, vitiation, and consumer protection in English, French, German, Dutch, and European Union contract law: PhD thesis. Maas-tricht, 2023.

³⁰ Schulpen R.W.H.G. Smart contracts in the Netherlands. A legal research regarding the use of smart contracts within Dutch contract law and legal framework: Master Thesis. Tilburg, 2018. P. 33.

³¹ Суханов Е.А. О гражданско-правовой природе «цифрового имущества» // Вестник гражданского права. 2021. № 6. С. 21.

с обладанием цифровой валютой, подлежат судебной защите только при условии информирования ими о фактах обладания цифровой валютой и совершения гражданско-правовых сделок и (или) операций с ней в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о налогах и сборах³².

Оставляя за рамками настоящей статьи корректность формулировок отечественного законодательства, к примеру в части не вполне очевидного соотношения понятий «криптовалюта» и «цифровая валюта», отметим, что зарубежные правовые порядки, включая правовой порядок Нидерландов, не находят оснований для отказа в защите гражданских прав лишь на том основании, что стороны заключают сделки с использованием криптовалют.

Заключение

В целом поставленная в начале исследования гипотеза нашла свое подтверждение в основной части настоящей работы. Действительно, толкование принципов договорного права позволяет судам Нидерландов наиболее полно мотивировать судебные решения по делам, осложненным использованием цифровых технологий. Однако следует также признать, что к этому выводу необходимы дополнения. Как показали рассмотренные нами решения, сами по себе принципы договорного права недостаточны. Важным инструментом разрешения споров остаются аналогия закона и аналогия права. Также большая роль отводится интерпретации иных фундаментальных категорий договорного права: стороны договора и их идентификация, оферта и акцепт, воля и волеизъявление.

В условиях цифровизации не происходит отказа от перечисленных категорий, однако возникает необходимость в их специфическом толковании и наполнении с учетом всех обстоятельств дела.

К примеру, в делах о возможном обмане со стороны оператора цифровой платформы при заключении договора следует установить, насколько субъект, за-

ключающий договор онлайн, понимал последствия от своих действий, мог идентифицировать контрагента, последствия от нажатия тех или иных кнопок и пр. В данном направлении необходимы дальнейшие исследования.

Ключевым вопросом, определяющим правильное понимание сути судебного спора, остается соотношение частного и публичного. В рамках регулирования отношений, имеющих цифровой элемент, эта проблема не разрешена. Как видим, в Нидерландах презюмируется, что нарушение публично-правовых запретов само по себе не приводит к частноправовым последствиям для сторон гражданского договора.

В качестве важнейших выводов, которые можно сделать по итогам анализа приведенных выше судебных актов, предложим следующие:

— стороны вольны сами определять размер встречного предоставления по возмездному договору. Риски, связанные с изменением стоимости этого встречного предоставления, в силу принципа свободы договора должны оставаться на самих сторонах. В связи с этим, например, изменение курса криптовалюты всегда есть риск сторон, заключивших договор;

— в соглашении сторон рекомендуется конкретно и четко указывать на характерные черты объектов, существующих в цифровой среде, а также на сферу деятельности, если это релевантно договору (коммерческая концессия, передача исключительных прав и пр.);

— банки должны действовать добросовестно по отношению к клиентам, в том числе в вопросах раскрытия информации и обмена сведениями. Сам по себе факт формального исполнения банком публично-правовых требований не должен рассматриваться в качестве обоснования возможности нарушения гражданско-правовых обязанностей кредитной организации;

— действие принципа добросовестности не безгранично, не предполагает возложение на субъекта гражданского оборота дополнительных рисков, не находящихся в их компетенции. Только факт строгой причинно-следственной связи между нарушением обязанности действовать добросовестно и причиненными убытками может быть основанием для гражданско-правовой ответственности;

³² Статья 14 Федерального закона от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».



— зарубежные правовые порядки, включая правовой порядок Нидерландов, не находят оснований для отказа в защите гражданских прав лишь на том основании, что стороны заключают сделки с использованием криптовалют.

