

**МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
ЭКОНОМИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРАВО И СОВРЕМЕННАЯ ЭКОНОМИКА

СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ

**I Международной
научно-практической конференции
юридического факультета СПбГЭУ**

5 апреля 2018 года

*Под научной редакцией канд. юрид. наук,
доцента Н.А. Крайновой*

**ИЗДАТЕЛЬСТВО
САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО
ЭКОНОМИЧЕСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
2018**

ББК 67
П68

Право и современная экономика : сборник материалов I Международной научно-практической конференции юридического факультета СПбГЭУ. 5 апреля 2018 г. / под научной редакцией канд. юрид. наук, доцента Н.А. Крайновой. – СПб. : Изд-во СПбГЭУ, 2018. – 308 с.

ISBN 978-5-7310-4334-2

В сборнике опубликованы научные материалы выступлений участников I Международной научно-практической конференции «Право и современная экономика», состоявшейся на юридическом факультете Санкт-Петербургского государственного экономического университета 5 апреля 2018 года.

Доклады участников конференции из России, Италии, Белоруссии и других стран охватывают проблемные вопросы правового регулирования мировой, зарубежной и российской экономики, рассмотренные с теоретической и практической сторон.

Сборник рассчитан на широкий круг читателей, интересующихся юридической наукой, студентов, аспирантов и профессорско-преподавательский состав университетов, обучающихся юридическим специальностям, а также правоприменителей и практиков.

The collection contains scientific materials of the speeches of the participants of the First International Scientific and Practical Conference "Law and Modern Economy", held at the Faculty of Law of the St. Petersburg State Economic University on April 5, 2018.

The reports of the conference participants from Russia, Italy, Belarus and other countries cover the problematic issues of legal regulation of the world, foreign and Russian economy, considered from the theoretical and practical aspects.

The book is intended for a wide range of readers interested in legal science, students, post-graduate students and the teaching staff of universities teaching law specialties, as well as law enforcement practitioners.

ББК 67

Редакционная коллегия:

Крайнова Н.А. – декан юридического факультета СПбГЭУ, канд. юрид. наук, доцент;
Бернацкий Г.Г. – зав. кафедрой теории и истории государства и права, д-р юрид. наук, профессор;

Абрамова Е.Н. – канд. юрид. наук, доцент кафедры гражданского права;

Васянина Е.Л. – д-р юрид. наук, доцент кафедры финансового права;

Кораев К.Б. – канд. юрид. наук, доцент кафедры финансового права;

Пастернак С.Н. – канд. юрид. наук, доцент кафедры конституционного права;

Чабукиани О.А. – канд. юрид. наук, доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса

ISBN 978-5-7310-4334-2

© СПбГЭУ, 2018

РАЗДЕЛ I

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ ПЛЕНАРНОГО ЗАСЕДАНИЯ

*Mario Antinucci, Criminal lawyer
in Rome and Professor of criminal procedure
at the School of Specialization for Legal
Professions, Sapienza University of Rome*

Global aspects of counterfeiting and criminal strategies

Abstract. The ‘industry of fake’ knows no limits. It concerns all the product categories – none excluded – from toys to drugs, from spare parts to cigarettes, from food to weapons, etc. The routes of the ‘empire of the false’ can be plotted on a global scale, connecting Asia to Europe and America to Africa. Counterfeiting networks happen to be transnational, are entwined with those of the trafficking of drugs, arms and human beings. The individual components are produced in a continent, assembled in another, marketed in a third one. The recycling process is performed in one of the many banking paradises, nourishing thus the organized criminal organizations and their activities. The latter ones invest their capital in other illicit businesses, along which international terrorism and trafficking in human beings are no strangers.

Therefore, it happens to be difficult to discern these scenarios from a stand of an immigrant, often a clandestine, who represents the last ring, the weaker one, of a chain that goes up to the ‘boss’ of the globalized mafia, passing through trafficking of human beings, corruption, money-laundering, banking and tax heavens. We are, in fact, facing a criminal power that converts into an economic system of profit multiplier, capable of imposing precise strategies of transnational crime.

As a result to this phenomenon, the figures of the ‘cartels’ of the illegal economy are comparable to those of the international drug trafficking, the price of which is paid by all citizens, especially by the unemployed youth. Factories, enterprises, commercial activities are and will be increasingly forced to close because of the unfair competition practiced by criminals who have vast financial potential of illicit origin. The damage to the legal economy, in terms of businesses and lost jobs, is high being a direct result of the exploitation of workers and their use of unverified and often hazardous materials for health, along with all those production processes with no consideration for environmental protection, market, competition and tax laws.

The Size of the Phenomenon in Italy as a Global Crime. The criminal trademark of counterfeiting perfectly adheres to the spirit of our time being a phenomenon of planetary scale, from delineates that are hardly delineable, but

capable of intercepting, even sometimes anticipating, the desired targets expressed by different consumers who turn to the false market. Faced with a consumer who continues to express a strong demand for counterfeited goods, the fake chain shows a high capacity to maintain high market volumes. This is performed by modifying control elusive strategies, regenerating 'business' approaches and adapting – or even anticipating – consumers' taste, which is done thanks to the diversification of both the sales' channels and the typology of goods offered on the market.

Nowadays, fake products travel by sea, air and rubber. While they are sold on the streets, in warehouses, apartments and online using e-commerce platforms, these items diversify for their quality, prices, commodity category given that the products respond to the demands of every type of consumer.

Faced with more capillary and targeted controls, criminal organizations have been able to adapt internal innovative strategies by modifying their logistics platform related to the Customs Agencies and splitting illicit burdens into small batches that are then reducing the exporting time – via a massive usage of e-commerce – into national and foreign territories.

Another strategy adopted by counterfeiters, in response to the intensification of intelligence and related activities, is to separate the product from distinctive trademark signs so that the Customs' Agency is able to pass neutral items. This being the reason to why such illegal actions are less exposed to controls, thus making it easier for the labeling and packaging processes to be performed separately, or even produced directly in Italy. A clear signal of this tendency comes from seizures, which increasingly include intercepted goods, envelopes and counterfeited labels.

According to the Italian Customs' Agency and the Financial Police, 64.1% of the 15.814 seizures carried out in 2015 concerns three main categories of goods: clothing accessories (31.6%), clothing (21.1%) and footwear (11.4%). In the period between 2008-2015, the total number of seizures decreased by 12.3%, while the number of perfumes and cosmetics (+ 240.7%), clocks and jewelry (+ 102.8%) and electrical equipment (+ 165%) substantially increased.

Following the official figures, the false market of counterfeiting and its impact on the national economy is estimated to arise up to € 6 billion and € 905 million euros in 2015 with a real variation of + 4.4%, compared to 6 billion and 535 million euros in 2012.

The incorporation of counterfeited goods into legal channels would mean an increase in domestic production of 18.6 billion euros, comprising 0.6% of the total GDP, with Italy's additional wealth of 6.7 billion more than that resulting from the entire extractive industry or the paper industry.

In addition, raw materials, semi-finished products and / or services from abroad would be needed to activate additional production for a total of 5.8 billion euros in imported items. Placing on the legal market all the value of the production and marketing of false products would also result in an increase in the tax revenue on direct business taxes (i.e. Ires-Ire and Irap) and on employee labor (Ire), and on indirect sales (VAT) of approximately 1,687 million euros.

Taking also into account the taxes from the production, generated in other sectors of the economy directly affected by counterfeiting, the total revenue would increase from 4,000 billion to 5,723 million euros.

In this context, the Bar Association of Rome, within its cooperation framework with anti-counterfeiting institutions, is actively working on the establishment and promotion of ongoing training courses for legal professionals in Rome.

The Routes of the ‘Fake Empire’ and Transnational Criminal Strategies.

The routes of the ‘empire of the false’ can be plotted on a global scale, connecting Asia to Europe and America to Africa. Counterfeiting networks happen to be transnational, are entwined with those of the trafficking of drugs, arms and human beings. The individual components are produced in a continent, assembled in another, marketed in a third one. The recycling process is performed in one of the many banking paradises, nourishing thus the organized criminal organizations and their activities. The latter ones invest their capital in other illicit businesses, along which international terrorism and trafficking in human beings are no strangers.

Therefore, it happens to be difficult to discern these scenarios from a stand of an immigrant, often a clandestine, who represents the last ring, the weaker one, of a chain that goes up to the ‘boss’ of the globalized mafia, passing through trafficking of human beings, corruption, money-laundering, banking and tax heavens.

We are, in fact, facing a criminal power that converts into an economic system of profit multiplier, capable of imposing precise strategies of transnational crime.

The continuous efforts undertaken by the National ‘Forces of Order’, namely the Financial Police and the Customs’ Agency, seem to be insufficient in order to stem this phenomenon, which is characterized by criminal organizations’ innate regenerative capacity to change market entry strategies, maintain high quantities of storage, production and distribution of false merchandise, and study original and elusive *escamotages*. All these strategies considered, it seems that the market’s requirements and global demand are satisfied and are not going to diminish anytime soon.

It is known that an enterprise involved into counterfeiting has proven to be able to put in place strategies for tremendous promotion and communication purposes. The countering efforts to such a ‘black-marketing’ must be as extensive as the initial unlawful actions while continuously building a culture of legality which is increasingly widespread and becoming more solid by the day. Therefore, it is indispensable to accompany the necessary controls and contrast activities with awareness-raising and communication campaigns, focusing as on businesses as on the regular ‘consumer-citizen’ as well, thus giving them the role of active protagonists in the fight against counterfeiting itself.

Also, it is of utmost importance to include training sessions and joint ‘control-modules’ resorting to institutional partnerships. In this framework, the Rome’s Bar Association is at the forefront with the provision of a valuable support in continued trainings of legal professionals and operators of the Police Forces, always committed to fight against the counterfeiting.

On this note, the Cooperation Agreement between the Bar Associations of Rome and Saint Petersburg, signed in June 2017 at the Supreme Court of Italy, plays a fundamental part by being a role model to international cooperation among countries and at the forefront to contrast counterfeiting by raising awareness among professionals.

Extensive networks of criminal organizations participate in the turnover of counterfeited goods, getting considerable profits on these kind of activities and involving in its ‘business’ representatives of public authorities, therefore trying “to grow accustomed” with the state. The turnover of counterfeited goods reaches impressive sizes. As for Russia, for instance, different estimates showed that the turnover of illicit items takes a share from 5 to 30 percent in different sectors of economy¹.

First of all, it is the improvement of the legislation on liabilities, including the criminal liability, for actions of illegal trafficking of counterfeited goods that make the difference. Criminal standards call for the protection of the legal market from unfair actions of criminal influences that – by establishing rigid types of influence – technically sanction the criminal law itself. The efforts of the legislative bodies of every country need to be recognized by improving existent regulations in the field of legal protection of intellectual property. One more direction in countering the proliferation of counterfeited goods is intended to standardize technical regulations and standards on production and goods of consumption. The effectiveness of these measures, directed to counter the proliferation of counterfeited items, depend on the public awareness of the nature of the threats and the competence of those professionals carrying out law enforcement activities in this field.

Both Sapienza University of Rome and the Saint Petersburg State University of Economics actively participates in various projects in this sphere. As educational institutions, Universities train professionals qualified in fields of countering the proliferation of counterfeit goods and criminal strategies of this sphere.

In a global perspective, international scientific cooperation projects between Universities play a major role in building a global shared culture of legality, fighting against transnational crime organizations and their strategies.

Conclusion. For the same reason, among other things, a proposal was raised in order to study, in collaboration with the National Agency for the Administration and Destination of Confiscated Organized Crime, possible ways of re-usage of those assets confiscated to organized crime entities as well as to promote intellectual property rights and develop sustainable economic national models.

Considering that on 21 July 2017 the Italian Council of Ministers approved a preliminary examination of the implementation of the Law Decree no.149 of 21 July 2016 for the reform of the book XI of the Code of Criminal Procedure, concerning court relations with foreign authorities, it is to be noted that decisive choices within

¹ Prof. Igor A. Maksimtsev, Rector of St. Petersburg State University of Economics and Professor Nadezhda A. Kraynova, Dean of Law Faculty of St. Petersburg State University of Economics, in Antinucci (edited by), *Fighting Counterfeiting and Criminal Strategies*, Rome, 2017.

the making of criminal_policies in the fight against counterfeiting will be played by evidence-based prosecutions dealing with the formation of those ‘crimes of the fake’. The main changes in the mentioned law are the legal aid profile and the discipline ruling the collection of evidence. New forms of crime have been recognized: those extending its range beyond borders of individual states.

Lastly, the new frontiers of scientific research among Universities set the path for international collaboration with legal professions, thus putting the basis to a common global culture of legality. Within this context and considering that in Italy some “artificial intelligence programs” are applied to certify public administration documents, it could be envisaged to have an experiment using artificial intelligence in the fight against counterfeiting.

*Stefano Pazienza, Ph.D; Criminal Lawyer
Tutor at University Luiss Guido Carli, Rome*

Intersections between Italian insolvency law and the criminal liability of legal entities

The goal of this paper is to investigate the intersections between Italian insolvency law and the criminal liability of legal entities deriving from criminal offences (also known as corporate liability).

I'll start with an overview of Italian corporate liability law; then I'll shortly speak about Italian criminal insolvency law and finally I'll try to find out the main problems concerning the intersection between these two laws.

As a civil law country, Italian traditional criminal system concerned just persons as criminals, and not legal entities.

The person, it was claimed, is the only one who can have a real will, and therefore the only one we can discipline with the traditional punishments.

To use an English sentence: "with a legal entity there is no soul to damn and no body to kick."

Since 1970, some authors began to say that Italy should rethink about this *status quo*².

A corporation does have a proper will, a proper policy: a legal entity is much more than the persons who work for it, the people who governate it and even those who own the entity.

If a well-organized corporation can make a good product for decades, or even centuries, it's because it can survive people who work for it. From the point of view of criminal law, we can say that if a corporation illegally pollute the environment, it will be able to continue its activities even if we put in jail the entire Board of Directors.

² First, BRICOLA F., Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 95; but also MILITELLO, La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1992, p. 101; MILITELLO V., Prospettive e limiti di una responsabilità della persona giuridica nel sistema penale italiano, in *Studium Juris* 2000, p. 779; PEDRAZZI C., Codici etici e legge dello Stato, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* 1999, p. 1349; CASTELLANA M., Diritto penale dell'unione europea e principio "*societas delinquere non potest*", in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 747; PEDRAZZI C., Il tramonto del dolo?, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 1265; MARINUCCI G.-DOLCINI E., Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 802 ; FOGLIA MANZILLO F., Le società commerciali verso un nuovo sistema sanzionatorio, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 986; DOLCINI E., Principi costituzionali alle soglie del nuovo millennio, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 10; DE FARIA COSTA J. Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche; in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, p. 1238 ; ROMANO M., *Societas delinquere non potest* (nel ricordo di Franco Bricola), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 1031 ; PALIERO C.E., Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 1173 ; STELLA F., Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo; cit. p. 459

So, a legal entity does have a soul to damn, and does have a body to kick, if we can find the correct punishment for a corporation; and Italy choose to introduce, in 2001, the criminal punishment for legal entities.

Legislative Decree no. 231 of 8 June 2001, represents a Copernican revolution in the Italian criminal law system³.

³ ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2004, p. 342; AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 151; ASTROLOGO, *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel D.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, I, p. 187 ; CAPECCHI, *Funzione rieducatrice della pena e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Diritto del commercio Internazionale*, 2003, p. 19 ; ID., *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Diritto del commercio Internazionale*, 2006, p. 97; CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002; ID., *La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, I, p. 199 ; CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: abbandonato il principio "societas delinquere non potest"?*, in *Il diritto penale dell'impresa*, CONTI, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, directed by GALGANO F., vol. XXV , Padova, 2001; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Rivista trimestrale del diritto penale dell'economia*, p. 671 ; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e "la parte speciale" del D.lgs. 8 giugno 2001 n.231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, by GARUTI G., p. 78 ; GARUTI G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Napoli, 2012; GARUTI G., *la responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, I, p. 173 ; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1126 ; GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità delle società*, in *Studi Senesi*, 2006, p. 239 ss; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 504 ; PALIERO – PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, I, p. 167 ; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 589 ; PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: criteri di imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 671 ; ROMANO M., *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 1031 ; ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 180 ; ROSSI, *Responsabilità "penale-amministrativa" delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in *Reati societari. Grandi temi*, by ROSSI, Utet, Torino, 2005, p. 50 ; SCAROINA, *Societas delinquere potest: il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, 155; STORTONI – TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Indice Penale*, 2006, p. 1; TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2004, p. 483 ; VIGNOLI F., *La responsabilità "da reato" dell'ente collettivo fra rischio di impresa e colpevolezza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, II, p. 103 ; PALIERO, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le Società, Gli speciali, D.lgs. 231: dieci anni di esperienze*, 2011, p. 5 ; PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2008, p. 1516

It states that legal entities, including limited companies, may be held liable in relation to certain crimes which are committed or attempted in the interest or for the benefit of the Corporation.

The corporations may, in any case, adopt organizational, managerial and control models which are suitable for preventing the crimes themselves⁴ (like the well know Compliance Programs, in the United State system⁵).

Companies are subject to pecuniary penalties and interdiction measures, for offences committed in the interest or to the advantage of the company itself by an insider of corporation (a director, a manager or even a simple worker).

There are no differences between foreign and national companies: if a crime is committed in Italy by an insider of the corporation, the legal entity should be declared liable even if it doesn't have an office in Italy⁶.

⁴ IELO, Compliance programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e D.lgs. 231/2001, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, 99; ANTONETTO, Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex. D.lgs. 231/2001, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 2, 55; DI GERONIMO, La responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle misure cautelari, nota a Tribunale Milano 4 aprile 2003, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 254; CARDANI, Spunti di riflessione applicativi a partire dall'ordinanza del tribunale di Milano del 20 dicembre 2004, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 2, 165; GALLETTI, I modelli organizzativi nel D.lgs n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, 126; CAPECCHI, La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative, in *Diritto commerciale internazionale*, 2006, 97; CARDIA, Codice di autodisciplina e normativa 231, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 3, 63.

⁵ AA.VV., *Corporate criminal liability: a treatise on the criminal liability of corporations, their officers and agent*, by di BRICKEY K. F., Deerfield: Clark Boardman Callaghan, 1992; per la dottrina in lingua italiana, DE MAGLIE C., *L'Etica e il Mercato*, op. cit., p. 64 ; DE MAGLIE, Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 88; MARINUCCI G., Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione, in AA.VV., *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997, p. 457 ; STELLA F., Introduzione a DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato*, op. cit., p. X

⁶ See the judgments, G.I.P. Milan Tribunal ord. 28th April 2004; Court of Cassation, sez. V. ord. n. 20587/04, Milan Tribunal ord. 24th October 2004; Milan Tribunal, Sez. IV Pen., 04 February 2013, n. 13976; G.I.P. Milan Tribunal ord. del 13 Giugno 2007; see also these articles, STAMPACCHIA, La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero; MANACORDA, Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1-2012, 93; ANGELINI, Art. 4 Reati commessi all'estero, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 91 ; BARIATTI, L'applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, 832; GEMELLI, Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/01: compatibilità e incompatibilità, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4-2012, 9, 15; FUSCO, Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2007, 179 ss; STEA, Gli enti responsabili dell'illecito da reato nella prospettiva europea, in www.giurisprudenza.unisalento.it; CERQUA, L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per i reati commessi all'estero, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2, 2009, 116.

Finally, I would like to add that legal entities are not responsible for all crimes committed by an insider; but just some crimes are a presupposition for Corporate liability (and we call them presupposition crimes); for some other crimes, just the person who committed them can be punished and not the corporation.

For instance, many environmental crimes, occupational health and safety crimes, corporate balance crimes, corruption crimes etc. are presupposition of the Corporate liability.

The insolvency crimes, instead, are not a presupposition crime for corporate liability.

Those kinds of crimes are not in the criminal code, but in a specific law that regulates the civil and criminal situation of the corporation insolvency.

It is a very old law (Regio Decreto nr. 276, 16th March 1942) and during the years many changes have been made, mainly regarding the civil proceeding of insolvency; instead the offences themselves have never substantially been changed.

In a nutshell, the insolvency crimes concerns acts that corporate directors made before or even after the declaration of bankruptcy, acts who caused a damage to the corporation.

For instance, in case of declaration of bankruptcy, it will be punished the director who didn't produce the accounting books or the balance; who stole the corporate assets or made financial operations that caused a damage to the company.

In these crimes, the corporation is a proper victim of the offence; indeed, the insolvency administrator (nominated by the civil tribunal after the declaration of bankruptcy just to sell all the corporation's assets and pay the creditors) can also bring a civil action inside the criminal proceeding against the director.

In these cases, the insolvency administrator will represent the interests of the corporation's creditors in the criminal proceeding.

This is the main reason why the insolvency crimes are not a presupposition for the corporate criminal liability.

To involve the corporation in the criminal proceeding, the crime must be committed in the interest or for the benefit of the corporation, but the insolvency crimes are ontologically committed to the detriment of the corporation, so it shouldn't be viewed as defendant but as a victim of a crime.

That's why the insolvency crimes are not contemplated in the Legislative Decree n. 231/01.

This does not mean that there is no intersection between the two laws.

First of all, what happens when a corporation under investigation for a presupposition crime committed by a director (or a manager), after the opening of the proceeding, declares bankrupt?

If the bankruptcy is the "death" of a corporation, should the justice close the criminal proceeding against the corporation as we do for the persons?

At first, some judgments said that the bankruptcy means also the end of the criminal proceeding against the corporation, because there is no more an "alive" entity to punish⁷.

⁷ GUP Roma Tribunal, 7th February 2012.

But the High Court, in many judgments has stated the opposite; so now we can say that the bankruptcy doesn't have consequences for the criminal proceeding, which therefore will not be closed.

The Court, indeed, said that there is no specific rule about the end of corporate criminal proceeding in case of bankruptcy, so there is no reason why we have to close such proceeding⁸.

Furthermore, the bankruptcy is not properly the death of a corporation, because the corporation even if it may close its business, it may still exist.

It has credits and debits, it has assets; and it is still possible that the corporation will be *in bonis* another time, and the declaration of bankruptcy can be revoked. So there is no analogy between a death person and a bankrupt corporation.

Another intersection between the two laws, is represented by the crime contained in the article 223, comma 1; n.1 of the insolvency law (Royal Decree nr. 267/42), also known as "*bankruptcy from corporate accounting crime*".

This article regulates the punishment for the director (or manager) who caused the insolvency of a corporation by committing one of the violations contained in the Civil Code⁹ (false accounting or other falsehood committed on accounting books, financial operations that damaged the shareholders or creditors, breach of trust etc.).

In these cases, we can have a complex crime, because this specific bankruptcy crime is composed by another crime (taken from Civil Code, for instance false accounting), and we have this last offence (false accounting) who is a presupposed crime for the corporate liability.

Some Prosecutors start dividing into two the criminal charge, and they accuse the director for the bankruptcy crime (not a presupposition crime for corporate liability) and the corporation just for false accounting.

The High Court said that this juridical construction is not legal, because the false accounting is just a part of the complex bankruptcy crime and the last one is not a presupposed crime for the corporate liability¹⁰.

So, is not possible to charge the corporation for false accounting if the director is charged for bankruptcy crime deriving from false accounting. This is because it represents an artificial division of the complex crime and it is a violation of the *nullum crimen sine lege* principle.

⁸ Court of Cassation, sez. 5, nr. 44824/12; Court of Cassation, sez. 5, nr. 4335/2012; Court of Cassation, sez. 5, nr. 47171/2012.

⁹ The Italian Civil Code has many crimes specific drafted for corporation and concerning directors' behaviors against shareholders, creditors or against the corporation itself. Many of that are crimes concerning the accounting books.

¹⁰ Court of Cassation, United Sections, nr. 11170/2015; see also: Court of Cassation, sez. 2, nr. 41488/2009; Court of Cassation, sez. 3, nr. 41329/2008; Court of Cassation, sez. 6, nr. 3635/2013; Court of Cassation, United Sections, nr. 10561/2014.

di Pietro Maria Sabella,
Ph.D in Business and Law,
lawyer and docent at the
LUISS Guido Carli of Rome

**Bankruptcy and confiscation in the italian legal system:
which balance between repressive necessities of the State and creditors rights**

An introduction. In these recent decades, the fight against economic criminal phenomena has progressively been based on the use of preventive seizure and confiscation by the State.

In fact, it is the beginning of the '80s, when – thanks to the escalation of the mafia phenomenon in Italy -, the Pool Antimafia, composed by some important judges, such as Falcone¹¹ and Borsellino, understood how fundamental was to fight organized crime trough the expropriation of its economic assets¹².

With the law Rognoni-La Torre in 1982¹³, the legislator, in fact, started to apply confiscation seizures against organized crime, along with the imprisonment itself.

The specific purpose was to deprive the author of the crime of all the economic benefits deriving from the commission of the offense.

In particular, the fundamental aim was to defeat mafia by eliminating its economic resources.

In the '90s and during the last decade, the same principle was applied to all economic crimes, among which: market abuse, corruption, money-laundering, usury and, in a similar way, even to those crimes producing bankruptcy cases.

So, usually confiscation has been used by the State to recover those economic assets illegally acquired by a public officer, or by individual entrepreneurs or by a company; in fact, in Italy, thanks to the legislative decree n. 231/2001, in particular thanks to the art. 6, par. 5 and art. 19 of that law, companies can also be directly punished for those unlawful activities committed in their *interest* or *advantage* (ex art. 5, leg. Decree n. 231/2001).

¹¹ Cfr. FALCONE G., *Cose di Cosa Nostra*, Bologna, 1991.

¹² Ex multis, Cfr MAIELLO V., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, in *Trattato teori-co-pratico di diritto penale*, C.E. PALIERO and Palazzo F., Torino, 2015, pag. 300; BARGI A. – CISTERNA A., *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011; BALSAMO A. – CONTRAFFATTO V. – NICASTRO G., *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, in *Orientamenti di merito*, Milano, 2010; AA.VV., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di MAUGERI A.M., Milano, 2008; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, by DOLCINI E. PALIERO C.E., Milano, 2006, pag. 211 and following; FIANDACA G., *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Pen.*, 1994, pag. 121.

¹³ About, BARRESE O., -SCALFARO O.L., – ALINOVI A., *Relazione della Commissione Parlamentare sul fenomeno della mafia*, Cosenza, 1986, pag. 11; GRILLI A., *La criminalità mafiosa nella società post-industriale*, Roma, 1985.

In these last years, even the doctrine¹⁴ considered the use of confiscation fundamental as a method to hit and defeat both the organized crime and many different kind of economic crimes.

In this contest, property and private assets belonging to the author of these crimes began to be the “privileged target”¹⁵ of the repressive intervention of the Italian legislator.

From this point of view, patrimony became the symptomatic element of the illicit enrichment obtained by criminal organizations, as well as the instrument through which they can continue to commit different kind of crimes.