С определенной адаптацией указанные выводы и положения могут быть использованы и российской судебной практикой. 🌐

Principles of Contract Law in Litigation Cases Complicated by Counterparties' Use of Digital Technology (Dutch Experience)

Increasingly, there are legal disputes that cannot be directly resolved by the current legislation, as it has not kept pace with the development of digital technologies. In such a situation, it is useful to turn to foreign experience. Transposition of new foreign cases to the Russian reality allows predicting the development of business practice and future solutions for similar problems. The purpose of the study is to analyse the decisions of the courts of the Netherlands, in which the principles of contract law are applied to disputes about digital products. The provisions that Dutch courts derive from the principles of freedom of contract and good faith are formulated, and the mechanisms of protection of the weaker party to the contract are disclosed. On this basis, conclusions are drawn which, *mutatis mutandis*, can be applied in Russia. The thesis is substantiated that in the conditions of digitalisation the categories of contract law are not abandoned, but there is a need for their specific interpretation, taking into account all the circumstances of the case.

Keywords: *principles of contract law, Netherlands, digital law, cryptocurrency, smart contracts, judicial practice, contract, contract law, freedom of contract, good faith*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Aleksei A. Volos

Research Fellow, Associate Professor of Private Law of the Higher School at HSE University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: avolos@hse.ru)

REFERENCES

Budylin, S.L. “‘Thumbs Up’ — Acceptance or Insult? Emoji, Semiotics and Law” [*“Bol'shoj palec vverh” — aksept ili oskorblenie? Jemodzi, semiotika i pravo*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2023. No. 8. P. 68–97.

Budylin, S.L. “The case of the Unknown Villains, or is Cryptocurrency Property?” [*Delo o neizvestnyh zlodejah, ili javljaetsja li kriptovaljuta imushhestvom?*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2022. No. 1. P. 63–82.

Cherednychenko, O.O. “Fundamental Rights and Contract Law”. *European Review of Contract Law*. 2006. No. 2 (4). P. 489–505.

Croes, P.A.M. (ed.). *Privaatrecht als opdracht*. Nijmegen, 2021.

Durovic, M. and Janssen, A. “The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law”. *European Review of Private Law*. 2018. Vol. 26. No. 6. P. 753–771.

Geiregat, S. *Uitputting van het auteursrecht in een digitale omgeving. Een analyse van de beschikingsmogelijkheden van de eerste verkrijger van een auteursrechtelijk beschermd digitaal werk, in het bijzonder vanuit het oogpunt van de consument*: PhD thesis. Gent, 2019.

Lee, R.W. *An Introduction to Roman-Dutch Law*. Oxford, 1915.

Sukhanov, E.A. “On the Civil Legal Nature of ‘Digital Property’” [*O Grazhdansko-pravovoj prirode “cifrovogo imushhestva”*]. *Civil Law Review* [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2021. No. 21. P. 7–29.

Loos, M.B.M. “The (Proposed) Transposition of The Digital Content Directive In The Netherlands”. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*. 2021. No 12 (2). P. 229–240.

Schulpen, R.W.H.G. *Smart contracts in the Netherlands. A legal research regarding the use of smart contracts within Dutch contract law and legal framework*: Master Thesis. Tilburg, 2018.

Stazi, A. *Smart Contracts and Comparative Law. A Western Perspective*. Springer, 2021.

Timmer, I. “Contract Automation: Experiences from Dutch Legal Practice”, in: Corrales, M., Fenwick, M. and Haapio, M.H. (eds.). *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain. Perspectives in Law, Business and Innovation*. Springer, 2019. P. 147–171.

Tjong Tjin Tai E. “Smart contracts en het recht”. *NJB*. 2017. No. 92 (3). P. 176–183.

Verstappen, J. *Legal agreements on smart contract platforms in European systems of private law: formation, interpretation, vitiation, and consumer protection in English, French, German, Dutch, and European Union contract law*: PhD thesis. Maastricht, 2023.

Van Nunen, Y. *Blockchain technologie en het contractenrecht*, available at: <https://legalmeta.nl/wp-content/uploads/2022/07/whitepaper-Blockchain-technologie-en-het-contractenrecht.pdf> (accessed 13 May 2024).

Volos, A.A. “Principles on Contract Law in the Time of Digitalisation (on the Example of US Judicial Practice)” [*Principy dogovornogo prava v sovremennyh usloviyah cifrovizacii obshhestva (na primere sudebnoj praktiki SShA)*]. *Statute* [*Zakon*]. 2023. No. 7. P. 157–167.

Werner, J. *Die Tokenisierung der Wirtschaft aus rechtlicher Perspektive*: Master Thesis. Munich, 2021.



**АНТОН АЛЕКСАНДРОВИЧ
ИВАНОВ**

научный руководитель
факультета права
НИУ «Высшая
школа экономики»,
ординарный профессор,
кандидат юридических
наук

КОММЕНТАРИИ ПО ПОВОДУ КРУГЛОГО СТОЛА «БЛОКЧЕЙН В ПРАВЕ: МЕТОД, ФОРМА СДЕЛКИ ИЛИ ОТНОШЕНИЕ?»

26 января 2024 года на факультете права НИУ «Высшая школа экономики» прошел круглый стол, где обсуждались проблемы регулирования использования технологии блокчейн, правовая квалификация блокчейна как объекта, сделки и отношений, критерии достоверности реестра, специфика судебных споров, возникающих при использовании технологии. В настоящей статье представлен обзор этого мероприятия.

Ключевые слова: блокчейн, смарт-контракты, цифровой объект, распределенный реестр

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-6-196-199

Вместо введения

Последнее время вопросы цифровизации всех сильно возбуждают, но, как показывает опыт, люди, используя одни и те же термины, говорят о разном. Мы сейчас находимся на той стадии, когда надо договариваться о терминах, и только после этого думать о том, какое регулирование к этим терминам привязать. Отсюда выбор и темы, и выступающих. Слово «блокчейн» используется в самых разных значениях именно юристами, поскольку с точки зрения технологии больших разногласий о блокчейне нет. Разногласия возникают тогда, когда юристы пытаются соединить этот блокчейн с существующими правовыми категориями, чтобы решить, как он будет регулироваться. Иначе технология останется технологией, а право — правом, и они пойдут порознь.

Уже название круглого стола подчеркивает многозначность блокчейна. Как минимум есть отношения, сделки и объекты блокчейна. Как они соотносятся друг с другом — непонятно. Отношения по поводу объектов блокчейна — это отношения блокчейна? Если да, то как они соотносятся с частноправовыми и публично-правовыми отношениями? Начинать надо при любых обстоятельствах с технологии блокчейна, а потом думать, как ее привязать к правовому регулированию. Это точно можно сделать и через объект, и через правоотношение как единство права и обязанности. Но надо зафиксировать какие-то особенности, которые отличают блокчейн от самых обычных правоотношений, с которыми мы имеем дело.

Ключевой момент здесь будет в цифровых особенностях, поскольку с точки зрения метода и у права, и блокчейна есть общая цель — обеспечение уверенности в том, что требуемые правовые последствия возникнут. В данном случае автоматизма у права нет, поэтому оно вынуждено привлекать дополнительные гарантии с тем, чтобы люди были уверены в результате. Но всегда ли есть автоматизм у блокчейна? Точнее, какие требования нужно предъявлять к блокчейну, чтобы последствия гарантированно, без лишних усилий людей, наступали?

О технологии блокчейна

Я не слишком большой специалист в области технологии блокчейна, но всем нам придется ее понять в общих чертах, чтобы переложить на юридический язык. В буквальном смысле блокчейн — это заблокированная (зафиксированная) связь между определенными цифровыми объектами, которая обеспечивает их идентичность за счет многократного повторения записей о них на разных носителях (у разных субъектов). Чем больше носителей (субъектов), тем надежнее подтверждается принадлежность объектов (их достоверность). Логика здесь проста: в двух-трех местах информацию скорректировать легко, в 10–15 — сложнее, а в тысячах мест — почти невозможно. И если цифровой объект везде описан одинаково, то его принадлежности и характеристикам вполне можно доверять. С большой степенью вероятности именно этот объект и имелся в виду.