Moreover, through the expropriation of the illicit goods and economic benefits, the Italian legislator has tried to safeguard the economic freedom of honest citizens and entrepreneurs, also ensuring the respect for the principle of competition and the free movement of goods and capital, provided by the Treaty of the European Union, since its signing in Maastricht in 1992.

The legislative instrument of confiscation, initially provided only by the article 240 c.p.¹⁶, was adopted as a “security measure” and applied towards citizens even regardless of a verdict of guilty by a Tribunal, since this disposition tried to limit the “social dangerousness” of people and their capability to commit crimes and to use some goods or economic benefits as instrument of delicts.

In fact, the so-called “double sanctioning track” adopted by the Italian legislator since the 1930, guaranteed the possibility to intervene against criminals both through the imprisonment emanated as a criminal sanction for a demonstrated penal responsibility in a trial and through the confiscation or other personal security measure with the purpose of preventing the commission of crimes by dangerous subject. Indeed, this security measure can be applied even against dangerous people unable to understand or to will.

As anticipated, recently, the Italian legislator started to use confiscation as fundamental instrument to fight all kind of economic crimes, not only as a “security measure”, but particularly as a sanction *tout court*.

Little by little, Italian legislation has been enriched by “special confiscations” applied against the <<product>>, the <<price>> and the <<profit>>¹⁷ of the crime.

For instance, we can find confiscation applied for the crimes against the public administration at the art. 322-ter c.p., or for the economic crimes at the art. 2641 c.c.;

¹⁴ FLICK, G.M., Mafia e imprese, venti anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani Pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione, in *Le Società*, 2013, pag. 505; FONDAROLI D., Le ipotesi speciali di confisca, op. cit., pag 7; FIANDACA G., Confisca dei patrimoni illeciti, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, pag. 161.

¹⁵ Again, FONDAROLI D., Le ipotesi speciali di confisca, op. cit., pag. 1.

¹⁶ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale – parte generale*, Bologna, 2014, pag. 890.

¹⁷ As <<profit>> the doctrine and the jurisprudence mean the <<economic advantage directly derived from the crime>>, see Court of Cassation, Un. Sec., nn. 10561/2014, 26654/2008, 3615/2006 29951/2004; DOVA M., La Corte di Cassazione torna sulla nozione di profitto confiscabile nel reato di manipolazione del mercato, in www.penalecontemporaneo.it, 27th June 2014.

against tax crimes at the art. 12-*bis*, legislative decree n. 74/2000; against market abuse at the art. 187 of the legislative decree n. 58/1998 as recently modified.

The main characteristic of these special confiscation hypotheses is that it can also be applied "by equivalent", or rather when is not possible to find the <<product>>, the <<profit>> or the original <<price>> of the crime.

In this way, confiscation has been modified in a real criminal sanction that affects the assets of the author of the crime regardless of the illicit origin of the goods actually confiscated.

How the Italian legislation governs the relationship between bankruptcy and confiscation and the role of the jurisprudence of the Supreme Court. If we focus on bankruptcy crimes¹⁸, we can see that – for those – the Italian legislation does not provide the instrument of the confiscation as criminal sanction. This means that the crimes of bankruptcy disciplined by the artt. 216 and following of the R.D. N. 267/1942, as recently modified, are not directly interested by the application of a “special confiscation”.

Anyway, usually bankruptcy is the consequence of economic or tax crimes committed by the entrepreneur or by the company.

All these illicit conducts, as tax evasion, false accounting and misappropriation, realized time by time, can deprive a company of its profits and patrimony, inevitably causing bankruptcy.

So it can happen that, just before the declaration of bankruptcy by the competent Tribunal, a preventive seizure measure or then a measure of confiscation is applied for these bankruptcy related crimes¹⁹, for which thus the Italian law provides a patrimonial sanction. In this sense, bankruptcy crimes can be indirectly repressed by the patrimonial measure of confiscation that operates against the related or antecedent offense²⁰.

Eventually, we have to underline how some Italian jurisprudence²¹ affirms that the “special confiscation” provided against tax or economic crimes committed before the declaration of bankruptcy can't be applied, since the crime of corporate bankruptcy – that is not repressed through the use of a “special confiscation” – is more serious than the economic or tax one and for this reason the first absorbs the second.

So, although we can highlight how the trend of the jurisprudence is fluctuating, it is possible to state that:

1) the confiscation provided by the art. 240 of the Italian Penal Code, regulated as a security measure and not as a criminal sanction as it happens for the “special confiscations”, is always applicable;

¹⁸ FIORELLA A., *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014; SOANA G.L., *I reati fallimentari*, Milano, 2012; DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2011; ALESSANDRI A., *Diritto penale dell'impresa – materiali per lo studio*, Torino, 2007; ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2006, pag. 11.

¹⁹ DI FLORIO M., *I rapporti fra i fatti di bancarotta fraudolenta e le false comunicazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2016, pag. 598.

²⁰ Recently, Court of Cassation, n. 6262/2017.

²¹ Court of Cassation, Un. Sec., n. 11170/2015.

2) the non-existence of a law that clarifies the relationship between confiscation and related crimes of bankruptcy and bankruptcy itself inevitably determines the existence of cases in which it is applied to bankruptcy;

3) this consequence leads to an inevitable clash between the repressive and sanctioning needs of the State and those creditors that tries to recover their investments from the failed corporation.

Now, in the context of bankruptcy-related crimes, we must focus on the contraposition of different interests.

In this case, in fact, the interest in recovering money, illicitly acquired by the company on the edge of bankruptcy, belongs both to the State and to the creditors who found themselves deprived of the assets and money that the company was unable to manage properly²².

The State's claim to confiscate assets -in the context of criminal trials – is often fated to confront the opposing interests of creditors and the State, that, on the same basis, have the same rights.

A peculiar situation arises in the event of bankruptcy, when the entrepreneur (individual or collective) loses the availability of company's assets and instruments; in fact, the management of the company is devolved to a Curator, who has, as his/her main purpose, the role of ascertaining the passive state and liquidating the assets, according to the *par condicio creditorum*.

The plurality of criminal ablative measures contemplated by the Italian legal system and the lack of an organic discipline on the matter contribute to the complexity of possible interferences between the confiscations (since the moment during which the seizure pursuant to Article 321, paragraph 2-bis, cpp, can be applied) and the position of the creditors of the proceeding. For over a decade the most thorny issues remained without satisfactory solutions, despite many interventions done by the Court of Justice²³.

Nowadays, therefore, the most current issue concerning the relationship between bankruptcy and confiscation concerns:

1) the legitimacy of the trustee, called Curator, to act in the execution phase of the criminal trial;

2) the destination of assets on which the patrimonial seizure measure has been applied after the opening of the insolvency procedure.

Recently the Italian Supreme Court intervened on this matter thanks to a case arose at the Tribunal of Treviso in 2013²⁴, dealing with the application of the confiscation procedure by the State due to tax crimes on some company assets.

However, the company was already part of a bankruptcy proceeding trial and, for this reason, its assets are belonging to the creditors and not to the State.

In the absence of a regulatory framework that can provide certainty to citizens and entrepreneurs regarding the application of confiscation in the event when a

²² BASILE E., I controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva e criteri cronologici di preferenza, in www.penalecontemporaneo.it, 28th april 2017.

²³ As said before, Court of Cassation, Un. Sec., n. 11170/2015.

²⁴ RIVERDITI M., Le Sezioni Unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. n. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito, in www.penalecontemporaneo.it, 3rd april 2015.

bankruptcy procedure is opened, the Italian jurisprudence has to apply the current discipline existing for similar matters, taking a risk to generate cases of analogy *in malam partem*, forbidden in our criminal system²⁵.

In any case, today the Italian jurisprudence states that, in the event that the bankruptcy proceeding, as a result of bankruptcy crimes, is opened before the application of a preventive seizure and therefore confiscation, absolute precedence must be given to the rights of the creditors exercised.

If the preventive patrimonial seizure is applied after the opening of the bankruptcy proceeding, the Italian jurisprudence, by changing its precedent statement made in 2014, stated in 2017, that each creditor, directly through the Curator of the bankruptcy proceeding, must demonstrate a complete non-involvement in the execution of the offense, his/hers own good faith and a valid title to exercise the right.

In this case, therefore, the Curator, even during the execution of the verdict, will be able to see legitimated and, therefore, satisfied, the interests of the creditors²⁶.

In a certain sense, therefore, the Supreme Court has tried to find a balance between the interest of the State to deprive the author of the illicit income obtained by the completion of the crime and the right of creditors in good faith not to be completely deprived of their credits.

However, the burden of proof will always be attributed to each creditor and not to the Public Prosecutor.

Conclusion and solutions *de lege lata et de lege ferenda*. In conclusion, it is still possible to highlight how the relationship between confiscation, intended as a criminal sanction applied also to some goods having the equivalent value of illicit incomes obtained by the author of the crime, used for those crimes that originated the final bankruptcy, as money-laundering²⁷, falsity in financial statements²⁸, and creditors' rights with respect to the bankrupt entrepreneur, has not yet been completely defined and clarified by law.

In this state of general confusion, it can be useful to take a look again at the legislation against the mafia and the organized crime more broadly.

Indeed, in 2017, the Antimafia Code has been reformed²⁹ and improved as well in the part dedicated to the relationship between patrimonial seizure, confiscation, and bankruptcy crimes made by authors involved in mafia related-activities.

²⁵ DE ROSA L., Il punto sull'analogia nel diritto penale: portata operativa del divieto e ruolo nell'attuale conflitto fra i poteri dello Stato, in *La Giustizia Penale*, 2012, pag. 180.

²⁶ RUGGIERO A., L'impresa in crisi, in *Questione Giustizia*, 2012, pag. 103.

²⁷ PALMIERI G. M., La prevalenza di interessi patrimoniali nella disciplina del riciclaggio e la punibilità dell'autoriciclaggio come simbolica incriminazione del ne bis in eadem, in *L'indice Penale*, 2016, pag. 75; GULLO A., La responsabilità dell'ente e il sistema dei delitti di riciclaggio, in *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2016, pag. 3017; MAUGERI A.M., La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione ed autoriciclaggio. La confisca dei proventi dell'evasione fiscale o dei redditi leciti non dichiarati fiscalmente?, in www.penalecontemporaneo.it, 2nd march 2015.

²⁸ ALESSANDRI A., Le incerte novità del falso in bilancio, in *Riv. it. Dir e proc. Pen.*, 2016, pag. 11.

²⁹ VISCONTI C., Codice Antimafia: luci e ombre della riforma, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, pag. 145; MAUGERI A.M., I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminologiche e il principio di proporzione, in *L'Indice penale*, 2017, pag. 37.

This normative, in fact, tries to give primarily importance to the creditors' rights, leaving to the State the task to confiscate what represents the real income deriving from the execution of a single crime and not everything that could be expropriated, without creating a prejudice for the creditors.

In fact, even if this discipline created doubts with respect to the conflict between citizens' rights written in the Constitution and the confiscation, it can represent a starting point, as happened many times before, to improve a legislation, thus guaranteeing citizens' rights overall.

РАЗДЕЛ II

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ «ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА»

*Г. Г. Бернацкий,
доктор юрид. наук, профессор кафедры
теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета*

Экономическая эффективность против социальной справедливости в российском образовании

Экономическая эффективность – это способ действий, обеспечивающий получение максимально лучшего результата в следствие применения определенного размера усилий и расхода определенного количества ресурсов.

Социальная справедливость в сфере экономики – это соответствие системы экономических отношений (преимущественно отношений распределения) интересам человека, которые господствуют в данном обществе и государстве. Элементами социальной справедливостью в современном обществе считаются обеспечение работой каждого трудоспособного человека, получение достойной заработной платы, социальное обеспечение инвалидов, детей без родителей, свободный доступ граждан страны к образованию, здравоохранению, спорту, культуре и т. д. Можно сказать, что социальная справедливость в определенной степени реализуется в государстве, если достигаются цели, провозглашаемые принципом социального государства. Ст.7 Конституции РФ утверждает: «1. Российская Федерация – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. 2. В Российской Федерации охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты.»

Экономическая система рыночных отношений не обеспечивает социальную справедливость в стране. Больше того, вектор рынка и вектор справедливости имеют противоположную направленность. Экономическая эффективность противоречит социальной справедливости в таких сферах, как перераспределение ресурсов в пользу малоимущих, поддержание всеобщей занятости, сдерживание роста эксплуатации и др. Экономическая эффективность направлена на увеличение общественного продукта. Она достигается наилучшим об-

разом в рамках рыночной системы с преобладанием частной собственности. При этом эффективность возрастает путем повышения производительности труда, внедрения новых технологий, совершенствования методов организации производства и т.д. Однако такая система неизбежно порождает усиление социальной дифференциации: в ней доминирует распределение по факторам производства. Растет число безработных и малоимущих, но укрепляется класс богаты и очень богатых.

В производственном секторе экономики рост эффективности за счет ущемления справедливого распределения и потребления в каком-то смысле оправдывается тем, что эффективность достигается за счет внедрения новых технологий, новых научных разработок, нового менеджмента. Рассмотрим, как обстоит дело с эффективностью в учреждениях и организациях социальной сферы жизни общества. В частности, как достигается эффективность в школах, университетах, больницах, поликлиниках. Выдвинут хлесткий лозунг: «оптимизация». Понятие «эффективность» подменено понятием «оптимизация». А она свелась к банальному сокращению расходов на образование и здравоохранение. Идет процесс объединения вузов, школ, поликлиник, больниц. Утверждается, что таким образом достигается более эффективная работа, например, учебных заведений. Но как фактически обстоит дело. Обратимся к преподаванию юриспруденции в стране. Еще 10 лет назад выполнялись письменные контрольные работы и писались рефераты. Теперь они отменены. Остались только курсовые работы. Отменены консультации перед текущими экзаменами. В ряде вузов отменены выпускные квалификационные работы, остались только выпускные экзамены. Отменена рецензия на выпускную квалификационную работу у бакалавров. Остался только отзыв научного руководителя. Значительно сокращены часы для преподавателя по руководству курсовой работой и выпускной квалификационной работой. Напомним, что эффективность – это способ действий, обеспечивающий получение максимально лучшего результата. Неужели в министерстве образования полагают, что отмена письменных работ и консультаций приводит к более качественной подготовке бакалавров и магистров.

Практически вся академическая нагрузка преподавателя в настоящее время складывается из собственно аудиторной, или, так сказать, «горловой», нагрузки. Общая годовая нагрузка преподавателя во многих вузах страны значительно перешагнула прежнюю норму в 850 часов, при этом вся она теперь практически сводится к аудиторной нагрузке. Мой педагогический стаж насчитывает более 30 лет. Могу определённо утверждать, что за прошедшие три года эксплуатация труда преподавателя возросла приблизительно в два раза, а зарплата осталась замороженной. В связи с таким резким изменением структуры академической нагрузки прошли массовые сокращения преподавателей во всех вузах нашей необъятной и великой державы. Но останется ли Россия великой державой без высококачественного высшего образования. Показательно, что такая же тенденция наблюдается в области здравоохранения. Современные СМИ пестрят сообщениями о том, что врачи и медсестры получают мизерную зарплату и вынуждены работать на двух ставках.

В настоящее время наметилась тенденция к росту безработицы в среде интеллигенции.

Наряду с известными методами повышения экономической эффективности (рост производительности труда, внедрение современных технологий...) разработаны новые изощренные методы в социальной сфере – повышение эксплуатации труда учителей, преподавателей, врачей при сохранении зарплаты и высвобождении «лишних» работников. Можно утверждать, что в последние годы все более углубляется нарушение принципа социальной справедливости и требований Конституции РФ, утверждающей, что политика государства должна быть направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

*В.В. Богуш, канд. экон. наук, доцент,
А.А. Коробач,
Гомельский филиал учреждения образования
федерации профсоюзов Беларуси
«Международный университет “МИТСО”»*

Правовое регулирование инновационной деятельности в Республике Беларусь: проблемы и пути решения

Динамика и тенденции развития современного общества свидетельствуют о том, что успешное решение стратегических задач экономического и социального характера напрямую зависит от эффективности инновационной деятельности. Инновации в рыночной экономике становятся не только основой повышения конкурентоспособности продукции, но и ведут к существенным преобразованиям технологических, экономических, социальных процессов, что в конечном итоге сказывается на темпах экономического развития страны.

Стратегия инновационного развития Республики Беларусь на ближайшую перспективу определена Государственной программой инновационного развития Республики Беларусь на 2016 – 2020 годы, утвержденной указом Президента Республики Беларусь №31 от 31 января 2017 г. Суть ее «заключается в синтезе внедрения технологий, относящихся к V и VI технологическим укладам, и индустриально-инновационного развития традиционных секторов экономики. При этом в одних секторах предстоит реализовывать стратегии лидерства на основе собственных разработок и инноваций, а в других – «догоняющее» развитие при активном заимствовании передовых зарубежных технологий и институтов».

Коммерциализация научных знаний, их трансформация в инновации, а также инновационная восприимчивость основных отраслей национальной экономики становятся важнейшими слагаемые успешной реализации поставленных целей.

Несмотря на важность и актуальность происходящих процессов при продвижении научного знания от идеи до конкретного продукта, технологии или услуги, и повышенного внимания в целом к науке и инновациям со стороны государства, инновационные процессы в республике пока не находят широкого распространения. По данным Национального статистического комитета Республики Беларусь в 2016 г. только 20,4% организаций промышленности от их общего числа осуществляли технологические инновации. Этот показатель несколько выше уровня 2015 г. (19,6%), но значительно уступает уровню 2011 г., когда 443 организации промышленности, или 22,7%, осуществляли различного рода технологические инновации. При этом необходимо отметить существенное снижение затрат на технологические инновации, осуществляемые данными организациями. По сравнению с 2011 г. они снизились на 10,7%, а в сравнении с 2015 г. – на 27,0%. В структуре затрат на технологические инновации по прежнему доминируют затраты на приобретение машин и оборудования и производственное проектирование, а также другие виды подготовки производства

для выпуска новых продуктов, внедрения новых услуг или методов их производства. В разные годы удельный вес затрат на эти цели колебался от 85,4% от общей суммы затрат на технологические инновации (2011 г.) до 92,7% (2015 г.). На другие виды инновационной деятельности (научные исследования и разработка новых продуктов, услуг и методов их производства, подготовка, переподготовка и повышение квалификации персонала, связанного с технологическими инновациями, маркетинговые исследования и т.д.) затрат приходилось значительно меньше. Результатом таких инновационных процессов в организациях промышленности является невысокий удельный вес отгруженной инновационной продукции (работ, услуг) в общем объеме отгруженной продукции (работ, услуг), который в 2016 г. составил только 16,3%³⁰.

На достаточно низкий уровень инновационной активности организаций промышленности основное влияние, по данным Национального статистического комитета Республики Беларусь, оказали сдерживающие факторы экономического и производственного характера. В их числе называются недостаток собственных денежных средств, недостаток финансовой поддержки со стороны государства, неразвитость рынка технологий, низкий спрос на инновационную продукцию, высокая стоимость нововведений, высокий экономический риск, неопределенность сроков инновационного процесса, длительные сроки окупаемости нововведений, низкий инновационный потенциал организации, недостаток квалифицированного персонала, недостаток информации о новых технологиях, недостаток информации о рынках сбыта, невосприимчивость организации к нововведениям, недостаток возможностей для кооперирования с другими организациями, неразвитость инновационной инфраструктуры и др..

Вместе с тем, несмотря на обширную законодательную базу в сфере научной, научно-технической и инновационной деятельности, которая содержит более 200 нормативно-правовых актов, несовершенство законодательства по вопросам регулирования и стимулирования инновационной деятельности также названо в числе сдерживающих факторов инновационной активности организаций промышленности³¹. Следовательно, по-прежнему, актуальной остается задача создания и оптимизации правовых основ развития и стимулирования инновационной деятельности, поскольку действующая законодательная база в этой области обладает значительным массивом нормативно-правовых актов разной юридической силы, содержащих разрозненные нормы права, что затрудняет изучение и применение документов. Это объясняется тем, что в данной области правовое поле еще только формируется и многие механизмы правового регулирования требуют разработки и совершенствования.

Сложившееся положение обусловлено, в первую очередь, экономическим происхождением понятий «инновация», «инновационная деятельность». Их сущность и содержание в научной литературе большинство отечественных и зарубежных исследователей (И.Т. Балабанов, Л.М. Гохберг, Р. Джонсон, П. Друкер,

³⁰ Наука и инновационная деятельность в Республике Беларусь. Статистический сборник. 2016. Минск: Национальный статистический комитет Республики Беларусь, 2016. С.80.

³¹ Там же. С.125.

П.Н. Завлин, А.К. Казанцев, Б.З. Мильнер, Л.Э. Миндели, М.В. Мясникович, П.Г. Никитенко, Полоник С.С. и др.) рассматривают именно с этих позиций, а в правовом аспекте единого понимания пока сформировать не удалось.

Анализируя действующее законодательство, следует отметить, что в Законе Республики Беларусь №425-З от 10.07.2012 г. «О государственной инновационной политике и инновационной деятельности в Республике Беларусь» (ст.1) понятие «инновация» трактуется как «введенные в гражданский оборот или используемые для собственных нужд новая или усовершенствованная продукция, новая или усовершенствованная технология, новая услуга, новое организационно-техническое решение производственного, административного, коммерческого или иного характера», а «инновационная деятельность» – «деятельность по преобразованию новшества в инновацию». В определенной степени данные определения повторяются в основных положениях, закрепленных в Межгосударственном стандарте ГОСТ 31279-2004 «Инновационная деятельность. Термины и определения», в котором под инновациями (нововведениями) понимают «новые или усовершенствованные технологии, виды продукции или услуг, а также организационно-технические решения производственного, административного, коммерческого или иного характера, способствующие продвижению технологий, товарной продукции и услуг на рынке», а под инновационной деятельностью – «деятельность, обеспечивающая создание и реализацию инноваций». При этом следует отметить, что Межгосударственный стандарт ГОСТ 31279-2004 «Инновационная деятельность. Термины и определения» кроме общего определения «инновация» дает трактовку понятий «технологическая инновация», «продукт-инновация», «процесс-инновация», «организационная инновация», «социальная инновация», «экономическая инновация», «инновация услуг», что, безусловно, имеет повышенную практическую значимость.

Ключевым моментом в этих определениях является новизна, что, в свою очередь, сближает инновации с объектами интеллектуальной собственности, поскольку именно новизна является одним из важнейших условий охраноспособности. Однако необходимо понимать, что не всегда результаты инновационной деятельности являются объектами интеллектуальной собственности, поскольку они могут отвечать не всем критериям, установленным действующим законодательством. Вместе с тем, признание результатов инновационной деятельности объектами интеллектуальной собственности является очень важным с практической точки зрения, поскольку в условиях рынка этим обеспечивается приоритетность их использования перед другими субъектами хозяйствования. Облеченные в особую правовую форму, инновации становятся объектами интеллектуальной собственности, что позволяет получить определенные конкурентные преимущества и, соответственно, повышается заинтересованность различного рода инвесторов. Кроме того, появляется возможность вносить ОИС в качестве вклада в уставный фонд, в совместную деятельность и др. Такие подходы позволяют сделать вывод о том, что инновационная деятельность должна осуществляться на основе тщательно продуманной стратегии охраны прав на объекты интеллектуальной собственности.

Однако при этом необходимо отметить, что защита, патентование, регистрация и охрана объектов интеллектуальной собственности, в свою очередь, сопровождается рядом взаимосвязанных проблем и это при том, что действующая в республике законодательная база практически сформирована и максимально адаптирована к международным стандартам в области охраны интеллектуальной собственности. Наиболее актуальными и требующими решения являются проблемы выбора оптимальной формы охраны объектов интеллектуальной собственности, распределения прав на них (между нанимателем и работником, между организацией-заказчиком и организацией исполнителем, при осуществлении совместных научно-технических разработок), наиболее эффективного использования в коммерческих целях, бухгалтерского учета, оценки стоимости и т.д. То, что обозначенные проблемы в хозяйственной практике не находят адекватного разрешения подтверждается недостаточной активностью отечественных субъектов хозяйствования на рынке интеллектуальной продукции, о чем свидетельствуют данные официальной статистики по охране и использованию прав на объекты интеллектуальной собственности. За период 2011-2016 гг. число заявок на патентование изобретений снизилось почти в 3,6 раза, в том числе от национальных заявителей – в 3,8 раза, выдано патентов на изобретения на 36,1% меньше, число действующих патентов сократилось в 1,8 раза³².

С другой стороны, одной из особенностей отличающих инновации от объектов интеллектуальной собственности является обязательность вовлечения их в коммерческий оборот, то есть инновации должны быть выведены на рынок, дойти до стадии производства и дать экономический или другой какой-либо эффект. Однако, коммерциализация результатов инновационной деятельности по различным причинам не всегда по силам разработчикам. Поэтому в качестве одной из актуальных задач правового регулирования в этом направлении является формирование правового поля развития инновационной инфраструктуры в целях активизации функционирования ее основных специализированных субъектов.

Рассматривая законодательство в области формирования инновационной инфраструктуры, необходимо отметить, что одним из ключевых правовых актов в этой области стал Указ Президента Республики Беларусь от 3 января 2007 г. № 1 «Об утверждении Положения о порядке создания субъектов инновационной инфраструктуры», которым определяется порядок создания и регистрации научно-технологических парков, центров трансфера технологий, венчурных организаций. Дальнейшее развитие основные положения в отношении данных субъектов инфраструктуры получили в Законе Республики Беларусь №425-З от 10.07.2012 г. «О государственной инновационной политике и инновационной деятельности в Республике Беларусь» (ст.25-28).

Несмотря на то, что вышеупомянутые нормативно-правовые акты содержат нормы декларативного характера и в них отсутствует действенный меха-

³² Наука и инновационная деятельность в Республике Беларусь. Статистический сборник. 2016. Минск: Национальный статистический комитет Республики Беларусь, 2016. – С. 121.

низм, призванный непосредственно стимулировать активность субъектов хозяйствования в инновационной сфере, это позволило, в определенной степени, обеспечить взаимодействие сферы науки и производства, государственного и частного секторов экономики, выразившееся в активизации развития ряда технопарков (Парк высоких технологий (ПВТ), Китайско-Белорусский парк «Великий камень», Научно-технологический парк БОКУП «Центр внедрения научно-технических разработок» г. Брест, Гомельский научно-технологический парк, Минский областной технопарк и др.) и центров трансфера технологий (Республиканский центр трансфера технологий (РЦТТ), центры трансфера технологий учреждений высшего образования и др.), чего нельзя сказать о венчурных организациях, которых в настоящее время в республике пока нет.

Базируясь на таких принципах, как обеспечение соблюдения баланса интересов всех заинтересованных сторон, создание системы справедливого вознаграждения сторон, правовая охрана и эффективные средства защиты интересов сторон, деятельность субъектов инновационной инфраструктуры содействует сотрудничеству между разработчиками, предпринимателями и инвесторами. При этом права и обязательства участников обеспечиваются правовой защитой посредством заключения соответствующих договоров. А это, в свою очередь, требует совершенствования договорных отношений. Безусловно, действующее законодательство, и в частности Гражданский кодекс Республики Беларусь, содержит ряд положений, регулирующих взаимоотношения сторон. Так, п. 2 ст. 726 ГК РБ определено, что если в договоре на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ не закреплено распределение прав сторон, то заказчик может использовать полученные результаты, в том числе способные к правовой охране, по своему усмотрению, а исполнитель – вправе применять их для собственных нужд. Но такая формулировка на практике вызывает ряд вопросов, связанных с оформлением прав интеллектуальной собственности, с временными и территориальными границами распределения прав между заказчиком и исполнителем, с ответственностью перед третьими лицами и т.д.. Учитывая это, стороны должны более тщательно подходить к формулированию отдельных договорных положений, что на практике бывает не всегда.

Таким образом, необходимость систематизации нормативно-правовой базы в области инновационной деятельности является очевидной. Переход экономики Республики Беларусь на инновационный путь развития невозможен без продуманной и взвешенной государственно-инновационной политики и соответствующего правового обеспечения. Решению накопившихся проблем будет способствовать формирование специализированного правового регулирования, направленного на раскрытие понятия «инновация», уточнение порядка их создания, охраны их в качестве объектов интеллектуальной собственности, совершенствование договорных отношений при создании инноваций, оказание услуг, связанных с инновационной деятельностью, страхование рисков при осуществлении такого рода деятельности и др.

*В.Р. Дзьоник, к.ю.н., доцент кафедры
теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета*

Право и современная экономика как взаимообусловленные общественные явления

В качестве важнейшего правового инструментария регулирования хозяйственной деятельности субъектов негосударственного сектора экономики всегда рассматривалось частное право. По данному поводу в науке отмечается, что «частное право по своей природе является единственно приемлемой формой нормального имущественного, в том числе предпринимательского, оборота»³³. Очевидно, что предпринимательская деятельность как автономное явление в принципе организуется на основе своих собственных правил и принципов, устанавливаемых субъектами этой деятельности автономно, а договор как частноправовой инструмент регулирования отношений хозяйствующих субъектов является в принципе основным регулятором их отношений.

В то же время мы не можем согласиться с мнением известных цивилистов о том, что «частное и публичное право во всех развитых правовых порядках продолжают существовать как две самостоятельные, независимые ветви правового регулирования, как два различных типа правового воздействия на общественные отношения...»³⁴.

Стоит отметить, что в современном правовом порядке нормативный материал, который мы относим к частному праву, также разрабатывается при непосредственном участии органов государственной власти. Иначе говоря, несмотря на свободу определения частными хозяйствующими субъектами своих взаимных прав и обязанностей при осуществлении сделок, они все же применяют административно-правовой нормативный материал для регулирования своих отношений. Действительно, даже говоря о так называемых «непоименованных» договорах, то есть тех, которые сформированы субъектами правоотношения *ex nihilo*, или в отсутствие какого-либо правового основания применяется правило, в соответствии с которым они не должны противоречить закону (п. 1 ст. 7 ГК РФ: «права и обязанности возникают из договоров и иных сделок, предусмотренных законом, а также из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему»).

В науке административного права уже обращалось внимание как на саму необходимость административно-правового регулирования деятельности субъектов негосударственного сектора экономики, так и на ее постоянный рост. Так, например, Ю.М. Козлов отмечает, что «переход к рыночным отношениям в экономике повлиял и на сущность административного права. Возникновение

³³ Герасимов А.А. Понятие и правовая природа саморегулируемых организаций в гражданском праве России: сущность и содержание // Государство и право. 2010. № 5. С. 30–33.

³⁴ Алексеев С.В. Административно-правовое регулирование предпринимательской деятельности: дисс. д-ра. юрид. наук. М., 2005. С. 14.

многообразие форм собственности потребовало и равной защиты со стороны государства всех ее видов, государственного регулирования новых экономических процессов. Между тем на первом этапе экономических реформ государство вместе со сложившимся ранее правовым механизмом “ушло” из экономики, предоставив право решать возникшие в экономике совершенно новые проблемы рыночным механизмам, в частности – конкуренции. Однако все это привело к возникновению дикого рынка, дикой приватизации и другим тяжелым последствиям. Стало ясно, что без государственного регулирования, и прежде всего административно-правового, экономические проблемы решить невозможно. Государство с помощью административного права стало усиливать свое воздействие на экономику, облакая экономические механизмы (цена, прибыль, налог, пошлина, квота, кредит и т.д.) в административно-правовую форму, т.е. пошло по пути, по которому идут все развитые страны»³⁵.

На необходимость административно-правового регулирования деятельности субъектов негосударственного сектора экономики обращалось и внимание в рамках позитивного права. Так, например, причины ограничения частно-правовых интересов посредством административно-правового регулирования были определены в судебной практике Конституционного Суда. Действительно, Конституционным Судом уже не раз отмечалось, что свобода экономической деятельности и право собственности могут быть ограничены при «необходимости соотнесения принадлежащего лицу права собственности с правами и свободами других лиц, которое означает, что собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, если они не противоречат закону и иным правовым актам и не нарушают права и законные интересы других лиц»³⁶. Таким образом, Конституционный суд пытается, с одной стороны, учесть необходимость защиты конституционных прав и свобод предпринимателей (право собственности, свобода экономической деятельности), а с другой стороны, необходимость защиты прав и законных интересов других лиц (например, клиентов предпринимателя). Как следствие, таким образом, Конституционный Суд указывает, что, несмотря на то, что административно-правовое воздействие на частноправовые интересы ограничено основными правами и свободами хозяйствующих субъектов, оно все же необходимо и не может не существовать.

На законодательном уровне существует ряд актов, регулирующих деятельность частных хозяйствующих субъектов с целью защиты прав других лиц.

Наиболее ярким примером может служить Закон РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей» (закон о правах потребителя). В законе однозначно указано, что он регулирует «отношения, возникающие между потребителями и изготовителями, исполнителями, импортерами, продавцами при продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг), устанавливает права потребителей на приобретение товаров (работ, услуг) надлежащего качества и безопасных для жизни, здоровья, имущества потребителей и окружающей среды,

³⁵ Герасимов А.А. Понятие и правовая природа саморегулируемых организаций в гражданском праве России: сущность и содержание // Государство и право. 2010. № 5. С. 33.

³⁶ Там же. С. 34.

получение информации о товарах (работах, услугах) и об их изготовителях (исполнителях, продавцах), просвещение, государственную и общественную защиту их интересов, а также определяет механизм реализации этих прав». Иначе говоря, данный акт регулирует отношения между хозяйствующими субъектами негосударственного сектора экономики (изготовителями, исполнителями, импортерами, продавцами) и другими лицами (их клиентами, потребителями) с целью защиты прав (потребителей), «а также определяет механизм реализации этих прав». Таким образом, административно-правовое воздействие на деятельность субъектов негосударственного сектора экономики осуществляется с целью защиты прав граждан (в данном случае потребителей).

В качестве примера конституционных принципов и ценностей, с целью защиты которых законодатель или органы исполнительной власти могут регулировать деятельность субъектов негосударственного сектора экономики, мы можем назвать охрану природы, на которую ссылается уже упомянутая ст. 74 Конституции РФ.

Таким образом, законодательство и, шире, нормативные правовые акты довольно подробно регламентируют деятельность хозяйствующих субъектов с целью охраны природы.

Аналогичное административно-правовое регулирование деятельности хозяйствующих субъектов было создано и с целью охраны других конституционно-правовых ценностей. Как следствие, административно-правовое воздействие на негосударственных субъектов экономики является довольно интенсивным, несмотря на тот факт, что деятельность частных хозяйствующих субъектов защищена конституционными правами и свободами. Такое вмешательство органов государственной власти в деятельность субъектов негосударственного сектора экономики объясняется необходимостью защиты прав других лиц, а также конституционных ценностей, которые потенциально могут быть нарушены хозяйствующими субъектами негосударственного сектора экономики.

Таким образом, административно-правовой статус хозяйствующих субъектов негосударственного сектора экономики довольно плотно зарегулирован. Действительно, помимо обязанностей регистрации хозяйствующих субъектов негосударственного сектора экономики, соблюдения ими прав их клиентов, а также защиты от нарушений этими субъектами таких конституционных ценностей, как защита окружающей среды, обеспечение безопасности, защита жизни людей и культурных ценностей, особо следует выделить защиту прав работника. Данный вопрос имеет особое значение как потому, что негосударственный сектор экономики является основным двигателем трудовой занятости в государстве, так и потому, что в отличие от указанных выше ценностей, против поставляемых лишь отдельным категориям частных хозяйствующих субъектов в зависимости от рода их деятельности, уважение трудового законодательства применимо ко всем частным хозяйствующим субъектам³⁷. Последнее, в частности, содержит нормативное регулирование таких аспектов деятельности, как: правила

³⁷ Захаров Ю. Тарифное регулирование в электроэнергетике // Хозяйство и право. 2014. № 12. С.14.

безопасности труда; охрана здоровья работника; разрешение трудовых споров между работником и работодателем и т.п. (ст. 1 Трудового кодекса РФ)³⁸.

Стоит отметить, что административно-правовой статус субъектов негосударственного сектора экономики неоднороден, что объясняет дифференцированный подход к административно-правовому воздействию на частных хозяйствующих субъектов. Действительно, интенсивность административно-правового воздействия на частноправовые интересы варьируется в зависимости от сферы экономической деятельности.

Так, например, Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» ограничивает осуществление отдельных видов деятельности необходимостью не только государственной регистрации частных хозяйствующих субъектов, но и необходимостью получения лицензии, т.е. ограничивает предпринимательскую деятельность в отдельных сферах экономики более серьезным образом³⁹.

Стоит отметить, что такое более серьезное административно-правовое воздействие на частноправовые интересы является обоснованным, так как в соответствии с законом оно ограничивается лишь отдельными сферами жизнедеятельности, т.е. является исключением из принципа свободы экономической деятельности⁴⁰. Более того, такое ограничение обосновано в законе «целью предотвращения ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности» (п. 1 ст. 2).

³⁸ Ионова Ж.А. Правовые проблемы лицензирования предпринимательства России // Правоведение. 2016. № 3. С.15.

³⁹ Кожевников О.А. О роли прокуратуры в борьбе с коррупцией // Бизнес, менеджмент и право. 2014. № 2. С. 18

⁴⁰ Корнилов Э.Г. Положительные тенденции развития законодательства о потребительских правах // Хозяйство и право. 2017. № 12. С. 21.

*П.Г. Мартысюк, докт. филос. наук,
профессор кафедры уголовного права
и процесса, филиала РГСУ в г. Минске*

Нравственно-правовая ответственность в принятии управленческих решений

Система нравственно-правовых отношений непосредственно влияет на формирование духовной сферы общества, во многом определяющей самостоятельность индивида, его способность принимать решение, осуществлять моральный выбор. Общество должно учитывать целеполагание, проистекающее от субъекта, так как зачастую социальная ситуация, в которой он оказывается, диктует ему наиболее приемлемую для него линию поведения.

Одним из признаков морали является всеобщность. Она выступает в качестве максимы поведения, основанной на признании самоценности человеческого общества каждым субъектом нравственно-правовых отношений. Всеобщность морали приводит индивидов к нравственному соглашению и вместе с этим не устраняет субъективный уровень ее восприятия каждым индивидом. Подобное конкретизирует и индивидуализирует мораль и вместе с тем напоминает о ее объективных основаниях. Объективность и субъективность как качественные характеристики морали не дают возможности констатировать ее как неукоснительное правило в силу того, что она суммируется из условных норм поведения.

Мораль, будучи важнейшей составляющей духовной природы человека, по своему содержательному наполнению шире права, а по сему способна сохранять действенную силу вне правового поля. Мораль не регулируется правом, а наоборот, непосредственно влияет на его развитие. В работе «Философия права» Гегель указывает на то, что такая этическая категория, как «добро», проистекает из имманентной природы человека. По этой причине какое-либо принуждение, подвигающее субъекта в сторону принятия добра, не имеет достаточных оснований. Вследствие этого «государственные законы не могут распространяться на убеждения, ибо в области морального я есть для себя самого и насилие здесь не имеет смысла» (1, с.143). В случае, когда государство нарушает границы властвования над личностью, позволяет себе вмешиваться в ее интимную жизнь, оно тем самым нарушает порядок, гармонию взаимодействующих сфер человеческого бытия.

Строгое следование моральной норме, которая изначально поддерживает идею коллективного начала как единственно правильную в социальном смысле, предполагает исчезновение уникальности той реальной ситуации, которая встает перед субъектом нравственного действия. Подобная уникальность не существует изначально и не оформляется заранее в системе нравственно-правовых отношений. Она задается в процессе развития человеческого общества и связывается с индивидуальным нравственным поиском.

Одним из направлений реализации уникальности нравственно-правовой позиции выступает управленческая деятельность, которая, на наш взгляд, должна строиться на уважении достоинства человека, соблюдении выработанных человечеством элементарных норм нравственности и права, личностных потребностей и мировоззренческих ориентиров.

Управленческая деятельность лежит в основе культуры человеческих взаимоотношений. Порождаемое ею коммуникационное действие, предполагает взаимодействие руководителя и подчиненных, упорядочиваемое согласно нормам, принимаемым за обязательные требования. При этом если совершаемое в рамках служебной деятельности инструментальное действие ориентировано на успех, то коммуникативное действие – на взаимопонимание действующих индивидов, их консенсус. Оно предполагает координацию тех усилий людей, которые направлены именно на взаимопонимание.

Нравственно-правовая ответственность в управленческой сфере обладает определенной динамикой в силу того, что способна изменяться как содержательно, так и формально. Неслучайно, она является отражением личностного и профессионального роста субъекта, сопровождающегося переживанием сомнений и обретением уверенности в возможности и целесообразности совершения тех или иных поступков и действий на определенном этапе принятия управленческих решений.

Правильность принятия управленческих решений напрямую зависит от уровня компетентности руководителя, его профессиональной позиции, обретенной в процессе познания и образования. Весьма существенную роль здесь играет и жизненный опыт. Здесь следует также указать и на то, что любое управленческое решение, принимаемое руководителем должно осуществляться в рамках юридического закона. Хотя при этом и допускается следование известному принципу, что «все, что не запрещено законом, – разрешено». Однако, все же следует помнить о том, что выполнение моральных требований является делом совести каждого.

Искусство управления заключается в постижении культуры личности, включая и смыслы ее деятельности. Если люди считают, что могут хотя бы в умеренной степени лично контролировать свою судьбу, они будут проявлять большее упорство в решении стоящих перед ними задач. Они будут чувствовать большую ответственность за них. Социальный подход предполагает, что решения о целях носят характер ценностного, а не механического выбора. Такие акты выбора определяются не столько ясностью мысли, сколько социальной позицией, устоявшимися привычками, стереотипами и прочими динамическими факторами, которые влияют на людей, работающих в коллективе. Учесть все это может лишь управленец, имеющий четкую духовно-нравственную и профессиональную позицию, способный понимать людей, мотивы их деятельности, хорошо разбирающийся в тонкостях осуществления этой деятельности. Реализуемый им гуманистический подход в оценке труда подчиненных отмечается внутренней смысловой устремленностью на постижение таких результатов, которые принесут равное благо как себе, так и другим людям.

На основании сказанного можно заключить, что человек в силу состоятельности своей нравственной позиции в состоянии не только вмешиваться в нравственно-правовые процессы, происходящие в обществе, но и задавать им определенный смысл. Человек является в полной мере человеком, когда живет согласно нормам, которые сам для себя устанавливает. Идеальные основания морали и права можно выявить только в едином социальном пространстве, где каждый субъект общественных отношений рассматривается одновременно и как нравственная цель и как нравственное средство в достижении общественной цели. В этой ситуации мы вправе говорить о гуманистической мере во взаимоотношениях индивидов в обществе, формирующей приемлемую нравственно-правовую основу системы социального управления.

*Ю.В. Рогова, к.ю.н., доцент кафедры правоведения
Северо-Западного института управления
Российской Академии Народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ*

**Гражданско-правовой договор как способ обеспечения
экономических процессов на современном этапе развития
российского государства**

В современных условиях, характеризующихся демократизацией всех сфер общественной жизни в России, развитием рыночной экономики, преобладанием имущественных отношений (или иных, но связанных с ними) над всеми остальными общественными отношениями, значительно возросла роль договора как удобного правового механизма регулирования отношений субъектов гражданского оборота⁴¹.

Многообразие общественных, в том числе экономических отношений, может получить самую различную имплементацию, универсальной из которых можно считать Всемирную торговую организацию (ВТО), однако, в какой бы форме они не проявлялись, в основе любой из них продолжает оставаться договор.

Договорная конструкция отношений при осуществлении экономической деятельности или деятельности в общегражданских отношениях, способна придать этим отношениям необходимую определенность прав и обязанностей, а значит определенный уровень стабильности, а за ней и прогнозируемости своей деятельности.

О договоре написаны фолианты, могущие образовать не одну библиотеку. И будет еще много написано⁴². Легальное определение договора, как соглашения, закреплено в пункте 1 статьи 420 Гражданского кодекса РФ⁴³: «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». Содержащееся в ст. 420 ГК РФ легальное определение договора отражает традиционный для правовых систем романо-германской семьи подход к определению договора через соглашение, берущей свое начало в римском частном праве.

В условиях неустойчивости экономических отношений, договор продолжает обеспечивать эффективный обмен произведенными и распределенными материальными благами в случае изменения потребностей участников экономического оборота, в условиях изменяющихся экономических связей и отношений. В период экономических колебаний, принцип свободы договора расши-

⁴¹ Рогова Ю.В. Договор как средство обеспечения стабильности гражданского оборота. Дисс. ... к.ю.н. Казань. 2016 г. С. 3

⁴² Развитие основных идей гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова / Исслед. центр част. права; Ин-т част. права; отв. ред. С.С. Алексеев. – М.: Статут, 2011. С. 231.

⁴³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 29.12.2017) // "Российская газета", № 238-239, 08.12.1994. с учетом изменений и дополнений [Электронный ресурс] режим доступа <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online>.

ряет возможность легальной оптимизации деятельности взаимосвязанных юридических лиц, придавая возможность заключения непоименованных договоров, направленных на перераспределение имущества (ресурсов) между ними.

В свете активного развития рыночных отношений, малого бизнеса можно сказать, что структура современной экономики России находится на третьем этапе преобразований. От ориентации экономики на производство сырья осуществляется переход к внедрению инноваций и высоких технологий в производственные процессы, процессы сбыта товаров и т.п. Введение новшеств, всегда приводит к необходимости правового регулирования новых направлений деятельности. Договоры, направленные на регулирование хозяйственной (предпринимательской) деятельности в цивилистике принято именовать хозяйственными договорами, несмотря на отсутствие его законодательного вида. Хозяйственные договоры это некий правовой инструмент, обладающий спецификой и связывающий предпринимателя с внешним миром и позволяющий ему получать, прибыль от передачи своего имущества в пользование другим лицам, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Конструкций основных гражданско-правовых договоров, применяемых в экономических отношениях определяются, прежде всего, видом хозяйственной деятельности и степенью участия государства в данных экономических отношениях. Развитие экономики находится в большей зависимости от вливания государственных финансовых потоков в экономические отношения.

При формировании участниками гражданского оборота того или иного договора наиболее часто используют законодательно предписанную договорную конструкцию, опосредующую те обязательственные отношения, возникновение которых предполагают такие участники. Изменение соглашением сторон конструкции (модели) договора установленной законом не влечет недействительности договора, т.к. в этом случае контрагенты реализуют закрепленное в ст. 9 ГК РФ право по своему усмотрению осуществлять принадлежащие им гражданские права, но такое соглашение дезавуирует принудительную силу договора. В результате право создает эффект не идентичный, но местами близкий к тому, который имел бы место, если бы соответствующие сделки были просто запрещены, в то же время допуская определенную гибкость в регулировании таких отношений. Использование непоименованных договоров участниками гражданского оборота закреплено законодательно, но их часто использование в экономической деятельности приводит к необходимости их законодательного закрепления.

Устоявшиеся экономические отношения, имеющиеся между хозяйствующими субъектами также требуют облачения, что в настоящее время осуществляется с помощью заключения рамочного договора в соответствии со ст. 429.1 ГК РФ, позволяющим установить общие условия обязательственных отношений между сторонами, которые при необходимости могут быть дополнены заключением отдельных договоров, или путем заявлений одной из сторон.

В начале ведения хозяйственной деятельности предприниматели часто сталкиваются с проблемой заключения договора с более крупными хозяйствующими субъектами, занимающими ведущие места на рынке. Выходом в данной

ситуации может стать приобретение опциона на заключение договора и в последующем заключение самого опционного договора. Данная возможность была предусмотрена законодателем в марте 2015 году, закреплением ст. 429.2 и 429.3 ГК РФ. Проблемы применения опциона в рыночных отношениях стали объектом научных исследований ряда авторов⁴⁴, которые в основном полагают, что данное в ст. 429.3 ГК РФ определение опционного договора, а также порядок его регулирования не достаточны, чтобы отнести его к специальному виду. По нашему мнению, целесообразно расширять практику заключения опционных соглашений, например для более эффективной проработки сторонами научно-технических, производственных, правовых и рыночных аспектов. Примером эффективности использования опционного соглашения на современном этапе развития рыночных отношений может служить применение опциона в рамках использования права интеллектуальной собственности. Опционный договор в рамках использования права интеллектуальной собственности должен предусматривать передачу потенциальному лицензиату не исключительного права на использование патента, а исключительного права покупателя заключить лицензионный договор в течение срока опциона. В мировой практике подписание опционного договора, позволяет лицензиату: 1) получить более подробную информацию о предлагаемой лицензии (не раскрывающую, тем не менее, секреты технологии и / или ноу-хау); 2) получить определенный период времени для принятия окончательного решения о покупке лицензии, составляющей в среднем от 3 до 6 месяцев; 3) произвести оплату лицензиару за данные права, составляющую в среднем 10-20% от цены лицензии.

Ведение хозяйственной деятельности участниками гражданского оборота часто сопряжено с использованием различных видов энергии (электроэнергии, тепловой энергии и т.п.), в связи с этим актуальным является заключение договора с исполнением по требованию, т.е. абонентского договора, предусмотренного ст. 429.4 ГК РФ. Заключение абонентского договора с энергоснабжающими организациями явление повсеместное, вместе с тем к абонентскому договору могут быть отнесены и договора об оказании услуг в сфере связи или технического обслуживания, например договор о предоставлении консультационных услуг или договор по бухгалтерскому сопровождению⁴⁵. Выгодность с эконо-

⁴⁴ Абашин М.С. Некоторые теоретические и практические проблемы применения опциона на заключение договора и опционного договора // Международный научно-практический журнал. Юридические науки. Выпуск № 8(62) Август 2017., [Электронный ресурс] режим доступа <https://research-journal.org> (дата обращения 08.02.2018 г); Карапетов А.Г. Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации № 3/2016. С. 49-72 [Электронный ресурс] режим доступа http://www.m-logos.ru/img/Karapetov_Opcioni_statiya.pdf (дата обращения 08.02.2018 г); Садыков А. Опцион на заключение договора и опционный договор – это не одно и то же! [Электронный ресурс] режим доступа <https://lawyerlife.ru/izmeneniya-v-zakonodatelstve/opcion-na-zaklyuchenie-dogovora-i-opcionnyj-dogovor-eto-ne-odno-i-to-zhe.html> (дата обращения 08.02.2018 г) и др.

⁴⁵ Карапетов А.Г. Новые договорные конструкции в ГК РФ: абонентский договор и опционы [Электронный ресурс] режим доступа http://www.m-logos.ru/img/Karapetov_Opcioni_statiya.pdf (дата обращения 08.02.2018 г)

мической точки зрения данного договора для абонента заключается: 1) в наличии «под рукой» квалифицированного специалиста, способного в кратчайшие сроки вникнуть в проблему и принять меры к ее разрешению, в соответствии со взятыми на себя обязательствами по абонентскому договору, ибо как говорят экономисты «время – деньги», т.е. гарантированное исполнение обязательств; 2) абонент в разные периоды может затребовать различные объемы услуг, причем иногда их стоимость может превышать размер фиксированной платы, т.е. выгоду в цене; 3) четкое планирование своих расходов, ибо абонентская плата является твердой на весь срок действия договора; 4) сокращение административной нагрузки, связанной с необходимостью выбора исполнителя и согласования цены по каждому новому случаю, когда требуются соответствующие услуги.

Экономисты отмечают, что заключение абонентского договора в настоящее время выгодно и для исполнителя, например: 1) исполнитель получает определенные гарантии окупаемости изначальных вложений и постоянных расходов (арендная плата, зарплата сотрудников и т. п.); 2) Исполнитель имеет возможность планировать свой доход в течение срока действия абонентского договора, и при небольшом объеме запрошенных услуг размер абонентской платы может существенно превысить расходы исполнителя; 3) исполнитель сокращается время и нагрузку, обусловленную необходимостью согласования цен на разовые услуги. Он сокращает административную нагрузку, связанную с необходимостью согласовать цену разовых услуг⁴⁶.

Современный этап развития экономики сопровождается активным внедрением научно-технических достижений в хозяйственный оборот посредством деятельности инжиниринговых фирм, которые позволяют в полном объеме обеспечить охват всего инновационного цикла. Создание, производство и реализация инновационных продуктов сопряжены с заключением договоров на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, на покупку инновационных технологий, на внедрение технологий, на трансфер инновационных технологий, на трансфер инновационных технологий. В меньшей степени используются лицензионный договор и цессия, которые в большей степени регулируют отношения между субъектами инновационной деятельности в рамках использования исключительных прав и их комплексов.

Осуществление хозяйственной деятельности юридическими лицами невозможно без банковского счета, в связи с этим актуальным является использование номинального счета и счета эскроу, которые создают больше возможностей для развития предпринимательской деятельности в России. Использование номинального счета, залогового счета, счета эскроу позволяют избежать различных мошеннических схем, потери денежных средств вследствие недобросовестного соблюдения договорных обязательств контрагентами. Номинальные счета также применяются в предпринимательской деятельности хозяйствующих

⁴⁶ Абонентский договор [Электронный ресурс] режим доступа <https://www.lawyercom.ru/article/2032-abonentskiy-dogovor> (дата обращения 20.02.2018 г.)

щими субъектами при осуществлении сделок с ценными бумагами; при взаимодействии организатора торгов с участниками; в отношениях между казенными предприятиями и публично-правовыми образованиями (бенефициар); при правоотношениях между арбитражным или конкурсным управляющим и кредиторами, где последние являются бенефициарами. С экономической точки зрения для предпринимателя использование номинального счета в банке, позволяет ему в случае необходимости быстрее получить независимую гарантию на выгодных условиях.