Разумеется, цифровой объект может иметь разные статические характеристики и представлять собой определенные процессы. Главное, чтобы эти характеристики (процессы) в записях, зафиксированных на разных носителях (у разных субъектов), совпадали. Если имеют место несовпадения, нужно учитывать их количество и долю. Предполагается, что несовпадения являются результатом технического сбоя или злонамеренного вмешательства. В обоих случаях малый процент несовпадений подтверждает достоверность цифрового объекта, о котором идет речь, большой же процент порочит его и делает недостоверным. В итоге применительно к блокчейну нам приходится учитывать несколько параметров: 1) количество имеющихся записей о цифровых объектах и их распределение; 2) надежность носителей (субъектов), где размещены эти записи (объекты); 3) количество и доля отличающихся друг от друга записей.

По мнению К. Клименко, эксперта в области блокчейна, выступившего на круглом столе, для подтверждения тождественности цифровых записей достаточно их совпадений в 15–20 источниках, являющихся доверенными источниками, или в 150–200 источниках, если неясно, являются ли они доверенными. Высокая доля несовпадений делает источники *a priori* не заслуживающими доверия.

Блокчейн и смарт-контракты

С докладом о соотношении блокчейна и смарт-контрактов на круглом столе выступил Р. Янковский. Он назвал себя криптоанархистом и призвал не вмешиваться в процессы самоисполнения различных обязанностей, которые фиксируются с помощью блокчейна. Это вызвало резкую критику со стороны М. Башкатова, который посчитал невозможным отказываться от вмешательства права даже в случае блокчейна. Эксцессы, по его мнению, могут быть всегда. На мой же взгляд, нужно поддерживать баланс между неизменностью результатов и их оспариванием, иначе самоисполнения обязательств достигнуть вообще не удастся и столь перспективная сфера, как смарт-контракты, будет разрушена многочисленными спорами. Логика достижения баланса должна быть такой.

Раз речь идет о распределенном реестре и тождественности информации у разных участников, то у соответствующих цифровых объектов должны быть индивидуализирующие их признаки. Иначе нельзя сделать вывод о том, что у разных лиц записан один и тот же цифровой объект. Проверка тождественности должна осуществляться в автоматическом режиме. Некий компьютерный бот «пробежал» по всем записям, оценил их тождество и процент дефектов. Если дефектов 50%, проверка тождественности будет считаться проваленной, а правовые последствия, значит, не наступившими (передача объекта не состоялась, долг не возник или не был погашен и т.п.). Но как быть, если дефектов всего 10%, — последствия наступают? Максимально допустимый процент дефектов должен, на мой взгляд, определить законодатель.

Одни записи в распределенном реестре придется опорочить, другие — подтвердить, хотя нет процедуры, в рамках которой можно сделать. Поскольку распределенные реестры существуют неформально, такая процедура может выглядеть как арбитраж *ad hoc*, который проводится на основании правил участия в том или ином сообществе (на платформе). В конце концов, разбирают же как-то конфликты между своими участниками социальные сети, а основанием для этого служит согласие с правилами той или иной сети при вступлении в нее. Справедливости ради нужно сказать, что любые индивидуальные процедуры по оспариванию должны начинаться при превышении максимального процента дефектов... Разумеется, предполагается и наличие государственного контроля за действием таких частных сообществ (платформ, сетей), хотя он сильно затруднен различной государственной принадлежностью их организаторов и участников.

Блокчейн и сообщество

По мнению выступившего на круглом столе А. Синицына, участников распределенного реестра на блокчейне можно охарактеризовать как сообщество, состоящее из лиц, у которых находятся записи об определенных цифровых объектах. Эти сообщества могут быть охарактеризованы как квазидоговор или квазиюрдическое лицо. Между участниками сообщества складываются правовые отношения, которые подлежат регулированию и могут быть как частно-, так и публично-правовыми. Например, блокчейн можно было бы

использовать для создания реестра произведений, на которые возникают интеллектуальные (исключительные) права, не регистрируемые в Роспатенте.