На основании изучения отдельных вопросов применения гражданско-правового договора в современных экономических условиях, можно сделать вывод, что обеспечение стабильности гражданского оборота по средствам договорного регулирования не должно осуществляться в отрыве от сложной практики их применения. Этим и обуславливается дальнейшая необходимость изучения гражданско-правового договора как средства обеспечения стабильности гражданского оборота и как правового инструмента организации рыночной экономики.

*А.К. Соловьев, д.э.н.
профессор Финансового университета,
заслуженный экономист РФ,
Начальник Департамента актуарных расчетов
и стратегического планирования
Пенсионный фонд Российской Федерации*

Пенсионная система как стратегический фактор долгосрочного устойчивого развития экономики России

Переход России к рыночной экономике потребовал адекватного реформирования пенсионной системы, преобразования ее из советской системы государственного пенсионного обеспечения в систему пенсионного страхования, способную самостоятельно, без участия государства, адаптироваться к циклическому характеру рыночного развития.

Пенсионная реформа представляет собой наиболее долгосрочный процесс трансформации не только социальных, но и всего комплекса макро- и микроэкономических отношений между участниками пенсионной системы: застрахованными лицами (пенсионерами) – страхователями (работодателями) – страховщиками, в том числе – государственными.

Переходный период трансформации пенсионной системы должен охватывать период жизни не менее 2-х поколений, чтобы обеспечить условия полной реализации накопленных пенсионных прав старшего поколения, с одной стороны, и обеспечить возможность полноценной реализации новых прав младшего поколения. В течение же самого переходного периода финансовым гарантом стабильности может быть только государственный бюджет. Ни в одной стране мира пенсионные реформы не проводились без серьезной государственной поддержки в той или иной форме (Германия, Польша, Казахстан).

Основным побудительным мотивом к ускорению реформы пенсионной системы на страховых принципах для России, как и для всех развитых стран мирового сообщества, послужил демографический кризис, который увеличивает нагрузку на экономику и создает серьезную угрозу финансовой обеспеченности государственных пенсионных обязательств. Ожидалось, что Россия почувствует всю остроту демографического кризиса к середине 2020-х гг., когда численность работающих станет меньше численности пенсионеров.

Демографический кризис XX1в. заставил не только Россию, но и все развитые страны мира перестраивать собственные пенсионные системы путем параметрических реформ существующих государственных пенсионных программ различными национально-адаптированными способами: путем внедрения накопительных элементов (как правило, корпоративно-добровольных), усиление требований к продолжительности трудового стажа (нормативный и минимальный) и к уплате страховых взносов («цене страхового года») и т.п.

Трансформация нестраховой пенсионной системы в страховую в силу огромного накопленного объема старых пенсионных обязательств неизбежно требует дополнительной нагрузки на экономику и государственный бюджет,

причем, чем быстрее осуществляется пенсионная реформа, тем выше будет нагрузка. Россия не является исключением из этого правила: ни в одной стране мира пенсионные реформы не проводились без привлечения средств государственного бюджета для поддержания финансовой устойчивости пенсионной системы в переходный период. В ряде стран (например, Китай) созданы специальные резервы на преодоление демографического кризиса.

Стратегической целью российской пенсионной реформы, одновременно со многими европейскими странами, является реализация страховых принципов, которые позволяют балансировать пенсионные права и обязательства в долгосрочной перспективе. При этом на каждом этапе реформы все мероприятия должны адаптироваться к конкретным макроэкономическим и демографическим условиям.

Так, на первом этапе были решены несколько задач:

- обеспечение текущей финансовой устойчивости пенсионной системы
- преодоление возросшей уравнительности пенсионных выплат и усиление персонифицированной дифференциации в непосредственной зависимости от уплаченных страховых взносов

Однако, поскольку пенсионная реформа не может быть осуществлена одномоментно, предусматривалась реализация отдельных принципов адаптировано к текущим макроэкономическим условиям, с учетом конкретных рисков на долгосрочную перспективу. Было намечено решение задач

- обеспечение текущей финансовой устойчивости пенсионной системы;
- повышение реального размера пенсий, восстановление их страховой природы для преодоления негативных последствий финансового кризиса;
- предотвращение кризиса пенсионной системы в связи со старением населения России⁴⁷.

Для решения *текущих задач* планировалась и была проведена конвертация (денежная переоценка) пенсионных прав (в зависимости от стажа и заработка пенсионера), изменена структура пенсий, в пенсионной формуле для преодоления уравнительности и усиления дифференциации пенсионеров по уровню пенсий стали учитывать суммы страховых взносов за застрахованное лицо в ПФР и ожидаемую продолжительность периода выплаты пенсии, введена субсидиарная ответственность государства по обязательствам ПФР для обеспечения его финансовой устойчивости.

Развитие российской пенсионной системы на основе страховых механизмов обязательного пенсионного обеспечения было прервано чередой финансовых глобальных и национальных кризисов, которые негативно проявились на условиях реализации базовых принципов пенсионного страхования:

- эквивалентности пенсионных прав застрахованных лиц и государственных обязательств;
- долгосрочной финансовой обеспеченности их выполнения;

⁴⁷ Стратегия-2020: новая модель роста – новая социальная политика. Итоговый доклад о результатах экспертной работы по актуальным проблемам социально-экономической стратегии России на период до 2020 г. [Электронный ресурс] / Под научной редакцией В.А. Мау, Я.И. Кузьмина: [сайт]. – Гл. 6. – с. 172-176. Режим доступа: <http://2020strategy.ru/>

- гарантии поддержания достойного уровня материального обеспечения всех категорий пенсионеров.

Перечисленные страховые принципы, которые были нарушены под влиянием затянувшегося на десятилетие бюджетно-финансового кризиса, наиболее сильно повлияли на пенсионные права одной из самых значимых для социально-экономического развития страны категорий граждан – работающих пенсионеров. Пенсионные права работающих пенсионеров в результате были нарушены по всем указанным позициям. В проблеме работающих пенсионеров сходятся самым ярким образом все причины современного кризиса пенсионной системы. Основные причины восходят к противоречивости институциональной сущности пенсионной системы и пенсий как института общественных финансов.

Институциональная сущность всех видов пенсий – это материальное обеспечение в случае утраты трудоспособности. При этом должны быть четко определены и нормативно закреплены как минимум две параметрические характеристики: финансовые источники, с одной стороны, и экономический механизм формирования пенсионных прав (размера пенсии), с другой стороны.

Материальное обеспечение пенсионера может достигаться двумя альтернативными способами:

- либо оно обеспечивается обществом независимо от трудового вклада человека,

- либо самим человеком, который зарабатывает себе на пенсию, «откладывая» (реально или виртуально) на нее в течение трудовой жизни.

Для обоснования экономического механизма определения размера страховой пенсии необходимо исходить из количественного критерия материального обеспечения пенсионера. Для этого в мировой практике применяются два критерия: достойный уровень потребления пенсионерами и адекватность утраченного заработка (или иного трудового дохода).

В экономически и социально развитых странах благополучно реализуются оба критерия, которые применяются как минимальный уровень потребления в форме государственной пенсионной системы и в форме корпоративного пенсионного обеспечения.

В нашей стране, как и в других странах с переходной экономикой и неразвитой системой трудовых отношений достойный уровень пенсионного обеспечения в формате минимальной государственной гарантии не достигается не только в пределах переходного периода, но и на горизонте стратегического макроэкономического прогноза. При этом гарантия ограничена прожиточным минимумом пенсионера независимо от накопленных пенсионных прав.

Достойный уровень материального обеспечения в Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы определен в 2,5-3,0 ПМП к концу стратегического периода – 2030г. Однако и этот уровень пенсии может быть достигнут только наиболее высокооплачиваемой категорией наемных работников (не более 15-20% всех застрахованных лиц).

При существующей цене рабочей силы и сохраняющейся на протяжении перестройки дифференциации заработной платы население не может заработать себе страховую пенсию на достойном уровне.

Так, например, 13,3% застрахованных лиц, работавших по найму, величина годового дохода имеют не более 50 тыс.руб. (т.е. менее 4,2 тыс.руб. в расчете на месяц), а у 5,8% из них была ниже 16,8 тыс.руб. (или менее 1,4 тыс.руб. в расчете на месяц).

Средний размер страховой пенсии по старости на 01.01.2017 г. (по данным 94-ПЕНСИИ) составил 13 172,2 руб. в месяц, тогда как для достижения ею 2,5-3ПМП в соответствии с целевыми ориентирами Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы России, ее уровень должен быть как минимум на 67,1% больше. Усложняет эту ситуацию и дифференциация по полу: у мужчин средний заработок на 34,6% выше, чем у женщин, соответственно, и индивидуальный пенсионный коэффициент (далее – ИПК) за год у них тоже выше – 4,9 балла у мужчин и 3,6 балла у женщин.

Поскольку средний размер страховой пенсии по старости в настоящее время 1,7 ПМП необходимо выяснить, какое сочетание страхового стажа и годового дохода действительно позволяет заработать достойную пенсию.

Проанализируем численность пенсионеров, которые относительно недавно вышли на пенсию (пенсия назначена в 2014 году и позднее), и продолжают работать в 2016 году. Для таких лиц известен страховой стаж, который они уже выработали на 2016 год, а также их годовой доход в 2016 году, на основании этих данных оценим долю пенсионеров, которые могут рассчитывать на пенсию не менее 2,5-3 ПМП. В расчетах также используются смоделированные данные о соотношении страхового стажа и уровня заработной платы, при которых средний размер страховой пенсии по старости составит не менее 2,5 ПМП.

Среди работающих пенсионеров, выработавших к 2016 году определенный страховой стаж и имевших в 2016 году определенный годовой доход, при сочетании которых средний размер пенсии составит не менее 2,5 ПМП, 31,8% – это лица со страховым стажем не менее 28 лет и доходом за 2016 год 600-800 тыс. руб.

В результате последней реформы работающие пенсионеры сильнее всех других категорий ущемлены в пенсионных правах.

Ограничение в 3 балла резко снижает возможности пенсионеров-мужчин во всех возрастных группах (кроме до 30 лет). В возрасте 60-65 лет мужчины заработали 4,6 балла и при переходе в следующие возрастные группы ИПК остается на уровне 3,6-4,5 баллов. У женщин показатели значительно ниже: после общеустановленного пенсионного возраста выше 3 баллов они заработали лишь в возрастных группах 55-59 лет и 60-64 года. В среднем работающие пенсионеры-мужчины заработали в 2016 году 4,8 балла, женщины – 3,6 балла.

Работающие пенсионеры обделены не только по этой причине.

- 1) Отсутствует индексация пенсий.
- 2) Отсутствует повышающий коэффициент.

На западе при уменьшении пенсий работающих пенсионеров учитывается не только уровень их пенсий, но и совокупные доходы такого пенсионера и его семьи.

Численность работающих пенсионеров-наемных работников, которым начислялись выплаты и иные вознаграждения, по данным СПУ в 2016 году в Российской Федерации составила 11,2 млн. чел., из них 63,9% женщины.

20,0% работающих пенсионеров-женщин и 36,2% работающих среди наемных работников доля пенсионеров составила 18,9%, при этом среди женщин показатель выше на 8,5 п.п., чем среди мужчин (14,4%), и составил 22,9%. В возрасте меньше общеустановленного пенсионного этот показатель ниже – 5,7%.

Категория получателей страховых пенсий ранее общеустановленного пенсионного возраста – получатели досрочных пенсий (28,9% в целом по Российской Федерации по данным 94-ПЕНСИИ).

Работающие получатели досрочных пенсий в целом по Российской Федерации составляют 9,6% от получателей страховых пенсий (33% от получателей досрочных пенсий), что свидетельствует об их низкой трудовой активности, однако в зависимости от региональных особенностей значения данного показателя по субъектам РФ варьируются.

В большинстве регионов (69,8% от общего числа регионов) удельный вес работающих получателей досрочных пенсий составляет не более 10%. В отдельных регионах данный показатель достаточно высок – в 10 регионах работающие досрочники составляют более 30% от получателей страховых пенсий (в Чукотском а.о. 53,1%, в Магаданской области – 45,3%).

Удельный вес работающих получателей досрочных пенсий по Списку 1 в численности получателей страховых пенсий в целом по Российской Федерации составил 1,3%. В 75 регионах (87,2% от общего числа регионов) данный показатель не превышает 2,0%. Лишь в 3 регионах доля работающих получателей досрочных пенсий по Списку 1 составила более 3,0%: в Мурманской области – 3,5%, в Кемеровской области – 4,2%, в Чукотском а.о. – 4,6%.

Удельный вес работающих получателей досрочных пенсий по Списку 2, включая схожие условия назначения, больше, чем по Списку 1, и составил в целом по Российской Федерации 2,2%. По отдельным регионам данный показатель в основном колеблется от 1,0% до 3,0% (в 74,4% регионов). Значение показателя больше 3,0% наблюдалось в 17 регионах. Самый высокий показатель (7,9%) отмечался в Чукотском а.о.

Удельный вес работающих получателей досрочных пенсий за Крайний Север в численности получателей страховых пенсий в целом по Российской Федерации составил 2,2%. В большинстве регионов (63 региона или 73,3% от числа регионов) данный показатель составил не более 1,0%. Лишь в 11 регионах доля получателей досрочных пенсий по Крайнему Северу более 20,0%, исходя из их территориальных особенностей, больше всего таких получателей в Чукотском а.о. (34,3%) и в Магаданской области (33,5%)⁴⁸.

Среди застрахованных лиц (в возрасте 55 лет и старше (женщины) и 60 лет и старше (мужчины)), зарегистрированных в СПУ, работающие пенсионеры составляли 21,3% и 21,4% соответственно.

Средний страховой стаж после назначения пенсии у женщин 55 лет и старше составил 6,4 года, у мужчин 60 лет и старше – 5,6 лет. Средний страховой стаж 65-69-летних работающих женщин (которым в 2002 году было не бо-

⁴⁸ Соловьев А.К. Актуарный анализ формирования досрочных пенсий по старости для обоснования условий их страхового обеспечения // Вопросы статистики. – 2016. – № 9. – С. 49-55.

лее 55 лет и которые могли отработать с 55 лет 10-15 лет) составляет 10,7 года. У мужчин 70-74 лет – чуть меньше – 10,3 года.

Основная доля пенсионеров после общеустановленного пенсионного возраста имеют стаж до 5 лет: 45,5% женщин и 52,7% мужчин. Стаж от 5 до 10 лет после назначения пенсии имеют 30,4% женщин и 29,4% мужчин. В группе стажа от 10 лет женщин больше, чем мужчин (24,1% у женщин против 17,9% у мужчин).

Таким образом, все работающие пенсионеры по тому или иному критерию, исходя из определения пенсии, могут быть лишены пенсии. Для устранения данного нормативно-правового противоречия экономическим механизмам формирования пенсионных прав застрахованных лиц, понятие пенсии необходимо изменить, так как оно не соответствует определению пенсии как эквивалента пенсионных прав и обязательств. Необходимо следующее: каждый человек должен получать необходимую ему пенсию с того момента, как он накопит себе прав на такую пенсию: тогда каждый застрахованный сможет реализовать свое конституционное право получать страховую пенсию, на которую рассчитывал.

Для реализации страховой пенсионной системы на страховом механизме используется понятие страхового аннуитета. Эквивалентность пенсионных прав и обязательств реализуется через систему аннуитета: если человек накопил необходимые пенсионные права, то он начинает получать эквивалентную пенсию.

Конечно, должен устанавливаться минимальный пенсионный возраст. Это договор, который исходит из демографических условий и должен отсекал перспективный⁴⁹ возраст, закрепив его как контрольную величину. К этому возрасту человек либо имеет необходимую сумму для получения аннуитета либо не имеет. Если у человека нет необходимой суммы, то он продолжает работать, если есть такая возможность, но без назначения пенсии, если нет возможности работать – ему назначается социальная пенсия.

Идея состоит в том, что правовой институт пенсии не соответствует экономическому содержанию страховой пенсионной системы, надо привести их в соответствие. С точки зрения законодательства, работающие пенсионеры – это деклассированный элемент. Исходя из текста законодательного определения, они не имеют права получать пенсию в период работы. С другой стороны – перед наступлением пенсионного возраста они находятся под угрозой потери работы. Это больше относится к низкоквалифицированным кадрам, которых вытесняет рынок труда.

При этом люди не готовы к увеличению пенсионного возраста и вытеснению работающих пенсионеров, то есть изменению принципа солидарного пенсионного страхования. Это можно сделать только с изменением самого рынка труда: подготовкой необходимых квалифицированных кадров (ответственность государства) и созданием дополнительных рабочих мест (ответственность работодателей). Но это выходит далеко за пределы институциональных функций пенсионной системы. В то же время, замена одной формы пенсии на другую не даст никакого эффекта без изменения рынка труда и условий его существования и развития.

⁴⁹ Перспективный возраст – возраст, в котором предстоящая продолжительность жизни равна 15 лет

*И.Л. Честнов, докт. юрид. наук,
Проф. СПб юр. ин-т (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры РФ*

Экономический анализ права как тип правопонимания

Правопонимание – важнейшая проблема юридической науки. Ее актуальность особенно возрастает в периоды смены парадигм, исходных философских (методологических и онтологических), мировоззренческих оснований. Сегодня в общественных науках происходит такого рода трансформации, связанные, в первую очередь, с изменениями, происходящими в постсовременном глобализирующемся (или «глокализирующемся») социуме. Не обошли вниманием они и юриспруденцию. Поэтому справедливо замечание В.Н. Синюкова о том, что «XXI век и связанный с ним научно-технический прогресс, глобальные вызовы человеку ставят вопрос о смене эпох *юридического мышления*. Прежняя как формалистическая, так и социологическая и оценочная юриспруденция нуждается в дополнении направлениями, не апологизирующими, а отвечающими на кризис регулятивных систем традиционных правопорядков»⁵⁰.

Вышеизложенное, как представляется, подтверждает необходимость поиска нового правопонимания как «обоснование определенного взгляда на феномен права и фундаментальное представление о праве как явлении, категории, правовом институте и правовой ценности»⁵¹. Такое правопонимание должно отвечать вызовам постсовременности, связанными, по мнению В.В. Лазарева, с формированием информационного общества, с глобализацией, с трансформацией методологии юриспруденции в сторону метапарадигмальности, креативности исследовательского процесса, конструирования мира, единства субъекта и объекта познания, саморефлексии и самокритики исследователя, стохастичности жизненных процессов и правовых систем, разветвленности знаний, диалогизма, интеграции знаний⁵².

Одним из новых типов правопонимания является экономический анализ права (далее – ЭАП). Его отличает междисциплинарность, благодаря которой только и возможна научная новизна концептуального уровня, так необходимая сегодня для выхода из затянувшегося кризиса неопределенности, господствующего в современной «высокой» науке. Не случайно В.Н. Синюков указывает: «Объяснение права как социального явления, поиск его сущности требуют выхода за пределы непосредственной правообразовательной силы: государства, юридических норм, их источников – законов, указов, решений, постановлений, судебных актов и т. д. Без человеческих действий и поступков не существует ни государства, ни права, ибо человек по своей социальной природе явление правовое. Поэтому объяснение права вне представления о фундаментальных во-

⁵⁰ Теория правопознания в России: проблемы обновления // Проблемы истории, методологии и теории юридической науки: монография / отв. ред, А. В. Корнев. М., 2017. С. 38.

⁵¹ Юридическая картина мира как предмет юриспруденции // Там же. С. 194 (автор главы – Ю.А. Веденеев).

⁵² Классическая и постклассическая юридическая наука // Там же. С. 52-54.

просах природы человека, устройства общества, о закономерностях, "управляющих" человеческим сознанием и поведением, о соотношении последних с экономикой, культурой, религией невозможно. Правопознание как изучение сущности права не может не опираться на философию, социологию, психологию, культурологию, политологию и другие науки об обществе и человеке. Таким образом, концепции сущности права во многом заранее заданы исходными мировоззренческими представлениями исследователя о природе и устройстве мира, сознания и его связи с поведением»⁵³.

ЭАП представляет собой распространение экономических методов (или экономического мышления) на юридическую сферу общества и является междисциплинарным, «синтетическим» подходом⁵⁴. Его исходные положения представляют собой развитие идей *теории рационального выбора* или *теории общественного выбора*, соединенной с концепцией нового институционализма (неоинституционализма)⁵⁵. Эти подходы сегодня представляют собой социологические (в определенном смысле – социально-философские) направления анализа социальной реальности. Так, теория рационального выбора в энциклопедическом изложении рассматривается как «формальный и дескриптивный подход к рассмотрению и объяснению социальной жизни в современном социально-научном знании, согласно которому социальная жизнь поддается объяснению с точки зрения актов “рационального выбора” действующих субъектов. Теория рационального выбора известна также под названиями “теория коллективного выбора”, “теория социального выбора”, “теория игр”, “моделирование рационального действия”, “позитивная политическая экономия” и “экономически подход в эмпири-

⁵³ Теория правопознания в России: проблемы обновления... С. 31. О междисциплинарности ЭАП пишут также Р. Познер, Э. Коломбато и др. См.: Познер Р. Рубежи теории права. М., 2017; Коломбато Э. Рынки, мораль и экономическая политика. М., 2016.

⁵⁴ В.Л. Тамбовцев – крупнейший теоретик экономического анализа права в нашей стране – пишет: «Экономический подход к праву существенно меняет сам характер рассуждений юристов о праве, что связано с проникновением экономического стиля мышления в данную область», – Тамбовцев В.Л. В России много законов, которые не исполняются просто потому, что исполнены быть не могут // Новая юстиция. № 3. 2009 (4). С. 30. При этом он полагает, что экономическая теория права «представляет собой одно из современных направлений экономической науки, относимых к так называемой неоинституциональной экономике». – Там же. С. 30–31. Однако более правильным представляется, что, данное направление является междисциплинарным, так как правоведы с таким же основанием могут считать этот подход юридическим. Об этом же, применительно к конституционной экономике, пишет Г.А. Гаджиев: «Содержанием конституционной экономики... является выработка в процессе интерпретации базовых для экономики правовых принципов различного рода правил, императивов, запретов и рекомендаций. Которые были бы логичными исходя из внутренней логики права, но и эффективными с экономической точки зрения. И это означает, что в интерпретациях судов, присутствует, как отмечает Ричард Познер, “неявный экономический смысл”». – Гаджиев Г.А. Предмет конституционной экономики // Очерки конституционной экономики / Отв. ред. Г.А. Гаджиев. М., 2009. С. 38. Не вдаваясь в детальный анализ предмета конституционной экономики, замечу, что акцент здесь делается на междисциплинарности этого научного направления.

⁵⁵ Э. Коломбато отмечает, что одним из априорных допущений ЭАП является то, что «...право имеет отношение не к морали, а к максимизации общественной эффективности в условиях, когда существуют транзакционные издержки...». – Коломбато Э. Указ. Соч. С. 225.

ческих исследованиях политики и общества”... Теория рационального выбора придерживается позиций методологического индивидуализма и пытается объяснить результаты социального взаимодействия решениями, принимаемыми рационально действующими субъектами. Общим для всех теоретиков рационального выбора является инструментальная концепция индивидуальной рациональности, посредством которой индивиды максимизируют свою ожидаемую пользу формально предсказуемым образом. Широкое использование теории рационального выбора в исследованиях, проводимых в области социальных и политических наук, можно рассматривать как своеобразную “интервенцию” модели *homo oeconomicus* в эти дисциплины. В настоящее время тремя наиболее важными сферами приложения теории рационального выбора являются исследования группового поведения с точки зрения логики коллективного выбора, инициированные М. Олсоном, исследования политического участия и электорального поведения, начало которым было положено работами Э. Даунса, а также исследования влияния институтов на поведение экономических акторов с точки зрения анализа транзакционных издержек (Д. Норт).

Принадлежа к числу дескриптивных подходов в социальном теоретизировании, теория рационального выбора пытается исходить из строгих теоретических моделей и объяснять человеческое поведение на основе относительно небольшого числа теоретических предположений относительно “рациональности человеческого поведения”. Эти положения, как правило, касаются максимизации пользы, последовательности рационального действия, принятия решений в ситуации неопределенности, главенствующей роли принципа методологического индивидуализма при объяснении результатов коллективного действия, а также неизменности структуры вкусов и предпочтений действующих лиц»⁵⁶.

По мнению В.Л. Сморгунова, «теория рационального выбора ориентирована на активную роль человека при его столкновении с нормами: человек устанавливает нормы и действует в их границах, выбирая выгодное для себя поведение. В этом отношении теория рационального выбора заменяла идею “социологического человека” идеей “экономического человека”. Вместо человека, чувствительного к окружающей среде, пассивно интернализирующего нормы в процессе социализации, исполняющего системные роли и осуществляющего адаптивное поведение, теория рационального выбора ставит нацеленного, провокативного агента, максимизатора своих частных интересов»⁵⁷.

В этой связи следует заметить, что само по себе межличностное сравнение, особенно касающееся оценок таких морально окрашенных категорий, как справедливость, свобода, равенство и т.д., относящихся к «сущностно оспариваемым понятиям» (термин У. Гэлли) не имеет объективных критериев. Воз-

⁵⁶ Рационального выбора теория // Современная западная философия. Энциклопедический словарь / Под ред. О. Хеффе, В.С. Малахова, В.Т. Филатова при участии Т.В. Дмитриева. М., 2009. С. 173.

⁵⁷ Сморгунов В.Л. Теория рационального выбора и сравнительная политология // Рациональный выбор в политике и управлении / Под ред. В.Л. Сморгунова. СПб., 1998. С. 5.

можно поэтому позитивисты, сторонники аналитической философии⁵⁸, а вслед за ними многие экономисты относят вопросы ценностей, целей и мотивов в разряд ненаучных. Так, П. Самуэльсон утверждал: «Коренные вопросы, определяющие, насколько правильны или ошибочны преследуемые цели, не могут решаться наукой как таковой. Они относятся к области этики и оценки ценностей. В конечном счете, эти вопросы должны решаться всем обществом. Все, что может сделать специалист – это указать на существенные альтернативы и на действительные издержки, с которыми может быть связано то или иное решение»⁵⁹. Однако это не означает, что ценности и мотивация не имеют научно-го и практического значения в области права.

Очевидно значение мотива как факультативного признака с субъективной стороны состава правонарушения. Однако ценности и мотивы играют принципиально важную роль, прежде всего, в правопонимании⁶⁰. Более того, в основе любого социального феномена лежит его восприятие в психике субъекта (как коллективного – коллективные, общественные представления, так и индивидуального). Поэтому от господствующих ценностей, мотиваций, установок зависит коллективное действие, в котором именно таким, а не другим образом реализуется действие социального (и правового) института. Так, родоначальник социологической феноменологии А. Шюц показал, что в тех сферах, в которых человек не является специалистом, он действует на основе двух основных идеализаций, определяющих мотивацию и поведение: «и-так-далее» (я доверяю тому, что мир, каким я его знаю, останется таким и дальше) и «я-могу-это-снова» (мои прошлые успешные поступки приведут в аналогичной ситуации к успешному результату)⁶¹. Одновременно при этом предполагается, что любой на моем месте в аналогичной ситуации поступит точно таким же образом. Именно эти идеализации определяют господствующие экспектации – ожидания соответствующих действий от других. Очевидно, что такое здравосмысловое поведение значительно отличается от традиционного представления о рациональности, под которым понимается расчет, основанный на научном знании. О важности учета ценностных ориентаций для объяснения социальных изменений указывает Р. Будон⁶², а С. Московичи утверждает, что психическое и социальное

⁵⁸ Одним из первых антинаучность ценностей с позиций «защиты здравого смысла» провозгласил Дж. Мур. – Мур Дж. 1) Принципы этики. М., 1984; 2) Природа моральной философии. М., 1999; 3) Защита здравого смысла // Аналитическая философия: становление и развитие. Антология / Общ. ред. и сост. А.Ф. Грязнова. М., 1998. По мнению А.Дж. Айера «высказывания о ценностях» являются «фразами, лишенными смысла». – Айер А.Дж. Язык, истина и логика. М., 2010. С. 147 и след.

⁵⁹ Самуэльсон П. Экономика. М., 1994. С. 10.

⁶⁰ Такое правопонимание, например, характерно для психологической школы права (Л.И. Петражицкий, Г. Гурвич, М. Рейснер), правового экзистенциализма (В. Майхофер, А. Кауфман), феноменологии и герменевтики права (А. Райнах, Э. Бетти, П. Рикер) и продолжается сегодня в коммуникативной (М. ван Хук, А.В. Поляков) и антропологической парадигмах.

⁶¹ Schuetz A., Lukmann T. Strukturen der Lebenswelt. Bd. 1. Neuwied, 1975. S. 26.

⁶² Будон Р. Место беспорядка. Критика теорий социального изменения. М., 1998. С. 165 и след.

неразделимы, психическое (верования, страсти и т. д.) чаще, чем это принято считать, лежит в основании социального (общественных структур, продуктов, институтов и т. п.) и поэтому психология находится в основании социологии. При анализе человеческого общества социальное можно отделить от психического лишь в абстракции, в предметах различных наук и теоретических предпочтений, но реально они неразделимы. Психологию пытались «выставить за дверь» при объяснении социальных явлений и процессов, но она возвращалась «в окно»⁶³.

Выходом из затруднительного положения, в котором оказывается онтология и методология неолиберальной экономической теории может состоять в «прививке» к этому направлению антропологической методологии. В таком случае выявлению групп специальных интересов и расчету их выгод / издержек должен предшествовать социокультурный анализ объекта исследования: анализ социальной структуры данного конкретного социума, предполагающий выявление культурных своеобразий основных групп, для чего наиболее перспективной является методика включенного наблюдения. Затем методами «качественного анализа»⁶⁴ необходимо определить ценностные предпочтения этих групп, так как выгоды / издержки в ситуации неопределенности, в которых находится «неспециалист» при отношении с юридической сферой всегда имплицитны и обусловлены социальным статусом и культурными предпочтениями, воплощающимися в установки представителя именно этой группы. Такой предварительный анализ проведен, например, в исследованиях В.Л. Тамбовцева, А.П. Заостровцева, С.Г. Маковецкой, К.В. Юдаевой⁶⁵. Тем самым можно постулировать необходимость учета идеологических, политических, культурных и т.д. факторов, влияющих на поведение человека в юридически значимых ситуациях. В этой связи представляется справедливым утверждение судьи Высшего Арбитражного Суда РФ Д.И. Дедова: «Кроме рациональных методов определения транзакционных издержек, теория общественного выбора использует и иррациональные методы оценки общественных отношений, основываясь на интуиции судьи и коллективном бессознательном. Например, признавая зависимость принятия корпоративного решения от порядка голосования по тем или иным вопросам, теория общественного выбора также исходит из того, что большинство участников при наличии и обычной степени информированности всегда склонно выбирать единственно правильное решение интуитивно. То же можно сказать и о принятии судебного или законодательного решения на основе об-

⁶³ «Прошло около столетия с того времени, когда на разные лады было провозглашено императивное правило: нельзя объяснять социальные факты психологическими причинами... Оно обосновывает автономию общества, его право соотноситься лишь с самим собой и черпать все объяснения из самого себя. Мы часто выражаем эту идею, заявляя, что социальная проблема имеет только социальное решение... Речь идет о произвольном правиле, которое невозможно соблюдать и с которым приходится постоянно плутовать, чтобы понять реальность», – Московичи С. Машина, творящая богов. М., 1998. С.473.

⁶⁴ К таким методам можно отнести лингвистический ассоциативный эксперимент, интен-анализ, психосемантические методы.

⁶⁵ См.: Актуальные экономические проблемы России / Под ред. Л.Э. Лимонова. СПб., 2005. С. 98–157.

щих принципов права, когда под интуицией судьи, по сути, понимается применение общих принципов права к оценке конкретных обстоятельств. В данном случае иррациональное (субъективное представление о нарушении именно правомерных интересов) и рациональное (положение в основу такого представления общего принципа права) взаимно связаны друг с другом и взаимно дополняют друг друга»⁶⁶.

Все вышеизложенное позволяет прийти к следующему выводу. Экономический анализ права является значимым междисциплинарным направлением исследования сложного многомерного явления – права. Это направление основано на трех исходных принципах: рациональности, методологическом индивидуализме и контрактualизме. Возникнув в рамках неоинституционализма (неоинституциональной экономики) эти принципы, как и все направление в целом, нуждаются в переформулировке с позиций постклассического науковедения, если претендуют на адекватность современности. Как минимум, они должны быть контекстуализированы с точки зрения исторической и социокультурной обусловленности и трактоваться не как некая объективная данность, а как конструкт, воспроизводимый действиями и ментальными представлениями конкретных людей. Другими словами, экономическому анализу права пошла бы на пользу антропологическая «прививка», персоноцентристское измерение.

⁶⁶ Дедов Д.И. Взаимосвязь экономических и юридических методов оценки правовых норм // Очерки конституционной экономики. С. 184–185.

РАЗДЕЛ III

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ «ГРАЖДАНСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО»

*Е.Н. Абрамова, канд. юрид. наук,
доцент кафедры гражданского права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета, доцент*

Дискуссии о правовой природе криптовалюты

Российское законодательство не упоминает биткоин или иную криптовалюту, а в российской юридической науке практически отсутствуют серьезные правовые исследования о них. Поскольку аналогов данных явлений в праве до сих пор не было, возникает необходимость определения их правовой природы и места в системе права.

Несмотря на то, что в целом гражданское законодательство не знакомо с термином «криптовалюта» или иным, обозначающим данное явление, ведомственные акты неоднократно выражали официальную позицию государства на данное явление. Чаще всего таковое является крайне отрицательным, поскольку криптовалюта обладает такими признаками, как анонимный характер деятельности по выпуску, отсутствие обеспечения и юридически обязанных субъектов, неограниченный круг субъектов, невозможность контроля со стороны Банка России или других контролирующих органов. Так, Банк России, Росфинмониторинг и ФНС отметили, что сделки с «виртуальными валютами», в частности, с биткоином, являются спекулятивными, а потому могут быть основанием для рассмотрения вопроса об отнесении их к сделкам, направленным на легализацию (отмывание) доходов, полученных преступным путем, и финансирование терроризма; т.е. субъекты могут быть с их помощью вовлечены в преступную деятельность⁶⁷.

Однако сегодня отношение к криптовалюте меняется. Так, Элина Сидоренко отмечает: «Утверждения, что криптовалюта часто используется преступниками для финансирования терроризма – заблуждение. Самой ходовой валютой для этих целей был и остается наличный доллар. Применительно к оружию – такая же история. Криптовалюта используется в других преступлениях – развитие «теневого интернета» не могло не привести к популярности в нем криптовалют. Хотя с появлением зачатков регуляторики многие преступники стали отказы-

⁶⁷ Информация БР от 27 января 2014 «Об использовании при совершении сделок виртуальных валют, в частности, Биткойн» // Вестник Банка России. 2014. № 11; Информационное сообщение Росфинмониторинга от 8 февраля 2014 «Об использовании криптовалют» // <http://fedsfm.ru/>.

ваться от криптовалюты»⁶⁸. В настоящее время в Гос.Думе рассматриваются законопроекты «О цифровых финансовых активах» и «Об альтернативных способах привлечения инвестиций (краудфандинге)», разработанные рабочей группой, в которую входили представители Банка России и Минфина, а также проект закона о внесении изменений в главу 6 ГК, в том числе, в ст. 128 ГК, которая по мнению авторов законопроекта, должна быть серьезно переработана в связи с появлением такого нового объекта как виртуальные или цифровые деньги.

Правовая природа криптовалюты является сегодня дискуссионным вопросом. К настоящему моменту сформировалось несколько позиций о правовой природе криптовалюты, в частности, биткоина.

1) Во-первых, в ряде случаев, чаще всего, в ведомственных актах, криптовалюта трактуется как *денежный суррогат*. Последние можно определить как инструмент, выполняющий функции денег, но таковым не являющийся.

Законодательство не содержит определения денежного суррогата, однако устанавливает запрет их использования. Так, в соответствии со ст. 27 ФЗ «О Центральном Банке Российской Федерации»⁶⁹ введение на территории Российской Федерации других денежных единиц и выпуск денежных суррогатов запрещается. Министерство Финансов РФ внесло в Правительство РФ законопроект об ответственности за использование денежных суррогатов⁷⁰. За операции с ними, согласно законопроекту, предлагается установить штраф для граждан в размере 5-20 тысяч рублей, для должностных лиц – 20-100 тысяч рублей, а для юридических лиц – от 500 тысяч рублей до 1 миллиона рублей. Проектом предполагается внесение изменений в КоАП,

ФНС первая из ведомственных актов отметила, что в законодательстве РФ нет запрета на использование криптовалюты, однако ее покупка и продажа является валютной операцией, т.е. должна осуществляться через счета резидентов, открытых в уполномоченных банках⁷¹.

Криптовалюта, действительно, выполняет в обороте функции денег, т.е. может выступать средством накопления, оплаты и определения стоимости. И все же криптовалюта имеет кардинальные отличия от денег, имеющих нарицательную стоимость, принудительную силу исполнения, обеспеченность государством. Например, А.Толкачев и К. Осипова полагают, что Биткоин не обладает признаками денежного суррогата, а именно не был создан для того, чтобы разрешить кризис ликвидности российской экономики, а также не имеет номинала в рублях (или другой валюте), его цена определяется только рынком⁷².

⁶⁸ Сидоренко Э. В России нужно просвещение по криптовалютам // <https://bits.media/news/elina-silorenko-rasskazala-o-sushchestvovanii-kriptovalyuty-v-rossii/> [Электронный ресурс]. Дата доступа: 19 января 2017.

⁶⁹ ФЗ «О Центральном Банке Российской Федерации» от 10 июля 2002 № 86-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

⁷⁰ Проект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // <http://regulation.gov.ru/projects#npa=18934>.

⁷¹ Информация Банка России от 4 сентября 2017 «Об использовании частных «виртуальных валют» (криптовалют)» // Вестник Банка России. 2017. № 80.

⁷² Толкачев А., Осипова К. Возможности и риски использования Биткоин в России // <https://vc.ru/1970-vozmozhnosti-i-riski-ispolzovaniya-bitkoin-v-rossii>.

Следует отметить и такое отличие криптовалюты от денег, а значит, и от денежных суррогатов, как отсутствие лица, осуществляющего выпуск денежных знаков (эмитента). Криптовалюта выпускается децентрализованно, всеми пользователями системы участвующими в вычислительном процессе, путем решения определенных задач (т.н. майнинг), т.е. ее может создать любое лицо, обладающее достаточными мощностями и соответствующим оборудованием.

Особо заметно отличие криптовалюты от денежного суррогата при сравнении понятия криптовалюты и легальной дефиниции денежного суррогата в законодательствах тех странах, где такое определение имеется. Так, согласно абз.10 ст.1 Закона Украины «О Нацбанке Украины»⁷³, согласно которой под денежным суррогатом понимаются любые документы в виде денежных знаков, отличающихся от денежной единицы Украины, выпущенные в обращение не Национальным банком Украины и изготовленные с целью осуществления платежей в хозяйственном обороте, кроме валютных ценностей. Криптовалюта не существует в виде денежных знаков, это актив, существующих лишь в виртуальном мире, наличие которого в мире физическом подтверждается исключительно криптографической записью в электронном кошельке или ином электронном средстве платежа.

Таким образом, криптовалюта в целом и биткоин, в частности, не является денежным суррогатом. Теми же признаками, что и денежный суррогат, обладают деньги, средства платежа и валютные ценности. Однако, несомненно, в существующие сегодня криптовалюты выполняют функции средства платежа.

2) Поэтому другой распространенной позицией является признание криптовалюты средством платежа, валютной ценностью. Как отмечалось выше, именно такой точки зрения придерживается ФНС, которая рассматривает криптовалюту как валютную ценность. Нередко в иностранных юрисдикциях биткоин признается платежным средством⁷⁴ и расчетной денежной единицей⁷⁵.

Следует отметить, что изначально биткоин как первый вид криптовалюты создавался именно для осуществления пиринговых расчетов, т.е. как расчетная цифровая единица.

Однако по российскому праву криптовалюта не может быть признана ни деньгами, ни средством платежа по той же причине, что и денежным суррогатом, поскольку она не создается в результате эмиссии денежных знаков банком или иной организацией. Биткоин выпускается посредством майнинга любым

⁷³ Закона Украины «О Нацбанке Украины» от 20.05.1999 № 679-XIV // <http://search.ligazakon.ua/>

⁷⁴ Например, как сообщает Lenta.ru, в Японии с 1 апреля 2017 года Биткоин наделен статусом платежного средства (<https://lenta.ru/news/2017/04/01/japan/>).

⁷⁵ В 2013 году биткоин признан расчетной денежной единицей в Германии (<https://www.vestifinance.ru/articles/31342>). В США, где судебный прецедент является источником права, в 2016 году состоялось решение, в котором судья Окружного суда Южного округа Нью-Йорка Элисон Нейтан в судебном производстве по использованию и передаче нелицензированной криптовалюты подсудимым Антонио Мурджио из Coin.mx подтвердил, что «словари, суды, а также уставы законодательной истории подтверждают – Биткоин является деньгами» (<http://themerkele.com/judge-rules-bitcoin-is-money-in-coin-mx-cases/>).

пользователем без каких-либо посредников или уполномоченных организаций или органов. Децентрализованность является основной отличительной чертой любого криптоактива, в том числе криптовалюты и биткоина.

Биткоин не защищен принудительной силой государства как законное платежное средство. «Государство не может и не обязано обеспечивать кредитору при неисполнении обязательства должником передачу собственно биткойнов. При их отсутствии взысканию подлежит валюта, являющаяся законным платежным средством (рубли). Убытки при неисполнении обязательства также подлежат взысканию в рублях»⁷⁶. Представляется, что даже при наличии биткойнов взысканию в судебном или ином принудительном порядке подлежит исключительно законное средство платежа. Указанные признаки отличают криптовалюту от всех видов денег (наличных, безналичных или электронных).

Тем не менее, Л.А. Новоселова, отмечая, что платежная сила биткоина никем не гарантируется и не регулируется, и он не способен выполнять функцию всеобщей меры стоимости, выступая лишь мерой стоимости для определенного круга субъектов⁷⁷, все же относит биткоин как и «все нематериальные объекты, выполняющие денежную функцию (денежные средства)» к безналичным денежным средствам: «к безналичным денежным средствам могут быть причислены ...и виртуальные децентрализованные платежные средства в открытых системах, в том числе биткойн»⁷⁸. Однако безналичные денежные средства являются по существу обязательственными правами, правами требования к банку. Основная масса криптовалют, в том числе биткоин, не предоставляют своим обладателям прав требования к кому-либо, т.е. правовая природа криптовалюты и безналичных денежных средств не совпадает. Какими правами обладает владелец биткоина? Правом требовать не нарушать его прав обладания, т.е. правами, аналогичными не обязательственным, а вещным правам. При этом не обязательно будет обнаружено в результате дальнейших исследований, что права обладателя криптовалюты являются вещными.

3) Наиболее часто как в российской, так и в зарубежной юридической литературе, встречается предложение считать криптовалюту разновидностью электронных денег. Так, в докладе Европейского Центрального банка биткоин приравнен к «виду нерегулируемых электронных денег, выпускаемых и контролируемых их создателями, признаваемых и используемых членами определенного виртуального сообщества»⁷⁹.

Действительно, нормы п.8 ст.3 ФЗ «О национальной платежной системе»⁸⁰ предусматривают ряд признаков электронных денег, присущих и криптовалюте. К ним относятся: 1) учет информации о размере средств без открытия банковского счета; 2) обязательное использование электронного средства платежа (ЭСП) (средства, позволяющего дистанционно передавать распоряжения

⁷⁶ Новоселова Л.А. Правовая природа биткоина // Хозяйство и право. 2017. № 9. С. 12.

⁷⁷ Новоселова Л.А. Указ.соч. С. 8 – 10.

⁷⁸ Там же. С. 12.

⁷⁹ Virtual currency schemes. Доклад Европейского Центрального банка, окт. 2012 // <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>.

⁸⁰ СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

оператору об изменении записей в базе данных). Т.е. и электронные деньги, и криптовалюта не существуют осязаемо в физическом мире, а их существование подтверждается лишь как совокупностью записей в базе данных, доступ к которым обеспечивается с помощью ЭСП. В частности, относительно и электронных денег, и криптовалют используются такие ЭСП, как электронный (он-лайн) кошелек, а также он-лайн сервис, если электронный кошелек установлен на он-лайн сервисе.

Однако следует иметь в виду, что в легальной дефиниции электронных денег указаны и такие признаки электронных денег, которым криптовалюта не отвечает. В частности: 1) предварительное предоставление денег (наличных или безналичных); 2) существование оператора по переводу денежных средств, эмитирующего электронные деньги; 3) использование исключительно для исполнения обязательства субъекта перед третьими лицами. Указанные отличия, в основном, предопределены такими уже названными выше особенностями криптовалюты как децентрализованность и отсутствие эмитента. Для появления биткоина нет необходимости сначала предоставлять какому-то определенному субъекту деньги – биткоин появляется у лица в результате майнинга (создания криптовалюты посредством решения определенной вычислительной операции с помощью вычислительных мощностей своего цифрового оборудования) или гражданско-правовой сделки (купли-продажи, дарения, мены или т.п.). Криптовалюта создается тем же субъектом, у которого она возникает, т.е. третьего лица, который эмитирует их взамен предварительно предоставленных денег, для создания криптовалюты не требуется. Таким образом, если электронные деньги отнесены российским законодательством к национальной платежной системе, то криптовалюту можно было бы отнести к децентрализованной платежной системе (пиринговая система: P2P). Кроме того, криптовалюта может быть использована не только для исполнения обязательств перед третьими лицами. В частности, криптовалюта может быть реализована другим субъектам непосредственно или на обменной площадке, т.е. как и любой товар. Деньги же, в том числе электронные, не могут быть проданы, они имеют официальный курс и принудительную силу при исполнении обязательств.

Ряд авторов не придают большого значения указанным особенностям криптовалюты по сравнению с электронными деньгами. Так, С.П. Гришаев относит биткоин к электронным деньгам, хотя и указывает на его принципиальные отличия, в частности, на наличие посредника, от других электронных валют⁸¹. Однако следует учитывать, что понятие электронных денег в настоящее время подробно регламентировано законом⁸² и в него не могут включаться явления, не соответствующие предусмотренным для электронных денег характеристикам, в том числе признакам, указанным в легальной дефиниции.

Расчетной единицей электронных денег является тот же рубль, что и в других видах денег, в то время как криптовалюта не имеет нарицательной

⁸¹ Гришаев С.П. Эволюция законодательства об объектах гражданских прав // СПС Консультант-Плюс.

⁸² В частности, ФЗ «О национальной платежной системе» // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

стоимости и ее стоимость определяется в каждый момент времени исходя из законов рынка. Субъекты национальной платежной системы и правила осуществления платежей строго определены законом, в то время как занимающиеся майнингом лица действуют без лицензий или каких-либо других разрешений, без обращений к уполномоченным лицам и т.п. «Криптовалютная платежная система» в настоящее время не регламентирована, но фактически действует по той причине, что возникающие в связи с ней отношения входят в предмет частного, а не публичного, права, т.е. основаны на принципах диспозитивности, юридического равенства и обще-дозволительного характера, поскольку все ее субъекты действуют как равноправные участники гражданского оборота. Существование национальной платежной системы невозможно без признания государством и обеспечения принудительной силой государства, поскольку возникающие отношения входят в предмет не только частного, но и публичного права. Сказанное означает, что отсутствие посредника как результат признака децентрализованности криптовалюты является не только особенностью, но и принципиальным отличием криптовалюты от электронных денег. Децентрализованность системы не совместима с понятием и смыслом денежных расчетов.

Наконец, как и безналичные деньги, электронные деньги по своей правовой природе являются обязательственным правом, каковым не является криптовалюта.

Таким образом, криптовалюта не является разновидностью электронных денег. И последние, и она хранятся в компьютерной памяти, а управление ими осуществляется с помощью специального электронного устройства. Также и та и другие выполняют все функции денег, однако если электронные деньги являются разновидностью денег (в соответствии с гражданским законодательством видом безналичных денег), то криптовалюта деньгами не является, в том числе такой их разновидностью, как электронные деньги. Криптовалюта не обладает принудительной силой, обеспеченной государством, не имеет нарицательной стоимости, а ее стоимость определяется исходя из цен на рынке. Кроме того, криптовалюта не обладает большинством признаков, присущих электронным деньгам исходя из их легальной дефиниции.

4) Исходя из вышеизложенного не представляется обоснованным квалифицировать криптовалюту как интеллектуальную собственность, хотя и подобная точка зрения имеет место быть. Например, ст.1 законопроекта «Об обороте криптовалюты в Украине», определяющая основные понятия, дает следующую дефиницию криптовалюте – это программный код, который есть объект права собственности⁸³. Таким образом, при этом, устанавливается право собственности на объект, не имеющий вещно-правовой природы (компьютерный код, т.е. компьютерная программа – охраняемый результат интеллектуальной деятельности), проект не уточняет, сочетая в легальной дефиниции два противоречащих друг другу признака криптовалюты.

⁸³ Анализ законопроекта № 7183 «Об обороте криптовалюты в Украине» // <https://www.obozrevatel.com/my/u534611061838/>.

В. Архипов отмечает: «..не хотелось бы сводить биткойны к охраняемым результатам интеллектуальной деятельности, поскольку их смысл и предназначение заключается отнюдь не в этом (не говоря уже о том, что программное обеспечение клиента биткойн – открытое)»⁸⁴. Не подлежат защите выражения хэш-сумм транзакций биткойн «даже как части программы для ЭВМ – нет в них никакого творческого элемента»⁸⁵. Л.А. Новоселова назвала предложение относить биткойн к результатам интеллектуальной деятельности экзотическим⁸⁶.

При этом на практике распространены случаи совершения сделок, в которых цена указывается как «интеллектуальный труд, например, программное обеспечение, на определенную сумму», фактически имея виду оплату товара биткойнами или иной криптовалютой⁸⁷.

5) Криптовалюту можно квалифицировать как товар, имущество.

Например, Налоговая служба Австралии указала, что биткойн не является ни деньгами, ни валютой, напротив, биткойн – это имущество (которое учитывается в целях налога на прибыль)⁸⁸. Аналогичную позицию разделяет Налоговая служба Израиля, которая планирует облагать операции с биткойном, лайткойном и другими виртуальными валютами налогом на прибыль, подоходным налогом и налогом с продаж⁸⁹, т.е. теми же налогами, которыми облагается имущество и сделки с имуществом. Как собственность, имущество, а не как валюту, квалифицирует криптовалюту Служба внутренних доходов США⁹⁰.

Еще более определенно высказалась Комиссия по торговле товарными фьючерсами США (CFTC): «Виртуальные валюты, такие, как биткойн, являются товаром»⁹¹, поскольку биткойн и другие виртуальные валюты полностью подпадают под определение товара, содержащееся в разделе 1 а (9) Закона о товарных биржах.

В России также имеются предложения квалифицировать криптовалюту как цифровой актив или цифровой товар⁹². Законопроект «О цифровых финан-

⁸⁴ Архипов В. Bitcoin: основные принципы и отдельные юридически значимые особенности // https://zakon.ru/blog/2014/1/13/bitcoin_osnovnye_principy_i_otdelnye_yuridicheskiznachimye_osobennosti.

⁸⁵ Архипов В. Указ. соч.

⁸⁶ Новоселова Л.А. Правовая природа биткойна // Хозяйство и право. 2017. № 9. С. 7.

⁸⁷ Сидоренко Э. Мы не офшор и не маленькая страна, у нас все надо регламентировать // [https://www.znak.com/2017-09-](https://www.znak.com/2017-09-08/ekspert_gosdumy_po_kriptovalyute_o_tom_pochemu_nelzya_nichego_pokupat_na_bitkoiny)

[08/ekspert_gosdumy_po_kriptovalyute_o_tom_pochemu_nelzya_nichego_pokupat_na_bitkoiny](https://www.znak.com/2017-09-08/ekspert_gosdumy_po_kriptovalyute_o_tom_pochemu_nelzya_nichego_pokupat_na_bitkoiny).

⁸⁸ Tax treatment of crypto-currencies in Australia – specifically bitcoin // <https://www.ato.gov.au/General/Gen/Tax-treatment-of-crypto-currencies-in-Australia---specifically-bitcoin/>.

⁸⁹ Israel Seeks Tax on Bitcoin, Virtual Currency Transactions // <https://www.bna.com/israel-seeks-tax-n73014450141/>.

⁹⁰ Bitcoin IRS Tax Guide For Individual Filers // <https://www.investopedia.com/university/definitive-bitcoin-tax-guide-dont-let-irs-snow-you/>.

⁹¹ Постановление Комиссии по торговле товарными фьючерсами США // <http://www.cftc.gov/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfcoinfliprorder09172015.pdf>.

⁹² Сидоренко Э. Надо пережить этот хайп // <http://ekb.dk.ru/news/elina-sidorenko-nado-perezhit-etot-hayp-cto-proishodit-s-bitkoinom-i-chem-vse-konchitsya-237089152>.

совых активах» к последним относит криптовалюту и токен, при этом не проводя однозначное отличие между ними. При том нужно понимать, что с точки зрения гражданского права эти термины (цифровой финансовый актив, цифровой товар, виртуальный товар и т.п.) не имеют правового значения и их еще нужно определить.