О принудительном исполнении

Как ни странно, дискуссия о цифровых объектах на блокчейне началась не с судебных споров об их существовании (или приобретении), а со споров о принудительном исполнении при обращении взыскания по обычным долгам или в процедуре банкротства. В орбиту нашего процесса эти объекты попали случайно. Подавляющее большинство лиц вообще не разглашают информацию о принадлежности им таких объектов.

Как стало понятно из доклада В. Попова, аспиранта ВШЭ, нет никакого формального механизма обращения взыскания на объекты в блокчейне. Когда становится известно о наличии криптокошелька, приставам и арбитражным управляющим непонятно, что с ним делать, особенно если неизвестен ключ (пароль) от него. Правда, суд может обязать обеспечить доступ к такому кошельку, установив за неисполнение астрент. Но и при наличии ключа неясно, как осуществить конверсию цифровых объектов в деньги и перевод их в Россию. Здесь без установления специального порядка Минюстом России не обойтись.

Нотариат и блокчейн

Существование в нотариате разных компьютерных реестров пока не предполагает использования технологии блокчейна, хотя она соответствует существу деятельности нотариата. По сути, последний представляет собой аналоговый блокчейн для гражданского оборота, который можно и нужно использовать лишь в ограниченном перечне случаев. Так что применение цифрового блокчейна нотариатом — лишь вопрос времени.

Подводя итоги, можно сделать следующие выводы:

1) блокчейн — не самостоятельное правоотношение, а особая цифровая форма (матрица), которая может накладываться на различные правоотношения в тех случаях, когда нужно добиться высокой степени определенности в принадлежности цифрового объекта



тому или иному лицу, не прилагая для этого значительных усилий;

2) при помощи блокчейна может фиксироваться принадлежность тому или иному лицу цифрового объекта, обладающего конкретными свойствами, которые должны быть определены законом. Такие свойства должны обеспечивать проверку тождественности информации об объекте, записи о котором хранятся у разных лиц;

3) законодательно должны быть установлены минимальное количество лиц, у которых имеются тождественные записи о цифровом объекте, и процент дефектных записей, при превышении которого принадлежность объекта конкретному лицу не может считаться подтвержденной;

4) должна быть установлена процедура рассмотрения споров о принадлежности цифрового объекта при неподтверждении его принадлежности определенному лицу.

Comments on the Roundtable Discussion ‘Blockchain in Law: Method, Transaction Form or Attitude?’

The article presents an overview of the roundtable “Blockchain in Law: Method, Transaction Form or Relationship?” held on 26 January 2024 at the Faculty of Law of the HSE University. The roundtable participants discussed how the use of blockchain technology is regulated, whether it should be legally qualified as an object, transaction and/or relationship, what are the criteria for the reliability of the register and the specifics of litigation regarding blockchain using cases.

Keywords: *blockchain, smart contracts, digital object, distributed register*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Anton A. Ivanov

HSE University, Tenured Professor, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: balfort@mail.ru)



Главная тема: **Антимонопольное право**

Среди авторов номера:

М.В. Музыка

Метод сопоставимых рынков: анализ текущих подходов правоприменительной практики

В статье описываются наиболее значимые закономерности применения антимонопольными органами метода сопоставимых рынков, текущие тенденции и проблемы регулирования.

А.Д. Шелкунов

К вопросу о совершенствовании налогового мониторинга

Автор статьи анализирует проблемы, возникающие на практике в ходе проведения налогового мониторинга.

Н.Н. Парыгина

Латентная диффамация: правонарушение с творческим подходом

Статья представляет собой комплексное исследование латентной диффамации как отдельного малоизученного в доктрине правового явления.