Российское определение товара содержится в п.1 ст.4 ФЗ «О защите конкуренции»: «товар – это объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот». Таким образом, товар обладает следующими признаками: 1) это объект гражданских прав; 2) предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. К объектам гражданских прав, согласно ст. 128 ГК, относятся: имущество, включая вещи (или «собственно имущество», «имущество в узком смысле слова») и иное имущество; результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации; нематериальные блага. Из указанных объектов два последних (интеллектуальная собственность и нематериальные блага) не предназначены для продажи или обмена, их назначение заключается в другом. Таким образом, предназначенными для продажи, обмена или иного введения в оборот являются такие объекты гражданских прав, как имущество в узком и широком смыслах слова, а также результаты работ и оказание услуг. Поэтому правовая природа криптовалюты может заключаться в ее квалификации как вещи, иного имущества, результата работ или оказания услуг.

В любом случае обоснованным представляется рассматривать криптовалюту как объект гражданских прав, правовая природа которого пока ни в законе, ни в доктрине не определена. Поэтому не может быть признан отвечающим современным экономическим реалиям вывод суда о том, что «исходя из прямого толкования норм права, «криптовалюта» не относится к объектам гражданских прав, находится вне правового поля на территории РФ, исполнение сделок с криптовалютой, ее транзакции не обеспечиваются принудительной силой государства», на основании чего суд отказал в удовлетворении требования о включении содержимого криптокошелька, находящегося в сети Интернет, в конкурсную массу гражданина-должника⁹³.

Поскольку криптовалюта – это разновидность криптоактивов, т.е. активов, записи о которых существуют в цифровом, криптографическом виде, а в материальном виде в пространстве физического мира она не существует, ряд авторов относит криптовалюту к иному имуществу.

В. Архипов полагает, что из всех объектов гражданских прав, перечисленных в ст. 128 ГК, для криптовалюты «остается одна категория – «иное имущество»... Объекты, подобные биткоином, представляют собой своего рода интеллектуальные конструкторы, которые обладают, с одной стороны, объективным характером (в том смысле, что они вписаны в конвенциональную систему цифровой интерпретации), а с другой – при условии договоренности между людьми

⁹³ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 5 марта 2018 по делу № А40-124668/17-71-160Ф // СПС Консультант-Плюс.

ми, имеют своего рода покупательную способность»⁹⁴. Наиболее близкой категорией криптовалюты указанный автор считает бездокументарные ценные бумаги.

Согласно ст. 128 ГК к иному имуществу относятся безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права, т.е. обязательственные права требования.

Таким образом, вопрос о том, можно ли разместить криптовалюту в системе объектов гражданских прав в ряду иного имущества, зависит от того, содержит ли криптовалюта обязательство. Чаше всего в литературе встречается положительный ответ на данный вопрос.

Например, Л.А. Новоселова трактует биткойн как «виртуальное платежное средство, определенное соглашением между участниками расчетной системы», и на основе этого делает вывод о том, что «биткойн – особый вид обязательственного права, в котором праву каждого владельца биткойна корреспондируют обязанности всех остальных участников системы, закрепленные правилами ее функционирования»⁹⁵. Право владельца биткойна при этом заключается, по мнению указанного автора, в праве требовать принятия биткойна, а обязанности его должников – в обязанности подчиняться правилам системы, в том числе принимать биткойны как средство расчета. А поскольку названное обязательство является сложным, владелец биткойна одновременно выступает не только как кредитор, но и как должник в отношении других участников системы, т.е. «система функционирует как аналог многосторонней системы клиринговых расчетов, не имеющей центрального оператора»⁹⁶.

Однако следует учитывать, что названное «соглашение между участниками расчетной системы» как таковое само по себе не влечет никакого правового результата. Если некое лицо в результате майнинга получило за решение задачи половину биткойна, это не влечет возникновения у него права требовать принятия другими участниками расчетной системы этой части биткойна в оплату каких-либо товаров, как и не влечет его обязанности принимать за свои товары, работы или услуги биткойны других участников расчетной системы. Т.е. так называемое «соглашение между участниками расчетной системы» не является юридическим фактом. Право требовать принятия биткойна в счет оплаты по договору возникнет только на основании такого договора между конкретными его сторонами и том случае, если продавец выразит желание принять криптовалюту в качестве цены по договору.

Таким образом, «соглашения между участниками расчетной системы» не существует, поскольку не может возникнуть договор между неопределенным кругом лиц. В связи с общемировым характером таких пиринговых расчетных систем не представляется возможным не только перечислить, но даже и точно узнать о всех ее участниках на данный конкретный момент (поскольку невозможно определить, кто и когда участвовал в сделке). При этом для присоеди-

⁹⁴ Архипов В. Указ. соч.

⁹⁵ Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 10–11.

⁹⁶ Там же. С. 11.

ния к системе требуется воля только присоединяющегося лица, волеизъявление, выражающееся в согласии принять такое лицо от других участников расчетной системы, не требуется. Поэтому если присоединение к пиринговой расчетной системе и является юридическим фактом, то лишь одним из сложного юридического состава, и его правовая природа не может рассматриваться как договорная.

Противоречивую позицию занимает А. Лейба, с одной стороны, утверждая, что биткоин «не подпадает под объекты гражданских прав, перечисленные в ст. 128 ГК, не являясь вещью (товаром), наличными или безналичными деньгами, бездокументарными ценными бумагами и имущественными правами», а с другой, заявляя, что «эту валюту с учетом положений ст. 128 ГК следует отнести только к иному имуществу»⁹⁷. К иному имуществу, согласно ст. 128 ГК, относятся бездокументарные ценные бумаги, безналичные денежные средства и имущественные права. Возникает вопрос – если биткоин не является ни одним из таких объектов, то каким же «иным имуществом» он является, если другого иного имущества ГК РФ не знает.

Представляется, что правовая природа криптовалюты не может быть квалифицирована как обязательственная, поскольку более близка вещно-правовым характеристикам.

⁹⁷ Лейба А. Реальная жизнь виртуальных денег // ЭЖ – Юрист. 2014. № 23.

*А.Ю. Брагинец, ген. директор
ООО «Северо-Западный центр консалтинга
и защиты информации (DataCase)»*

О понятии объекта гражданских прав

Отправной точкой для исследования юридических аспектов обращения любого рода благ является понятие об объекте гражданских прав. При этом нельзя не согласиться с Р.С. Бевзенко, который справедливо отмечает, что любые понятия в области юридической науки не открываются, а разрабатываются на основе определенных представлений о целях и задачах регулирования в той или иной сфере⁹⁸. Именно эффективность достижения соответствующих целей является внешней мерой, выступающей ориентиром при оценке тех или иных доктринальных конструкций. Как следствие, наука гражданского права должна отталкиваться не столько от существующих догматических построений, сколько от реалий экономической жизни⁹⁹.

Описанный подход имеет принципиальное значение применительно к определению понятия объекта гражданских прав. Как и любая иная абстракция, данная категория являет собой лишь инструмент, назначение которого состоит в решении прикладных задач, возникающих в ходе осуществления определенных видов деятельности (в частности, изучения существующих правовых институтов или регулирования общественных отношений). При этом, в зависимости от характера такой деятельности, значение понятия также может меняться. Например, использование какого-то понятия в контексте обучения студентов совершенно не означает, что это же понятие в обязательном порядке должно быть включено в нормативный материал.

Следуя методологическому подходу Д.И. Мейера, который был сформулирован им применительно к науке гражданского права в целом,¹⁰⁰ представляется необходимым разделить догматический и практический элементы концепции объекта гражданских прав. Догматическое значение понятия определяется теми задачами, для решения которых категория объекта гражданских прав может быть использована в науке гражданского права. В свою очередь, практическое преломление понятия характеризует его значение в контексте нормативного регулирования, задачи которого существенно отличаются от стоящих перед доктриной.

В ходе доктринального осмысления понятия объекта гражданских прав, В.И. Сенчищев отмечает, что введение особой категории объекта гражданского права «оправдано только в случае признания за ней особого правового режима, так как именно в правовом режиме выражается то практическое значение,

⁹⁸ Бевзенко Р.С. Объекты гражданских правоотношений: Учебное пособие для студентов юридических специальностей. Москва. 2010. С. 25.

⁹⁹ Более подробное обоснование данного подхода: Карапетов, А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк / А.Г. Карапетов // Вестник ВАС РФ. – 2010. № 4. С. 6–69; № 5. С. 6–56.

¹⁰⁰ Мейер Д.И. Русское гражданское право. 10-е изд. Пг., 1915. С. 51.

которое заложено... в законодательном регулировании той или иной разновидности объектов гражданских прав»¹⁰¹. При этом под описанием правового режима сам автор подразумевает раскрытие особенностей возникновения, осуществления и прекращения гражданских прав применительно к исследуемому явлению. Несмотря на то, что многие из дальнейших рассуждений В.И. Сенчищева относительно понятия объекта гражданских прав являются весьма спорными, его понимание назначения данной категории представляется верным.

Субъекты гражданского оборота постоянно находятся в состоянии потенциального конфликта, обусловленного столкновением их интересов. В свою очередь, право позволяет очертить рамки дозволенного поведения субъектов и, соответственно, задать однозначные правила разрешения конфликтных ситуаций. Между тем, субъекты оборота сталкиваются в повседневной жизни не с правами, а с конкретными объектами реальной деятельности. Понятие объекта играет в этом отношении важную роль, поскольку позволяет систематизировать и довести до сведения всех участников оборота информацию о том, какие притязания могут быть реализованы в отношении тех или иных явлений реальной жизни¹⁰².

В свете вышеизложенного отнесение некоего явления к объектам гражданских прав не имеет практического смысла в отсутствие определенности относительно состава и содержания субъективных прав, которые признаются в отношении соответствующего объекта. Однако, если говоря об объекте гражданских прав, мы имеем в виду специфичный правовой режим, установленный в отношении такого объекта, резонно задаться вопросом о принципиальной целесообразности использования категории объект гражданских прав. Ведь правовой режим требует в качестве своих необходимых компонентов определение порядка возникновения, существования и прекращения субъективных прав и корреспондирующих им обязанностей. Строго говоря, для это нет необходимости обращаться к понятию объекта прав. Между тем, как отмечено выше, отсутствие такой необходимости не исключает ценность данного понятия для доктринального осмысления правовых отношений.

Представляется, что наиболее удачно данная мысль была сформулирована В.А. Беловым, которому принадлежит один из наиболее полных обзоров основных теоретических концепций объекта субъективных прав. Развивая идеи своих предшественников (в первую очередь, М.М. Агаркова¹⁰³ и О.С. Иоффе),¹⁰⁴ автор приходит к функциональной концепции объекта. Среди прочего,

¹⁰¹ Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения. Общее понятие // В сб.: Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. М.: Изд-во «Статут», 1998. С. 109.

¹⁰² Алексеев С.С. Об объекте права и правоотношения // Вопросы общей теории советского права. Сборник статей под редакцией проф. С.Н. Братуся. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1960. 288–289.

¹⁰³ Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М.: Статут, 2012. С. 40–45.

¹⁰⁴ Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 678–679.

им отмечается, что «проблема объекта не сводится ни к чему другому, кроме как к проблеме гражданско-правового значения свойств субстратов, не подпадающих под признаки ни субъектов правоотношения, ни его содержания, ни юридических фактов...». Соответственно, объектом гражданских прав можно называть любую субстанцию, определяющую содержание правоотношения и при этом не совпадающую с её субъектом и содержанием, а также не входящую в число оснований его динамики¹⁰⁵. Соответственно, термин «объект гражданских прав» носит сугубо прикладной характер и может быть использован для обозначения практически любого предмета, имеющего значение для содержания правоотношения (как относительного, так и абсолютного).

Важным достоинством описанной концепции видится то, что она основана на справедливом признании утилитарной роли исследуемого понятия и не пытается искусственно выделить сущностные признаки объектов прав, за исключением их практического влияния на правоотношение. В результате он позволяет довольно гибко использовать понятие объекта гражданских прав везде, где исследователем обнаруживается очевидное влияние некоторого предмета, по поводу которого складывается правоотношение, на характер возникающих в связи с ним прав и обязанностей. Кроме того, такой подход дает возможность использовать потенциал понятия объект гражданских прав для категоризации субъективных прав. Объекты прав выступают здесь своего рода якорями, к каждому из которых «привязана» определенная группа правоотношений, характеризующихся общими признаками.

Теперь следует коротко остановиться на значении категории объекта для целей нормативного регулирования. Особый интерес представляет включение в закон отдельной нормы, перечисляющей объекты гражданских прав. Безусловно, формируя правила, посвященные динамике развития определенных правоотношений, законодатель может обнаружить общие признаки, характерные для тех из них, которые связаны с определенными явлениями (например, результатами интеллектуальной деятельности). Однако, чтобы установить для них единые правила совершенно не требуется относить их к самостоятельной группе «объектов гражданских прав» и включать в отдельный список, как это сделано в ст. 128 ГК РФ.

Установление в законе перечня объектов гражданских прав не является необходимым. В то же время, такой перечень все же решает определенную прикладную задачу. Включение определенного явления в список объектов гражданских прав является своего рода сигналом, позволяющим всем заинтересованным лицам понять, что объект относится или может относиться к сфере правового господства некоторого лица, а, значит, действия других лиц должны осуществляться с учетом прав, закрепленных за правообладателем. При этом представляется, что указанная задача, которая сводится к предупреждению нарушения прав, является актуальной применительно к абсолютным правам.

¹⁰⁵ Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // Объекты гражданского оборота: Сб. статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2007. С. 6–77.

Именно данная группа прав характеризуется влиянием на правовой статус неопределенного круга субъектов, которые могут своими действиями (в том числе, случайными) нарушить абсолютное право другого лица.

Если относительные права удовлетворяют интересы кредитора непосредственно за счет самих действий обязанного лица, абсолютные права реализуются за счет ограничения доступа к соответствующим благам со стороны третьих лиц. Это предопределяет возможность использовать объект в качестве ориентира для всех третьих лиц.

Таким образом, с точки зрения позитивного регулирования, квалификация того или иного предмета в качестве объекта гражданских прав целесообразна только тогда, когда в отношении него признаются абсолютные права, которые должны быть приняты во внимание субъектами оборота. Исходя из данной посылки, следует отвечать на вопрос о качественных характеристиках, необходимых и достаточных для признания некоторого явления объектом гражданских прав в контексте позитивного права. Объектом прав здесь следует признавать всякую сущность, в отношении которой законом признано абсолютное право, позволяющее его носителю требовать определенного поведения от неопределенного круга лиц (если пользоваться терминологией М.М. Агаркова – те объекты, на которые «направлено поведение обязанного лица» в абсолютном правоотношении)¹⁰⁶.

Отдельно следует остановиться на одном из предположений, вскользь высказанных М.М. Агарковым. Завершая краткий экскурс в проблематику объекта гражданских прав, ученый предположил, что таковым целесообразно считать только те объекты, в отношении которых возможны акты распоряжения¹⁰⁷. Между тем, данное предположение нельзя поддержать, поскольку с юридической точки зрения распоряжение всегда происходит не в отношении предметов реальной действительности, а в отношении прав, признаваемых в отношении этих объектов¹⁰⁸. Если же понимать под распоряжением переход фактического господства над предметом, то целесообразность ограничения объектов гражданских прав только теми из них, которые могут фактически переходить от одного лица к другому, требует дополнительного обоснования (особенно принимая во внимание, что в настоящее время такой подход не следует из закона).

Буквальное толкование ст. 128 ГК РФ (в редакции от 1 октября 2013 года) позволяет констатировать, что на данном этапе законодатель отнес к объектам гражданских прав четыре группы явлений: имущество (включая вещи, имущественные права и иное имущество), оказание услуг, объекты интеллектуальной собственности и нематериальные блага. Несложно заметить, что подавляющее большинство указанных объектов являются некоторыми благами, в отношении которых за субъектами оборота признаются определенные права и коррелиру-

¹⁰⁶ Агарков М.М. Указ. соч. С. 33.

¹⁰⁷ Там же. С. 43.

¹⁰⁸ «С юридической точки зрения не вещь и не иной объект права, а именно право на такой объект только и может служить предметом обмена» // Рыбалов А.О. Проблемы классификации гражданских правоотношений: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук // СПб, 2007. С. 18.

ющие с ними обязанности. Тем не менее, указанный перечень следует воспринимать критически.

Во-первых, указание среди объектов гражданских прав услуг видится некорректным. Действия образуют содержание любого правоотношения, не составляют внешнего по отношению к обязательству объекта, а равно сами по себе не охраняются абсолютными правами¹⁰⁹. В этом смысле, признание действий объектом гражданских прав отсылает субъекта в поиске специфики правоотношения к собственному содержанию этого правоотношения, совершенно нивелируя практическое значение категории объект гражданского права, которая, как уже обозначено выше, предназначена для индикации объектов, в отношении которых введет определенный правовой режим. Компромиссное решение, основанное на признании действий объектами первого уровня, а вещей – объектами второго уровня,¹¹⁰ хоть и является довольно изящным, не имеет дополнительных преимуществ в контексте решения задач гражданско-правового регулирования.

Во-вторых, отнесение к объектам гражданских прав имущественных прав также представляется ошибочным. Если действия образуют содержание правоотношения, то имущественное право – его форму. В этом смысле его также нельзя назвать внешним по отношению к праву объектом.

Наконец, технически излишним представляется причисление к объектам гражданских прав результатов работ – довольно сложно представить результаты работ, которые могли бы отличаться от имущества или охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и при этом охраняться абсолютными правами.

Подытоживая, следует отметить, что прикладная цель квалификации определенного явления в качестве объекта прав состоит в определении его правового режима, то есть совокупности тех прав и обязанностей, которые могут возникать в отношении данного объекта. Поскольку права одних субъектов всегда ограничивают свободы других, нормативно определенный перечень объектов субъективных прав решает свою регулятивную задачу только в совокупности с правовыми нормами, определяющими характер прав, которые могут принадлежать субъектам оборота в отношении тех или иных благ. Между тем, вполне очевидно, что правовой режим объекта не может сформироваться самостоятельно – он также задается законодателем.

В рамках доктринального применения обоснованным представляется подход, предполагающий отнесение к объектам гражданских прав любых материальных и идеальных сущностей, оказывающих влияние на правовое положение субъектов оборота. В контексте законодательного регулирования в перечень объектов гражданских прав целесообразно включать только те сущности, в отношении которой законом признаются абсолютные права.

¹⁰⁹ Агарков М.М. Там же.

¹¹⁰ Иоффе О.С. Советское гражданское право: Часть первая. Общая часть. Вещное право. М., 1967. С. 218.

*К.О. Брикса, аспирант кафедры
гражданского права СПбГЭУ*

Таможенный кодекс Евразийского экономического союза как основной регулятор деятельности таможенных представителей

Институт таможенных представителей существует в Российской Федерации с 90-х годов 20 века. Каждый этап развития данного института был связан с принятием нового таможенного кодекса. За период с 1993 года по сегодняшний день в России было четыре таможенных кодекса, последний из них (Таможенный кодекс Евразийского экономического союза¹¹¹ (далее – ТК ЕАЭС) вступил в законную силу 1 января 2018 года. В настоящее время помимо международного акта, регламентирующего деятельность таможенных представителей, действует Федеральный закон от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»¹¹² (далее – Закон о таможенном регулировании), который вступила в законную силу в один год с Таможенным кодексом Таможенного союза¹¹³ (2010), но не утратил свою силу вместе с ним.

Важно отметить, что по мере развития таможенного законодательства принципиально менялось значение института таможенных представителей, причем изменения касались не только публично-правовой, но и гражданско-правовой сущности таможенных представителей.

На первом этапе своего развития с 1993 по 2003 гг. данный субъект именовался таможенным брокером. Он был уполномочен от собственного имени совершать любые операции по таможенному оформлению и выполнять другие посреднические функции в области таможенного дела за счет и по поручению представляемого лица (ч. 1 ст. 159 Таможенного кодекса Российской Федерации¹¹⁴ (далее – ТК РФ 1993 г.). Отношения таможенного брокера и декларанта строились на договорной основе (ч. 3 ст. 157 ТК РФ 1993). Важно отметить, что как бы ни изменялись нормы таможенного законодательства, во всех таможенных кодексах предусмотрен гражданско-правовой характер отношений между таможенным брокером и декларантом, однако специфика этих отношений как раз и определяется нормами таможенных кодексов.

Таможенный брокер на первом этапе своего существования в России осуществлял таможенные операции от собственного имени, как следствие, с

¹¹¹ Таможенный кодекс Евразийского экономического союза (приложение № 1 к Договору о Таможенном кодексе Евразийского экономического союза от 11.04.2017 [Электронный ресурс] // Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201801090004> (дата обращения: 20.01.2018).

¹¹² Федеральный закон от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 48. Ст. 6252.

¹¹³ Таможенный кодекс Таможенного союза (приложение к Договору о Таможенном кодексе Таможенного союза, принятому Решением Межгосударственного Совета ЕврАзЭС на уровне глав государств от 27.11.2009 № 17) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 50. Ст. 6615.

¹¹⁴ Таможенный кодекс Российской Федерации: утв. ВС РФ 18.06.1993 № 5221-1 // Российская газета. 1993. № 138.

точки зрения гражданского права он являлся посредником, а не представителем.

В ТК ЕАЭС таможенный представитель определен как юридическое лицо, включенное в реестр таможенных представителей, совершающее таможенные операции от имени и по поручению декларанта или иного заинтересованного лица (подп. 44 п. 1 ст. 2 ТК ЕАЭС).

Из указанного определения следует, что таможенный представитель как лицо, осуществляющее таможенные операции от имени декларанта, уже выступает не посредником, а представителем в соответствии со ст. 182 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), как следствие его деятельность регулируется главой 10 ГК РФ, посвященной представительству.

В соответствии с п. 2 ст. 401 ТК ЕАЭС отношения таможенного представителя с декларантами или иными заинтересованными лицами строятся на договорной основе. При этом согласно п. 7 ст. 405 ТК ЕАЭС обязанности таможенного представителя перед таможенными органами не могут быть ограничены договором с представляемым лицом.

Таким образом, деятельность таможенных представителей весьма специфична: с одной стороны, они вступают в отношения власти-подчинения с таможенными органами, а с другой, в основанные на равенстве сторон правоотношения с декларантом.

Как следствие, осуществление таможенного представительства обусловлено наличием двух юридических фактов:

- необходимость быть включенным в реестр таможенных представителей (при соблюдении условий, предусмотренных ст. 402 ТК ЕАЭС (наличие договора страхования риска гражданской ответственности, обеспечение исполнения обязанностей, отсутствие на день обращения в таможенный орган о включении в реестр таможенных представителей не исполненной в установленный срок обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов);
- заключение гражданско-правового договора с декларантом.

Интерес представляет второй юридический факт. Причем особого внимания заслуживает вопрос о том, существуют ли какие-либо гарантии исполнения таможенным представителем своих услуг в полном объеме? Может ли таможенный представитель отказаться от исполнения обязанностей по договору в одностороннем порядке?

Анализ гражданско-правовых отношений таможенных представителей и декларантов позволяет сделать вывод о том, что указанные субъекты заключают договоры возмездного оказания услуг с элементами договоров поручения либо агентирования¹¹⁵.

П. 2 ст. 782 ГК РФ предоставляет исполнителю право на односторонний отказ от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг.

¹¹⁵ См. Брикса К.О. Гражданско-правовой договор как основание возникновения обязательств между таможенным представителем и декларантом // Таможенные чтения – 2016. Мировые интеграционные процессы в современной науке: Сборник материалов Международной научно-практической конференции. В 2-х тт. Том 2 / под общ. ред. С.Н. Гамидуллаева. СПб.: Санкт-Петербургский им. В.Б. Бобкова филиал РТА, 2016. С. 33-40.

Как следствие, ничто не препятствует таможенному представителю расторгнуть договор в одностороннем порядке.

Между тем декларант является более слабой стороной, лишенной специальных познаний и опыта в области таможенного дела, как следствие, расторжение представителем договора может повлечь у первого убытки, связанные с нарушением процедуры таможенного оформления.

Во избежание подобных ситуаций нормы таможенного законодательства дают основания рассматривать договор таможенного представительства в качестве публичного. Исходя из смысла п. 4 ст. 60 Закона о таможенном регулировании, представитель не вправе отказываться от заключения договора при наличии возможности оказать услугу, а также не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения договора.

Важно отметить, что на первом этапе существования института таможенных брокеров указаний на публичность указанного договора в законодательстве не содержалось, данная норма появилось в таможенном законодательстве в 2003 году.

Однако признание договора таможенного представительства публичным не позволяет однозначно ответить на вопрос о том, вправе ли таможенный представитель отказаться от исполнения договора в одностороннем порядке? Для решения этого вопроса необходимо обратиться к судебной практике.

В соответствии с позицией Конституционного Суда, изложенной в Определении от 14.10.2004 № 391-О (далее – Определение КС РФ № 391-О), обязательность заключения публичного договора при наличии возможности предоставить лицу соответствующие услуги означает и недопустимость одностороннего отказа исполнителя от исполнения обязательств по договору, поскольку в противном случае требование закона об обязательном заключении договора лишалось бы какого бы то ни было смысла и правового значения.

Согласно п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» в обязательстве из публичного договора, заключенного лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, право на односторонний отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором только той стороне, для которой заключение этого договора не было обязательным.

Таким образом, Закон о таможенном регулировании, защищает декларанта, гарантируя невозможность отказа таможенного представителя от исполнения услуг. Однако является ли эта невозможность отказа абсолютной?

Нельзя не отметить, что в исключительных случаях таможенный представитель вынужден отказаться от декларирования товара представляемого лица. Так, например, в ряде проанализированных в ходе исследования договоров таможенного представительства в качестве оснований расторжения соглашения указано следующее: «Таможенный представитель вправе отказаться от исполнения договора в случае, если у него появятся достаточные основания полагать, что действие или бездействие декларанта являются противоправными и влеку-

щими уголовную ответственность, либо ответственность, предусмотренную Таможенным кодексом».

С одной стороны, подобная практика противоречит принципу публичного договора, но, с другой стороны, позиция Конституционного Суда Российской Федерации свидетельствует о том, что коммерческая организация как сторона публичного договора при отсутствии реальной возможности исполнить свои обязательства, в том числе вследствие существенного изменения обстоятельств, не может быть лишена права на защиту своих интересов посредством предъявления требования о расторжении публичного договора (Определение КС РФ № 391-О).

При рассмотрении этого вопроса необходимо обратиться к новелле ТК ЕАЭС – п. 3 ст. 84 ТК ЕАЭС, устанавливающей ответственность декларанта за представление таможенному представителю недействительных документов, в том числе поддельных и (или) содержащих заведомо недостоверные (ложные) сведения. Именно данная норма позволяет таможенному представителю отказаться от исполнения договора, так как предоставление декларантом представителю поддельных документов – не что иное, как существенное изменение обстоятельств.

Подводя итог, необходимо отметить, что институт таможенных представителей не является достаточно регламентированным с точки зрения гражданского права, что дает ряду исследователей основания полагать необходимым включение в ГК РФ положений о договоре таможенного представительства¹¹⁶. Между тем с точки зрения автора настоящей статьи усложнение структуры ГК РФ путем включения в него все новых и новых институтов, возникающих вследствие непрерывного развития экономических отношений, нецелесообразно в случае, если эти отношения могут регламентироваться уже существующими нормами права (институт таможенных представителей регулируется главой 10 ГК РФ, а также нормами раздела IV, посвященного отдельным видам обязательств, в зависимости оттого, как квалифицировать договора таможенного представительства). Более рациональным представляется разработать типовой договор таможенного представительства, в котором были бы разработаны все существенные для данного договора условия и учтены интересы обеих сторон.

¹¹⁶ Вергуш К.В. Гражданско-правовая ответственность таможенного представителя // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 4. С. 74–82.

А.В. Власова
кандидат юридических наук,
адвокат (город Москва)

Право на цифровой финансовый актив

1. Постановка вопроса. Состояние исследования вопроса. Правовое регулирование отношений в сфере цифровой экономики находится на стадии становления. На данный момент отсутствует единообразное правовое регулирование отношений, связанных с обладанием и обращением цифровых финансовых активов, практически везде в мире отсутствует комплексное регулирование, нет единых подходов к пониманию правовой природы таких активов и, как следствие, нет внятных представлений о природе отношений, связанных с использованием цифровых финансовых активов, о возможности распространения на эти отношения классических канонов гражданского права.

В российской цивилистике исследование проблемы ограничивается несколькими публикациями, во многом незавершенными¹¹⁷.

Настоящее сообщение является попыткой проанализировать новые экономические явления в свете понятий и категорий науки гражданского права.

2. Источники (нормативные акты и проекты нормативных актов). На текущий момент в Российской Федерации отсутствуют нормативные акты, регулирующие выпуск и обращение цифровых финансовых активов. Разработаны и находятся на стадии рассмотрения компетентными государственными органами проекты нормативных актов, как то:

Законопроект № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» (находится на рассмотрении в Государственной Думе РФ).

Законопроект № 419090-7 «Об альтернативных способах привлечения инвестиций (краудфандинге)» (находится на рассмотрении в Государственной Думе РФ).

Проект Постановления Правительства РФ «Об аккредитации организаций, предоставляющих возможность выпуска цифровых токенов».

В Республике Беларусь принят и вступил в силу Декрет Президента Республики Беларусь № 8 от 21.12.2017 «О развитии цифровой экономики».

В странах Западной Европы имеют место отдельные нормативные акты, регулирующие некоторые вопросы обращения криптовалют. Комплексное правовое регулирование соответствующих экономических отношений отсутствует.

Указанные выше источники содержат различное определение цифрового финансового актива, что, соответственно, влияет на определение правовой природы отношений по поводу таких активов.

¹¹⁷ См., например: Новоселова Л.А. О правовой природе биткойна // Хозяйство и право. 2017. № 9. С. 3–15. Она же. «Токенизация объектов гражданского права // Хозяйство и право. 2017. № 12. С. 29–43. Савельев А.И. Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений // Закон. 2018. № 2. С. 36–50.

3. Определение объекта права и характеристика права в источниках. В соответствии со ст. 2 законопроекта № 419059-7 цифровой финансовый актив (криптовалюта и токен) – имущество в электронной форме, созданное с использованием криптографических средств. Право собственности на данное имущество удостоверяется путем внесения цифровых записей в реестр цифровых транзакций.

По законопроекту № 419090 токен инвестиционного проекта (т.е. так называемый «инвестиционный токен») определяется через имущественные права, уступка которых осуществляется путем внесения записи в базу данных о переходе токена на имя другого лица (п. 6 ст. 2 проекта). Согласно п. 2 ст. 5 проекта инвестиционный токен предоставляет владельцу следующие права: право требования из договора займа; право требования передачи ценных бумаг; право требовать осуществления прав по ценным бумагам; право требовать передачи вещи; право требовать выполнения работ (оказания услуг); право требовать передачи исключительных прав.

Таким образом, предлагается определять права на «инвестиционный токен» как имущественные права обязательно-правового характера (права требования). Как видим, подходы двух законопроектов к определению права на токен не отличаются единообразием.

В Приложении № 1 к Декрету Президента Республики Беларусь № 8 от 21.12.2017 содержится иное определение криптовалюты (токена)¹ и права на них:

Владелец цифрового знака (токена) – субъект гражданского права, которому цифровой знак (токен) принадлежит на праве собственности или на ином вещном праве.

Криптовалюта – биткоин, иной цифровой знак (токен), используемый в международном обороте в качестве универсального средства обмена.

В проекте Постановления Правительства РФ «Об аккредитации организаций, предоставляющих возможность выпуска цифровых токенов» под цифровым токеном понимается созданная с использованием криптографических (шифровальных) средств запись в распределенной информационной системе, которая удостоверяет наличие у владельца такой записи прав на получение от лица, осуществившего размещение (первичный выпуск) цифрового токена начальной (номинальной) стоимости токена путем предъявления этого токена с помощью распределенной информационной системы.

Анализ приведенных определений позволяет заключить, что в проектах отечественных нормативных актов допускается противоречие как в обозначении объекта правового регулирования, так и в характеристике субъективного права на этот объект.

4. Соотношение цифрового финансового актива и записи (цифровой презентации актива), права на актив и права на запись. Следует различать субъективное право на цифровой финансовый актив, как разновидность имущества,

¹ В Декрете не используется термин «цифровой финансовый актив». Кроме того, Декрет отождествляет понятия «криптовалюта» и «токен», «токен» и «цифровой знак».

предполагающего определенную ценность (это идеальная, мысленно представляемая ценность), и субъективное право на информацию, т.е. на средство удостоверения первого права. Имущественное право на цифровой финансовый актив удостоверяется записями в реестре блоков транзакций (блокчейне). Иными словами, запись в блокчейне и есть та информация, которая удостоверяет (подтверждает) право на цифровой финансовый актив, это цифровая презентация ценности.

Таким образом, мы ведем речь о разных субъективных правах, – о праве на цифровой финансовый актив и праве на информацию (цифровую презентацию), которые взаимосвязаны, но не совпадают друг с другом. Цифровой финансовый актив и запись (информация) о нем соотносятся как объект и способ его внешнего выражения (удостоверения, подтверждения), что не одно и то же.

Соотношение этих прав аналогично тому, как соотносятся право на ценную бумагу и право из ценной бумаги. При этом право на информацию сходно по своей природе с правом на бумагу, а право на цифровой финансовый актив – с правом из ценной бумаги.

По своей правовой природе оба из указанных субъективных прав – это субъективные гражданские права, поскольку цифровые финансовые активы фактически являются частью гражданского оборота и представляют собой объекты гражданского права. Цифровые финансовые активы являются предметом гражданско-правовых сделок: купли-продажи, мены, дарения, залога и других, совершаемых посредством «распоряжения» записью, т.е. правом на информацию, фактически используются в качестве средства платежа за товары и услуги либо в качестве средства обмена в сети Интернет.

Хотя они не поименованы в ст. 128 Гражданского кодекса Российской Федерации в качестве самостоятельных объектов, они, по моему мнению, подпадают под признаки такого объекта как «имущество». Так, криптовалюта как объект права может быть обозначена как «иное имущество», токен – как «имущественное право».

Соответственно, право на цифровой финансовый актив и право на информацию (право на запись о цифровом финансовом активе в системе распределенного реестра) – это гражданско-правовые явления.

5. Особенности правового обозначения информации о цифровом финансовом активе. Ранее «информация» содержалась в перечне объектов гражданских прав в качестве самостоятельного объекта¹. В настоящий момент регулирование вопросов доступа к информации, защите информации и т.п. осуществляется на основании Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации». Полагаю, что имеются объективные препятствия для тотального применения норм названного закона к информации в блокчейне, главным образом потому, что распределенный реестр децентрализован, в нем отсутствует администратор, оператор

¹ Указание на «информацию» исключено из перечня объектов гражданских прав, перечисленных в ст. 128 ГК РФ, Федеральным законом № 231-ФЗ от 18.12.2006 (вступил в силу в рассматриваемой части 01.01.2008).

или иной субъект юридической обязанности. Вместе с тем, вопрос о возможности трактовки «записи на цифровой финансовый актив» в качестве электронного документа или части электронного документа (по аналогии) остается открытым.

В любом случае каждая запись (презентация цифрового финансового актива) имеет индивидуально-определенные признаки (уникальное сочетание цифр и других символов), подтверждает принадлежность субъекту имущественного права (право на некую ценность) и обеспечивает его публичную достоверность. Передача права на цифровой финансовый актив невозможна без распоряжения правом на информацию (правом на запись).

6. Попытка определения вида субъективного гражданского права на цифровой финансовый актив. Право на цифровой финансовый актив неоднородно. Характер этого права зависит от вида цифрового финансового актива (инвестиционный токен, платежный токен, кредитный токен предполагают различные по своей правовой природе субъективные права) и функции, выполняемой им в гражданском обороте¹.

Субъективное гражданское право на криптовалюту – абсолютное право, держателю которого противостоит неограниченный круг лиц, обязанных воздерживаться от вмешательства в имущественную сферу правообладателя.

Субъективное гражданское право на токен может предоставлять держателю токена (в зависимости от вида токена – платежный, инвестиционный, программный – правомочия, направленные против эмитента токена, обязанного к определенным действиям, как правило, имущественным предоставлениям (передачи вещи, фиатных денег, услуг), в пользу владельца токена. Отсюда – обязательственно-правовой характер прав владельца токена. Однако, субъективное право на токен может приобретать признаки корпоративного субъективного права, если обладателю токена предоставляются также «управленческие» правомочия. Содержание обязательств эмитента токена определяется при размещении в соответствии с протоколом (алгоритмом) размещения токенов.

В обозначенном смысле право на токен – это относительное субъективное гражданское право, связывающее правообладателя с эмитентом (лицом, разместившим токен).

Представляется также, что отдельные токены по экономическим и технологическим причинам могут быть использованы одновременно и в качестве криптовалюты (например, эфириум). Здесь вид права определяется в зависимости от характера отношений по использованию токена.

Однако в любом случае субъективные гражданские права на цифровой финансовый актив – это права на определенную ценность. Ценность может быть результатом затрат правообладателя (майнера), если криптовалюта создана в результате майнинга (процесса, включающего затраты на оборудование и электроэнергию), либо результатом обмена на фиатные деньги или другие активы (например, если криптовалюта или токен приобретаются на бирже).

¹ Подробнее о видах токенов, их функциях и предоставляемых ими правах см.: Новоселова Л.А. «Токенизация» объектов гражданского права. С. 34–35.

Соответственно, имущественные права на вышеуказанные ценности могут выступать предметом гражданско-правовых сделок (купли-продажи, мены и т.д.). В этом случае права и обязанности отчуждателя и приобретателя актива определяются в соответствии с нормами гражданского законодательства об обязательствах того или иного вида.

В свою очередь, запись об имущественных правах на цифровой финансовый актив – это способ подтверждения и осуществления права на ценность, информация об имущественном праве. Эта информация (запись) также имеет ценность для правообладателя, поскольку отсутствие записи (например, потеря информации) влечет невозможность осуществления права на цифровой финансовый актив.

Бытует мнение, что право на информацию есть право собственности на нее. Такой подход предпринят, например, в п. 3 Приложения № 1 к Декрету Президента Республики Беларусь № 8 «О развитии цифровой экономики», согласно которому владелец цифрового знака (токена) – субъект гражданского права, которому цифровой знак (токен) принадлежит на праве собственности или на ином вещном праве.

В статье 2 проекта закона Российской Федерации «О цифровых финансовых активах» говорится о праве собственности на цифровой финансовый актив (криптовалюту, токен), которое удостоверяется путем внесения цифровых записей в реестр цифровых транзакций.

Авторы отечественного законопроекта говорят о праве собственности не на цифровую запись (как средство удостоверения права на цифровой финансовый актив), а о праве собственности на сам актив.

Однако, едва ли верно вообще говорить о праве собственности применительно и к цифровым активам, и к цифровым записям.

Право собственности – это вещное право. Поскольку цифровой актив и цифровая запись – это не вещи, постольку и соответствующее право – не может быть правом собственности в том объеме, какое закреплено в ГК РФ.

На «информацию», «запись» нельзя распространить некоторые нормы о праве собственности в силу самой природы такого объекта права.

Представляется, что в данном случае можно вести речь о возможности применения к рассматриваемым отношениям лишь отдельных норм о праве собственности, а именно таких, которые не вступают в противоречие с особенностями и сущностными характеристиками названных «виртуальных» объектов.

А.А. Гавриш, юрист
ООО «Юридическая фирма Конвент»

Взыскание неосновательного обогащения как способ защиты прав в спорах о разделе общего имущества супругов

В судебной практике периодически встречаются дела о разделе общего имущества супругов, в которых суды применяют нормы Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) о неосновательном обогащении¹¹⁸.

Нам не удалось выявить какой-то единый подход судов по вопросу, когда и почему необходимо применять нормы о неосновательном обогащении в подобных спорах. Скорее, судебная практика свидетельствует о том, что суды применяют нормы о неосновательном обогащении интуитивно, когда по какой-то причине не находят норм в Семейном кодексе Российской Федерации (далее – СК РФ), позволяющих им разрешить спор правильно.

Попробуем разобраться, насколько правомерно применение норм ГК РФ о неосновательном обогащении в спорах о разделе общего имущества супругов.

Начнем с того, что взыскание неосновательного обогащения является общегражданским способом защиты прав.

Нормы, регулирующие правила взыскания неосновательного обогащения, находятся во 2 части ГК РФ в главе 60 (ст.ст.1102-1109).

В соответствии со ст.1102 ГК РФ лицо, которое без каких-либо правовых оснований приобрело или сберегло имущество за счет другого лица, обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество, за исключением случаев, предусмотренных ст.1109 ГК РФ. При этом неважно, произошло ли неосновательное обогащение по воле лица или независимо от нее.

В науке гражданского права принято считать, что взыскание неосновательного обогащения применяется в случаях, когда законом не предусмотрено специального способа защиты для конкретных правоотношений, а если такие специальные способы защиты предусмотрены, то нормы неосновательного обогащения могут применяться лишь субсидиарно, при необходимости дополнить или восполнить нормы специальных способов защиты¹¹⁹.

Так, иск о взыскании неосновательного обогащения нельзя предъявлять вместо виндикационного, реституционного, деликтного, договорного исков, ко-

¹¹⁸ См., например, Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда № 33-13092 от 01.09.2015; Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 19 октября 2016 г. № 33-20379/2016.

¹¹⁹ См., например, комментарий к ст.1103 Постатейного комментария к Гражданскому кодексу Российской Федерации, ч. 2 в 3 т. Т. 3 / Н.В. Бандурина, А.И. Бибииков, Е.В. Вавилин и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011; Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017; §7 Скловский К.И. Сделка и ее действие (3-е издание). Комментарий главы 9 ГК РФ (понятие, виды и форма сделок. Недействительность сделок) // СПС КонсультантПлюс. 2015; п.п.8-9 Постановления Пленума ВАС РФ от 06.06.2014 № 35; п.2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2000 № 49.

торые предусматривают свои специальные правила и в том числе ограничения для применения этих способов защиты.

Теперь обратимся к разделу общего имущества супругов. Это уже сфера семейного права.

Семейное право благодаря специфике регулируемых правоотношений выделяется в отдельную отрасль права отличную от гражданского права.

СК РФ – основной акт, регулирующий семейные правоотношения, предусматривает специальные способы защиты прав участников этих правоотношений.

Среди этих способов есть иск о разделе общего имущества супругов.

В связи с этим возникает вопрос, если правила о неосновательном обогащении ГК РФ даже в рамках гражданско-правовых отношений применяются, как правило, субсидиарно, то насколько правомерно применение правил о неосновательном обогащении в судебных спорах, возникающих из семейно-правовых отношений и, в частности, в судебных спорах о разделе общего имущества супругов?

Рассмотрим, как сам законодатель решает вопрос о возможности применения гражданского законодательства к семейным правоотношениям.

Согласно ст.2 СК РФ «семейное законодательство устанавливает порядок осуществления и защиты семейных прав, регулирует личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи: супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными), а в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, между другими родственниками и иными лицами...».

Семейное законодательство состоит из СК РФ, принимаемых в соответствии с ним других федеральных законов, а также законов субъектов Российской Федерации» (абз.1 п.2 ст.3 СК РФ).

Согласно ст.4 СК РФ к названным в ст.2 СК РФ имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений.

Исходя из этих норм, следует сделать вывод, что гражданское законодательство должно применяться к имущественным отношениям между членами семьи только тогда, когда соблюдены два условия:

- 1) эти отношения не урегулированы семейным законодательством,
- 2) применение гражданского законодательства не будет противоречить существу семейных отношений.

Но тогда и нормы о неосновательном обогащении ГК РФ (который является основной частью гражданского законодательства) тоже применимы в семейных отношениях только в вышеуказанных случаях (когда отношения не урегулированы семейным законодательством, и применение норм о неосновательном обогащении не будет противоречить существу семейных отношений).

Урегулированы ли семейным законодательством отношения по разделу общего имущества супругов?

Да, правила раздела имущества супругов содержатся в ст.38, 39 СК РФ.

Добавим также, что сам ГК РФ содержит положение о том, что правила определения долей супругов в общем имуществе при его разделе и порядок такого раздела устанавливаются семейным законодательством (п.4 ст.256 ГК РФ).

Но тогда нормы гражданского законодательства и, в частности, нормы о неосновательном обогащении главы 60 ГК РФ, не должны применяться при разрешении споров о разделе общего имущества супругов.

Или все-таки могут применяться?

Обратим внимание еще раз на ст.4 СК РФ:

«К названным в статье 2 настоящего Кодекса имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи...».

Здесь стоит сделать акцент на том, что семейное законодательство регулирует отношения между членами семьи (хотя есть исключения).

СК РФ допускает раздел общего имущества как в период брака, так и после его расторжения (п.1 ст.38 СК РФ).

Но после расторжения брака уже нет «супругов», есть «бывшие супруги», то есть нет и «членов семьи», есть просто граждане, между которыми сохранились имущественные отношения по поводу общей собственности.

И руководствуясь такой логикой, можно было бы допустить возможность применения норм ГК РФ о неосновательном обогащении в спорах о разделе общего имущества бывших супругов.

С другой стороны, СК РФ не делает различий между супругами и бывшими супругами для целей раздела общего имущества.

В п.1 ст.38 СК РФ указано: «раздел общего имущества супругов может быть произведен как в период брака, так и после его расторжения по требованию любого из супругов...».

И хотя термин «бывшие супруги» в ст.38 СК РФ не используется, исходя из формулировки п.1 (раздел имущества может быть осуществлен и после расторжения брака) следует, что ст.38 СК РФ регулирует отношения по разделу общего имущества и бывших супругов тоже (поскольку после расторжения брака супруги могут быть только «бывшими»).

Следовательно, СК РФ урегулировал отношения по разделу имущества как супругов, так и бывших супругов, а значит, мы должны прийти к выводу, что нормы о неосновательном обогащении ГК РФ не должны применяться при разделе общего имущества даже бывших супругов.

Кроме того, в рамках судебного раздела имущества бывших супругов предметом спора остается распределение того имущества, которое появилось у супругов в период брака.

Поэтому, на наш взгляд, из проанализированных выше норм действующего законодательства следует, что в спорах о разделе общего имущества супругов правила ГК РФ о неосновательном обогащении не должны применяться.

Но может быть, СК РФ содержит какие-то пробелы в регулировании данных отношений, и есть ситуации, когда необходимо применение норм о неосновательном обогащении для правильного разрешения спора? Попробуем представить такие случаи.

Для начала вспомним, что делить можно только то совместное имущество, которое сохранилось в наличии у супругов к моменту судебного процесса о разделе имущества (абз.3 п.15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15). То, что было потрачено, израсходовано, отчуждено в период брака нельзя разделить.

Но из этого правила есть исключения.

Они установлены в абз.1 п.16 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 05.11.1998 № 15 (далее – Постановление Пленума).

Исходя из этого пункта Постановления Пленума, суд может «разделить» отчужденное/израсходованное совместное имущество в двух случаях:

- 1) один из супругов скрывал имущество от другого супруга либо
- 2) один из супругов израсходовал (произвел отчуждение) имущество по своему усмотрению вопреки воле другого супруга и не в интересах семьи.

Как раз для таких ситуаций и напрашивается применение норм о неосновательном обогащении, но они здесь просто не нужны, поскольку ситуация разрешается на основании специальных норм о разделе общего имущества (пусть даже эти нормы содержатся не в законе, а в Постановлении Пленума).

Кроме этого, в СК РФ содержится еще несколько норм, направленных против неосновательного обогащения одного из супругов.

Так в абз.2 п.3 ст.38 СК РФ указано:

«...В случае, если одному из супругов передается имущество, стоимость которого превышает причитающуюся ему долю, другому супругу может быть присуждена соответствующая денежная или иная компенсация».

То есть, если один из супругов получит в натуральном виде больше имущества или более ценное, чем другой супруг, в пользу «ущемленного» супруга будет присуждена компенсация (как правило, денежная).

Не это ли наглядный пример противодействия неосновательному обогащению, но «силами» правил СК РФ о разделе имущества супругов?

Также в п.2 ст.39 СК РФ есть еще одно правило:

«Суд вправе отступить от начала равенства долей супругов в их общем имуществе исходя из интересов несовершеннолетних детей и (или) исходя из заслуживающего внимания интереса одного из супругов, в частности, в случаях, если другой супруг не получал доходов по неуважительным причинам или расходовал общее имущество супругов в ущерб интересам семьи».

То есть, если один из супругов по неуважительным причинам никак не вкладывал свои ресурсы в семью (ни имущественно, ни иным образом) или даже наоборот растрачивал общее имущество супругов против интересов семьи, СК РФ лишает такого супруга права на равное распределение совместного имущества при его разделе, чем пытается не допустить фактического обогащения одного из супругов за счет средств семьи.

Таким образом, в действительности, ситуации, которые в рамках гражданско-правовых отношениях могли быть урегулированы с помощью норм о неосновательном обогащении, в семейных правоотношениях в достаточной мере охватываются правилами о разделе общего имущества супругов, а конкретно – нормами абз.2 п.3 ст.38, п.2 ст.39 СК РФ, абз.1 п.16 Постановления Пленума.

Теперь рассмотрим некоторые ситуации, возникающие в практике, когда суды применяют нормы о неосновательном обогащении.

Особо это актуально для случаев, связанных с отчуждением одним из супругов общего имущества уже после прекращения брака.

Предположим, после прекращения брака один из бывших супругов продает квартиру, которая находится в совместной собственности.

Что делать второму супругу для защиты своих имущественных интересов?

Может быть, как раз в этой ситуации нужно применить нормы о неосновательном обогащении? Ведь, кажется, один супруг обогатился за счет другого супруга¹²⁰.

На наш взгляд, в подобных ситуациях пострадавший супруг должен заявлять иск о разделе общего имущества.

Если мы заявляем иск о взыскании неосновательного обогащения, то какую именно сумму мы должны просить суд взыскать?

Ведь квартира не была разделена, и доли супругов не определены.

До раздела совместного имущества супругов долей не существует, да и равенство долей только предполагается, но суд может отступить от этого принципа, распределив доли между супругами иначе.

Получается, нужно заявить иск о разделе имущества супругов, чтобы определить доли в конкретном имуществе, и взыскать соответствующую этой доле часть денежных средств в качестве компенсации.

Изменим немного ситуацию.

Бывший супруг, так же после прекращения брака, продал совместный автомобиль по заниженной цене. Неважно по какой причине.

Второй супруг явно имущественно страдает, даже если первый супруг добровольно передаст ему часть полученных за продажу денежных средств (в частности, половину полученных средств), ведь второй супруг потенциально мог более эффективно использовать совместное имущество.

¹²⁰ Так разрешил аналогичное дело ВС РФ. Определение от 2 июня 2015 г. № 5-КГ15-47. Супруги расторгли брак. Один из бывших супругов продал совместную квартиру. Второй супруг просил взыскать неосновательное обогащение. Суды 1 и 2 инстанций ему отказали, поскольку пострадавший супруг не просил разделить эту квартиру, не доказал, что у бывшего супруга произошло обогащение за его счет и без правового основания. Кроме того, распоряжение совместной квартирой было после прекращения брака, то есть по правилам ГК РФ, а не СК РФ, но сделку по продаже квартиры на основании п.3 ст.253 ГК РФ истец не оспаривал. Видимо, суд намекал, что именно оспаривание сделки было надлежащим способом защиты. Тем не менее, ВС РФ защитил пострадавшего супруга, удовлетворив его иск о взыскании неосновательного обогащения.

Мы полагаем, ВС РФ, разрешив дело правильно по существу, применил неправильно нормы неосновательного обогащения вместо норм о разделе общего имущества СК РФ.

Суды первых инстанций правильно отказались применять нормы о неосновательном обогащении, но они неправильно не применили нормы о разделе имущества и в итоге неправильно разрешили дело, отказав в иске.

Конечно, истец изначально заявлял требование именно о взыскании неосновательного обогащения, но правильный выбор правовых норм в гражданском процессе, подлежащих применению в конкретном деле – задача суда, а не истца.

Полагаем, и здесь нет места для кондикционного иска.

Для защиты своих интересов, второму супругу так же надо заявлять иск о разделе имущества, определять доли в автомобиле и просить суд взыскать соответствующую доле компенсацию от рыночной цены автомобиля, существующей на момент его продажи¹²¹.

Так же нужно поступать и в случае, если бывший супруг не продал совместный автомобиль, а подарил его.

Обогащения у недобросовестного супруга нет. У обоих супругов уменьшилось имущество.

Необходимо заявлять иск о разделе имущества, определять доли супругов и требовать в пользу пострадавшего супруга компенсацию доли от рыночной стоимости автомобиля.

При решении указанных выше ситуаций необходимо рассмотреть другой важный правовой аспект.

Итак, супруги расторгли брак, у них осталось совместное имущество, один из супругов производит отчуждение этого совместного имущества.

Как защититься пострадавшему супругу, учитывая действующие нормы СК РФ и ГК РФ о распоряжении совместным имуществом?

Напомним, что согласно п.2 ст.35 СК РФ (для супругов) и п.2 ст.253 ГК РФ (для бывших супругов) при распоряжении совместной собственностью предполагается, что тот, кто ею распоряжается, действует с согласия другого сособственника.

Тогда необходимо решить вопрос, как судам оценивать фактор наличия/отсутствия согласия при распоряжении совместной собственностью, и как распределять бремя доказывания наличия/отсутствия этого согласия.

Полагаем, необходимо разделить регулирование для супругов и бывших супругов следующим образом.

В случае с супругами, то есть при распоряжении одним из супругов совместной собственностью в период брака, должен быть следующий подход.

Предполагается, что распорядившийся совместной собственностью супруг действовал с согласия другого супруга и в интересах семьи.

Иное должен доказывать супруг, заявляющий, что распоряжение было без его согласия и не в интересах семьи. Если он это «иное» доказывает, то только в этом случае суд должен присудить ему компенсацию в соответствующей доле.

Такой подход прямо следует из разъяснений в абз.1 п.16 Постановления Пленума.