Темы ближайших номеров

АВГУСТ Иудейское право и право Израиля

СЕНТЯБРЬ Банковское право

ОКТАБРЬ Соседское право



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Учредитель:

ООО «Издательская группа «Закон»

РЕДАКЦИЯ И ИЗДАТЕЛЬСТВО:

Главный редактор:
Александр Николаевич Верещагин
avere@igzakon.ru

Директор издательства:
Кирилл Казанков
kazankov@igzakon.ru

Шеф-редактор:
Ирина Шмарко
shmarko@igzakon.ru

Подписной индекс **39001**
в Объединенном каталоге
«Пресса России»
и в каталоге Агентства «Роспечать»

Редакция не несет ответственности
за достоверность сведений,
содержащихся в рекламных материалах.

Выпускающий редактор:
Юлия Сиренко

Корректор:
Татьяна Казакова

Компьютерная верстка:
Мария Гранкина

Адрес редакции и издателя:
107078, Москва, пр-д Красноворотский,
д. 3, стр. 1, помещ. IV-8

Отпечатано в ООО «Гран При»

Адрес типографии:
152900, Ярославская область,
р-н Рыбинский, г. Рыбинск,
ул. Орджоникидзе, д. 57

Распространение:
Ринат Якупов
rinat@igzakon.ru

Фотография на обложку:
Алексей Никифоров

Перепечатка материалов
журнала «Закон» допускается
только с письменного согласия
издателя.

Дата выхода в свет 20.06.2024

Формат 84x108 1/16
Бумага офсетная № 1
Офсетная печать
Объем 12,5 печ. л.
Тираж 2000 экз.
Цена свободная



zakon.ru/senat



ПОЛНОЕ

СОБРАНИЕ

СЕНАТСКИХ РЕШЕНИЙ

ПО ЧАСТНОМУ ПРАВУ

1866-1917

**ВПЕРВЫЕ
В ОТКРЫТОМ ДОСТУПЕ:**

- все сборники решений Гражданского Кассационного Департамента
- указатели сенатской практики
- аннотации к тысяче наиболее ярких дел

Специальный раздел на портале «Закон.ру»

zakon.ru/senat

слѣдствіи
ли тяжущійся въ
же акта безъ прямого объявленія
рѣшается на основаніи нижеслѣдующихъ
условія заявленія сомнѣнія въ подлинности
кому заявленію опредѣляются ст. 107—109 Уст. Гр. Суд.
бныхъ установленій и 542—554 ст. того же Устава
тановленій, производство же по спору
111 Уст. Гр. Суд. для мѣсяца
ихъ судебныхъ
сомнѣніе въ подлинности акта

перваго засѣданія
сомнѣніе (ст. 545 Устава)
акта въ мировыхъ
сравненіемъ докумен-
свидѣтелей (ст. 107
суда, по назначенію
сти актъ въ общихъ
которой изъ сторонъ
сительно коего заявлено
вилу, каждая сторона
тѣхъ фактовъ, бытіе
ность доказать подлинность акта, относительно коего заявлено сомнѣніе
жить на сторонѣ, представившей актъ (рѣш. Гражд. Кассационн. Д. та
№ 124; 1876 г. № 544). Заявившій сомнѣніе въ подлинности акта



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА



Составитель: Александр Верещагин,
доктор права Эссекского университета
(Великобритания), главный редактор
журнала «Закон».

При поддержке
Университета Дмитрия Пожарского.

БАКАЛАВРИАТ, МАГИСТРАТУРА И ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ПЕРЕПОДГОТОВКА

на факультете права Шанинки

« Наши студенты разбираются со смыслами, которые закладываются в регулирование, сделку или проект, и инструментами, которыми можно пользоваться для эффективного достижения поставленных целей.



Антон Селивановский,
декан факультета
права МВШСЭН



Радикальная
междисциплинарность

Ориентированность
на практику

Широкий спектр
компаний-партнеров

Современный кампус
и библиотека в центре Москвы

Возможность учиться
из любого города



Бакалавриат
Юриспруденция



Магистратура
Юрист IT компании



Магистратура
Юрист
инфраструктурной
корпорации



**Профессиональная
переподготовка**
Юрист для бизнеса