Что касается, бывших супругов, то в ситуациях, когда распоряжение совместной собственностью одним из бывших супругов происходит после прекращения брака, подход должен быть следующим.

Предполагается, что распорядившийся совместной собственностью бывший супруг, действует без согласия другого бывшего супруга и не в его интересах.

¹²¹ См. Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 19 октября 2016 г. № 33-20379/2016.

В части презумпции отсутствия согласия второго бывшего супруга такой подход противоречит действующему законодательству РФ (п.2 ст.253 ГК РФ), но такое разъяснение мог бы дать Верховный Суд РФ.

Пока такого разъяснения нет, и законодательство не изменено в этой части, можно исходить хотя бы из презумпции, что бывший супруг действует только в своих интересах и не в интересах бывшего супруга.

Такая презумпция не будет противоречить действующему законодательству.

Тогда, хотя оспаривание сделок пострадавшим супругом останется таким же сложным, как и сейчас, требование раздела совместного имущества и присуждения компенсации за отчужденное имущество будет вполне доступным и эффективным способом защиты.

Для справедливого разрешения подобных споров бремя доказывания должно распределяться так, чтобы распорядившийся совместной собственностью супруг доказывал, что он учел при распоряжении имуществом интересы другого супруга (например, сам передал ему часть полученных от распоряжения имуществом денежных средств).

В настоящий момент в судебной практике не наблюдается единых подходов к решению таких дел, а вопросы согласия и распределения бремени доказывания наличия или отсутствия согласия, как правило, игнорируются судом при вынесении решения.

В чем заключается практическое значение вопроса – применять правила о неосновательном обогащении ГК РФ или руководствоваться правилами о разделе имущества семейного законодательства?

Значение точно такое же, как и при решении вопроса, можно ли «обойти» кондикционным иском виндикационный или деликтный иски.

Правила о разделе имущества в СК РФ и Постановлении Пленума содержат специальные ограничения, которые отсутствуют в правилах о неосновательном обогащении. Поэтому применение норм о неосновательном обогащении может привести к неправильному разрешению спора¹²².

¹²² Например, наша фирма вела дело, в котором суд, применив нормы ГК РФ о неосновательном обогащении, в итоге «обошел» правила о недопустимости взыскания компенсации стоимости имущества, отчужденного в период брака, при недоказанности отсутствия согласия «пострадавшего супруга».

О.И. Горколыцева,
Эксперт, Закрытое акционерное общество
«Аудиторская компания «БИГ5»

Электронная закладная

С 1 июля 2018 года в России Федеральным законом от 25.11.2017 № 328-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» вводится электронная закладная. Представляется, что данное нововведение, связанное с внедрением электронного документооборота при покупке жилья в ипотеку, позволит существенным образом снизить расходы банков на всех стадиях процедуры кредитования. Что соответственно позволит сделать ипотечные кредиты более доступными, в том числе путем снижения ставок по ипотечным кредитам для граждан с учетом экономии от введения данной процедуры. Рассмотрим ключевые моменты, связанные с введением электронной закладной в гражданский оборот.

Действующая редакция Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (далее по тексту – Закон об ипотеке) относит закладную к разряду именных ценных бумаг (п. 2 ст. 13). Тем не менее в литературе неоднократно поднимался вопрос о ее причислении к виду ордерных ценных бумаг.¹²³ Проблема заключается в следующем: в соответствии с легальным определением закладная как именная ценная бумага должна передаваться посредством уступки прав (п. 4 ст. 146 Гражданского кодекса РФ, п. 4 ст. 143 Гражданского кодекса РФ). В Законе об ипотеке указанное формулируется как передача прав путем составления сделки в простой письменной форме, с проставлением отметки на закладной о новом держателе (п. 1 ст. 48 Закона об ипотеке). Данное требование закона представлялось некоторым авторам непоследовательным, поскольку проставление отметки о новом владельце имеет сходные черты с передачей прав по индоссаменту (проставление передаточной надписи при передаче ордерной ценной бумаги)¹²⁴. Также Закон об ипотеке устанавливает условие для легитимации ее держателя в качестве управомоченного лица – его права должны основываться на последней отметке на закладной, которую совершил последний владелец (п. 3 ст. 48 Закона об ипотеке), что также схоже с требованиями для ордерных ценных бумаг. Данными положениями пользовался В.А. Белов при формировании точки зрения относительно ордерного характера закладной.¹²⁵ Однако, представляется, что в данном случае компаративный метод не работает, в Методических рекомендациях по применению профессиональными участниками рынка ценных бумаг Федерального

¹²³ Медведев Д.А. О правовой природе закладной // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль: ЯрГУ. 1998. Вып. 5. С. 27–28.

¹²⁴ Ушаков О.В. Сизова М.В. Теоретические и практические проблемы оборота закладных // Закон. 2013. № 3. С. 52.

¹²⁵ См.: Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве: учебное пособие по специальному курсу: 2-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. М.: Центр ЮрИнфоР. 2007. Т. 2. С. 351–357.

закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)»¹²⁶ прямо указано, что надпись на закладной не имеет ничего общего с индоссаментом. Совершение надписи – это акт оформления цессии по закладной. Еще до выхода указанных рекомендаций Е.А. Крашенинников отмечал, что надпись на закладной не сопоставима с самостоятельной передачей прав, она является доказательством заключения договора цессии (цессия в краткой форме)¹²⁷.

Несмотря на очевидную разницу между предъявительской и обыкновенной именной ценной бумагой, в ходе анализа судебной практики встретилось судебное дело, в котором закладную отнесли к предъявительским ценным бумагам¹²⁸.

После вступления изменений в силу Закон об ипотеке будет содержать следующие положения в части видовой принадлежности закладной – это именная документарная ценная бумага (документарная закладная) или бездокументарная ценная бумага, права по которой закрепляются в форме электронного документа, подписанного усиленной квалифицированной электронной подписью, который хранится в депозитарии (электронная закладная)¹²⁹.

Таким образом законодатель продолжает причислять закладную, составленную в классическом «бумажном» виде к именным документарным, новую «безбумажную» электронную закладную относит к бездокументарным. Законодатель разрешает применять как использование электронной закладной, так и его бумажный носитель. Форма выдачи закладных – электронная или бумажная – должна фиксироваться в договоре об ипотеке.

В чем же отличие новой формы закладной от «классической»? Почему введение такого инструмента как электронная закладная не позволяет полностью отказаться от составления классических бумажных закладных?

В статье 13.3 Закона об ипотеке (вступает в силу с 01.07.2018г.) указано, что электронная закладная составляется посредством заполнения формы электронной закладной на едином портале государственных и муниципальных услуг (функций), или на официальном сайте органа регистрации прав в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», или с использованием иных информационных технологий взаимодействия с органами регистрации, подписывается усиленной квалифицированной электронной подписью залогодателя и зало-

¹²⁶ Методические рекомендации по применению профессиональными участниками рынка ценных бумаг Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» утв. распоряжением ФКЦБ России от 26.02.1999 № 195-р // Вестник ФКЦБ России № 2 26.02.1999. Режим доступа: СПС «Консультант плюс».

¹²⁷ См.: Крашенинников Е.А. Правовая природа ректа-бумаг // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль: ЯрГУ. 1996. Вып. 3. С. 10.

¹²⁸ Так, в одном из решений было отмечено, что передача прав на закладную согласуется с положениями действующего законодательства, в соответствии с которыми, для передачи другому лицу прав, удостоверенных ценной бумагой на предъявителя, достаточно вручения ценной бумаги этому лицу (Решение Октябрьского районного суда г. Ижевска № 2-3117/2012 2-3117/2012-М-2604/2012 М-2604/2012 от 19 ноября 2012 г. по делу № 2-3117/2012 // режим доступа – <http://sudact.ru/regular/doc/W8TFTkIC5bd6/>).

¹²⁹ П. 3 ст. 13 Закона об ипотеке (в редакции Федерального закона от 25.11.2017 № 328-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

годержателя, а в случае, если залогодатель является третьим лицом, также и должника по обеспеченному ипотекой обязательству и направляется в орган регистрации прав вместе с заявлением о выдаче электронной закладной.

Безусловно, составление электронного документа поспособствует устранению рисков утраты, а также снижению рисков в части типично «бумажных» ошибок (электронный документ позволит избежать ситуаций, когда на нескольких бумажных носителях (например, у банка и регистратора) указана разная информация, минимизации издержек (временных и материальных), связанных с подготовкой бумажного варианта и передачей его на хранение.

Однако, введение такого инструмента как электронная закладная не позволит полностью отказаться от составления классических закладных. Основной проблемой в данном случае является соблюдение формальных особенностей – для совершения сделок с электронной закладной залогодателю необходимо иметь электронную цифровую подпись, заключить договор с удостоверяющим центром, понести затраты на получение данных услуг. Указанные обстоятельства могут быть неудобными для пользователей, поскольку большинство до сих пор больше доверяет бумажным носителям. В том числе это связано и с другой проблемой – возможные информационные утечки.

По поводу самой формы закладной, Е.Н. Абрамова, например, считает, что «новой электронной формы» в данном случае не возникает. Форма такой закладной остается простой письменной, несмотря на «квалифицированную электронную подпись». Меняется лишь носитель информации. Электронная закладная сохраняет, таким образом, все формальные свойства классической ценной бумаги, в том числе требования о наличии реквизитов, об определенном носителе информации, о необходимости составления документа и идентификации подписавшего путем подписи, индивидуализирующей субъекта права. Содержание ценной бумаги должно быть оформлено в простой письменной форме при наличии определенных, установленных законом реквизитов, в том числе словосочетания «электронная закладная» в наименовании документа и подписи обязанного лица¹³⁰.

В то же время автор говорит о том, что сущностные признаки такого документа значительно изменены. С этим нельзя не согласиться. Е.Н. Абрамова отмечает, что у электронной закладной теряется свойственное классической закладной «начало презентации», «овеществление права в документе», а также «неразрывная связь документа и права» (до такой степени, что судьба права следует судьбе самого документа)¹³¹. Сама электронная закладная залогодержателю не выдается «на руки», а хранится на сайте либо в системе депозитарного учета.

Если рассматривать саму процедуру хранения, то следует отметить, что депозитарный учет прав по закладной известен давно.¹³² Первой документарной ценной бумагой, депозитарный учет которой был законодательно разрешен в России, стала закладная (п. 8 ст. 13 Закона об ипотеке). Введение депозитарно-

¹³⁰ Абрамова Е. Документарные ценные бумаги: электронные и бумажные // Хозяйство и право. 2014. № 12. С.90-101.

¹³¹ Там же.

¹³² Необходимость депозитарного учета прав по закладной впервые закреплена Федеральным законом от 22.12.2008 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

го учета закладной было связано в первую очередь с желанием развить рынок ипотечного кредитования в России. Ведь в ведении электронного учета (отражение операций с закладными по счетам депо с использованием специальных технических средств) очень много преимуществ, например, минимизация затрат, увеличение безопасности, уменьшение в разы сроков передач большого количества бумаг новым владельцам.

С ориентиром на сложившуюся действительность, накопленную практику законодатель в Гражданском кодексе РФ также закрепил нормы в части возможности депозитарного учета ценных бумаг, возможность так называемого обездвиживания ценных бумаг (ст. 148.1 ГК РФ)¹³³. По своей сути данная процедура направлена на перевод документарной ценной бумаги в бездокументарную форму, позволяющую осуществлять уступку прав из ценной бумаги путем внесения изменений в счет депо, а не теми способами передачи прав из ценных бумаг, которые предусмотрены для каждого вида документарных ценных бумаг в ст. 146 ГК (простое вручение, индоссирование, цессия). В результате обездвиживания права управомоченного по документарной ценной бумаге фиксируются не в ней самой, а в системе депозитарного учета.¹³⁴

По замыслу законодателя процедура обездвиживания предполагает сохранение документарной формы ценных бумаг с добровольной на первом этапе и обязательной в последующем передачей бумажного документа депозитарию для депозитарного учета. В этом случае документарные ценные бумаги хранятся в депозитарии, а права владельца подтверждаются записью на счете депо.

Регулирование оборота обездвиженной и электронной закладной законодатель основывает на одних принципах. Так непосредственно в законе указано, что учет и переход прав на обездвиженную документарную закладную и электронную закладную, в том числе залог и иные обременения и ограничения распоряжения указанными ценными бумагами, а также взаимодействие между депозитариями, осуществляющими хранение и (или) учет прав на обездвиженную документарную закладную или электронную закладную, осуществляется по правилам, установленным для бездокументарных ценных бумаг законодательством Российской Федерации о ценных бумагах, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом.¹³⁵

Таким образом, следует подчеркнуть, что появление электронных закладных имеет положительные тенденции. Основываясь на существующей практике, законодатель осуществил внедрение данного инструмента с целью упрощения задач регистрации, хранения, сокращения времени обработки документов, снижения затрат на передачу и хранение закладных, исключения вероятности утраты закладной, облегчения унификации содержания закладных и увеличение качества взаимосвязи всех участников оборота закладных.

¹³³ Ст. 148.1 «Обездвижение ценных бумаг» введена в ГК ФЗ от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹³⁴ Горколыцева О.И. Обыкновенные именные ценные бумаги // Ленинградский юридический журнал. 2017. № 2. С.91-99.

¹³⁵ П. 10 ст. 13 Закона об ипотеке (в редакции Федерального закона от 25.11.2017 № 328-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»

*И.П. Грешников, канд. юрид. наук,
доцент кафедры гражданского права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета, председатель
Международного арбитража «IUS»*

Постановление и иные акты международного коммерческого арбитража

Под актом арбитража необходимо понимать официальный документ, принятый в определенной законом и/или регламентом форме арбитражем (третейским судом) либо арбитражным учреждением в пределах их компетенции и направленный на разрешение спора по существу либо вынесенный по процессуальным, процедурным, административным, техническим и иным вопросам, возникающим в ходе арбитражного (третейского) разбирательства.

Акты арбитража являются обязательными для сторон, а также, в отдельных случаях, для иных лиц, в том числе должностных, организаций и граждан, если это предусмотрено действующим законодательством о международном коммерческом арбитраже и о третейском разбирательстве.

Распоряжения и требования арбитража, содержащиеся в арбитражном акте, в частности о представлении доказательств и иных материалов, даче свидетельских показаний, разъяснений, заключений и другие требования, связанные с рассматриваемым спором, подлежат исполнению сторонами, а также иными лицами, участвующими в деле.

Основными арбитражными актами, согласно действующему в России законодательству о международном коммерческом арбитраже и о внутреннем арбитраже (третейском разбирательстве) являются акты состава арбитража – решение¹³⁶ и постановление арбитража.

Законодательство РФ и регламенты отечественных арбитражей наряду с названными актами, также оперируют терминами: определение, запрос, уведомление, повестка и т.п.

Отдельную нишу среди арбитражных актов занимают процессуальные акты должностных лиц и органов арбитражного учреждения, прежде всего, председателя арбитража, его заместителей, президиума или совета арбитража, а также исполнительного или ответственного секретаря арбитража, комитета по назначениям.

Западные арбитражные институты (LCIA, ICC, SCC и другие) для обозначения арбитражных актов также используют достаточно широкий набор понятий и отдельных технических терминов. Однако указанные арбитражи, действуя в рамках общего унифицированного подхода, для обозначения основного арбитражного акта в своих регламентах применяют единый термин – арбитражное решение (award).

¹³⁶ В данной статье освещаются вопросы, связанные с актами МКА за исключением решения. Решению, как наиболее важному акту арбитража, посвящена отдельная статья.

Так, в частности, пункт 26.1 регламента LCIA от 01 октября 2014 года в статье 26 «Арбитражное решение (решения)» гласит: «состав арбитража может выносить отдельные арбитражные решения по различным вопросам в разное время, включая промежуточные платежи, связанные с любым иском или ответным иском (включая юридические и арбитражные расходы). Такие арбитражные решения будут иметь такой же статус, как и любое арбитражное решение, вынесенное составом арбитража».

Арбитражный институт торговой палаты Стокгольма в своем регламенте, вступившим в силу 01 января 2017 года (далее – регламент SCC), для обозначения актов арбитража применяет несколько основных терминов: «решения совета директоров» арбитражного института (decisions by the board) «арбитражное решение» (award), «решения по отдельным вопросам» (separate awards) и «процедурные постановления» (procedural rulings), выносимые председателем состава арбитража по решению состава арбитража и некоторые другие акты (статьи 11, 41-48 регламента SCC).

Отметим тот факт, что для SCC характерен расширенный набор полномочий совета директоров Арбитражного института торговой палаты Стокгольма, его фактический, доминирующий контроль за ходом всего арбитражного разбирательства. Совет принимает решение по компетенции SCC, формирует состав арбитража, разрешает наиболее важные процессуальные, административные и финансовые вопросы, это своего рода официальный куратор всех процессов, проходящих в Стокгольме (полномочия совета определены статьями 1, 11, а также специальным Приложением 1 к Регламенту SCC).

Понятия «решение» и «постановление» арбитража, применительно к внутрироссийской ситуации, в рамках действующего законодательства РФ и практики третейского разбирательства, мы подробно разберем ниже. Здесь более подробно остановимся на таком непоименованном в законодательстве акте арбитража как «определение».

Под определением практически всегда понимается либо латентно имеется в виду постановление.

Действующее в России законодательство о международном коммерческом арбитраже, а также законодательство об арбитраже (третейском разбирательстве) предусматривает, что по вопросам, не затрагивающим существа спора, международный коммерческий арбитраж, третейский суд выносит постановление (статьи 16, 17, 32 Закона о МКА, статья 35 Закона Об арбитраже и др.).

Однако в действовавшем до 1 сентября 2016 года Законе о третейских судах 2002 года вместо понятия «постановление» применялся термин «определение». Так, в частности, статья 37 данного закона была озаглавлена «Определение третейского суда», по вопросам, не затрагивающим существа спора, третейский суд был обязан выносить определения. Таким образом, произошла смена используемой законодателем терминологии, по крайней мере, это непосредственно коснулось сферы деятельности внутренних арбитражей (domestic arbitration).

В тоже время юридический смысл указанных выше норм Закона о МКА, Закона об арбитраже и, уже недействующего Закона о третейских судах 2002 го-

да, в которых законодатель оперирует терминами «постановление» и «определение» прямо свидетельствует, что эти термины использовались законодателем в качестве синонимов, что в целом, безусловно, не являлось верным подходом. После внесения изменений в Закон о МКА и вступления в силу Закона об арбитраже основным арбитражным актом российского арбитражного (третейского) разбирательства, не затрагивающем существа спора стало постановление.

Однако считать нормы Закона о МКА, Закона об арбитраже, касающиеся понятия «постановление» жестко императивными было бы неверно. Нет оснований полагать, что любой арбитражный акт с наименованием «определение» не соответствует действующему законодательству.

Отметим, что в регламентах некоторых арбитражных учреждений пытаются провести различие, установить формально-логическую границу между постановлением и определением, например, по кругу лиц, выносящих указанные акты, кругу вопросов, по которым необходимо принимать постановление, и напротив, возможно вынести лишь определение.

Кроме того, некоторые коллеги пытаются сформулировать, изложить, в чем, по их мнению, состоит юридическое значение данных документов. Подобный подход базируется на терминологии и структуре процессуальных кодексов, мнении известных специалистов в области гражданского и арбитражного процесса, третейского разбирательства, на взглядах представителей определенной школы права, а также на собственном опыте. Но в конечном счете это сфера усмотрения того или иного арбитражного учреждения. Следовательно, руководствуясь диспозитивным подходом к вопросу о необходимости использования одного или двух терминов, о значении и наполнении конкретным содержанием понятий «постановление» и «определение», констатируем, что выбор терминологии остается за арбитражным учреждением. В то же время, мы не рекомендовали бы арбитражному учреждению, в своем регламенте и иных документах отказываться от использования термина «определение», если сложившаяся собственная практика имеет положительный эффект и позитивно отражается на организации процесса разрешения споров.

В случаях, не предусмотренных регламентом арбитража, вопрос о том, выносить ли постановление или принимать определение, решает состав арбитража (третейский суд).

Новым, единственным в своем роде арбитражным актом, частным случаем применения законодателем данного термина можно считать запрос об оказании содействия в получении доказательств.

Так, согласно нормам статьи 27 Закона о МКА и статьи 30 Закона об арбитраже «Содействие суда в получении доказательств», сторона с согласия третейского суда может обратиться к компетентному суду с запросом об оказании содействия в получении доказательств. Государственный суд может выполнить этот запрос в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством Российской Федерации.

Напомним, что, согласно определению терминов и правил толкования, установленному статьями 2 Закона о МКА и Закона об арбитраже, как в международном коммерческом арбитраже, так и арбитраже для разрешения внутрен-

них споров, третейский суд означает единоличного арбитра или коллегия арбитров (третейских судей).

Порядок обращения в государственный суд с запросом об оказании содействия в получении доказательств установлен статьями 74.1. АПК РФ и 63.1. ГПК РФ и подробно рассматривается в параграфе 11. 9 настоящего учебника.

Исходя из буквального содержания норм статей 74.1. АПК РФ и 63.1. ГПК РФ можно дать следующее определение: запрос об оказании содействия в получении доказательств – это арбитражный акт, направляемый третейским судом непосредственно либо выдаваемый стороне для направления в государственный суд с целью получения письменных или вещественных доказательств, иных документов и материалов.

Об отказе в исполнении запроса либо об исполнении запроса суд выносит определение, которое пересылается в третейский суд, направивший запрос. Определение об исполнении запроса может быть передано стороне третейского разбирательства, представившей запрос третейского суда, если в запросе прямо оговорена возможность получения истребуемых доказательств стороной третейского разбирательства.

Определение об отказе в исполнении запроса обжалованию не подлежит.

Интересна структура статей 74.1. АПК РФ и 63.1. ГПК РФ, прежде всего с точки зрения смысла и содержания норм, юридической техники. Так, в пунктах 4 и 5 данных статей приводятся случаи, при которых запрос не подлежит исполнению, порядок и последствия отказа в исполнении запроса, а лишь затем, в пунктах 6 и 7 приводится порядок рассмотрения самого запроса и последствия удовлетворения или исполнения запроса. Таким образом, законодатель на первое место ставит случаи отказа, указывает обстоятельства и причины, по которым государственный суд обязан отказать в исполнении запроса и вынести не подлежащее обжалованию определение, а процедура рассмотрения запроса об оказании содействия в получении доказательств устанавливается в следующих финальных пунктах статей 74.1. АПК РФ и 63.1. ГПК РФ.

Тем не менее, наличие в действующем законодательстве России специальных норм о запросе третейского суда об оказании содействия в получении доказательств факт, безусловно, позитивный и способствующий развитию арбитражного (третейского) разбирательства.

Уведомление и повестка – относятся к предусмотренным регламентами отдельных арбитражей, процедурным, техническим актам, посредством которых арбитраж, третейский суд, секретариат арбитражного учреждения информируют, извещают, уведомляют стороны, других лиц участвующих в деле о ходе арбитражного разбирательства, предстоящих заседаниях и т.п. Наряду с постановлениями обычно с помощью уведомлений и повесток арбитраж, секретариат постоянного действующего арбитражного учреждения непосредственно организует процесс, прежде всего его техническую и логистическую стороны.

Необходимо отличать акты должностных лиц и органов арбитражного учреждения (председателя, ответственного секретаря, президиума или совета, комитета по назначениям) от актов состава арбитража.

Органы и должностные лица арбитражного учреждения, осуществляют, прежде всего, функции, которые арбитражный институт должен выполнять для обеспечения эффективного арбитражного разбирательства.

Акты состава арбитража (постановления, решение и т.п.), принимаются органом, непосредственно разрешающим спор, в ходе самого арбитражного разбирательства. Указанные акты могут иметь как процессуальное, так и материально-правовое значение.

Органы арбитражного учреждения, в том числе коллегиальные (президиум, совет и т.п.), в рамках своей компетенции принимают решения, имеющие процессуальное значение, к примеру, по вопросам, касающимся процедуры рассмотрения конкретных арбитражных дел.

Решения органов арбитража оформляются протоколами, постановлениями, определениями и другими актами. Виды и порядок принятия указанных актов определен регламентами и правилами арбитражных учреждений.

В частности, в число полномочий президиума арбитражного учреждения иногда входит решение ряда вопросов, связанных с формированием состава арбитража, с рассмотрением вопросов, связанных с отводом арбитра и изменениями в составе арбитража, однако в большинстве арбитражей данные вопросы находятся в ведении председателя арбитража либо специального органа (комитета по назначениям).

Президиум МКАС¹³⁷, например, имеет право продлевать сроки, установленные регламентом для выполнения определенных процессуальных действий, президиум также наделен соответствующими полномочиями в отношении арбитражных сборов и расходов.

Тем не менее, основная роль коллегиальных, в том числе высших органов арбитражного учреждения лежит в сфере общей организации деятельности арбитражного учреждения, распространению информации о деятельности арбитража, на указанных органах лежит обязанность по обобщению практики разрешения споров. Помимо того, высшие органы арбитражного учреждения утверждают регламенты, списки арбитров, которыми президиум, председатель или иные органы арбитражного учреждения должны руководствоваться при формировании состава арбитража. Одной из особенностей ряда российских арбитражных учреждений является существование института докладчиков, которые назначаются по каждому делу, рассматриваемому арбитражем, коллегиальные органы арбитража, например президиум МКАС утверждает положение о докладчиках и список докладчиков.

Председатель арбитража, как и любой первый руководитель, выступает от имени арбитража, осуществляет обязанности по администрированию арбитража, решает иные вопросы, связанные с рассмотрением споров в арбитраже. Председатель арбитражного учреждения также осуществляет ряд важных про-

¹³⁷ При характеристике актов органов и должностных лиц арбитражного учреждения использованы материалы издания: Регламент МКАС при ТПП РФ. Научно-практический комментарий./ под общей ред. А.С. Комарова. М.2012., а также правила указанного арбитража, Положение об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ от 11 января 2017 года.

цессуальных функций, отнесенных к его компетенции регламентами, правилами арбитражей. Его решения обычно оформляются постановлениями, однако регламентом или правилами арбитража может быть предусмотрено принятие председателем иных видов актов (определений и т.п.).

Председатель арбитражного учреждения выносит постановления, по следующим вопросам: в отсутствие специального органа (комитета) по назначениям проводит административные заседания, связанные с назначениями, отводами и прекращением полномочий арбитров; разрешает вопросы, связанные со сроками арбитражного разбирательства; если кто-либо из арбитров не может подписать арбитражное решение, председатель удостоверяет это обстоятельство с указанием причин отсутствия подписи арбитра; председатель осуществляет иные функции, предусмотренные регламентами или правилами.

Важную роль в обеспечении арбитражного разбирательства играют комитеты по назначениям. К компетенции указанных комитетов, например в МКАС¹³⁸ отнесены вопросы, связанные с назначениями, отводами и прекращением полномочий арбитров.

В МКАС комитеты по назначениям формируются для каждой категории споров (международных, внутренних, корпоративных, спортивных) сроком на шесть лет. Решения комитета по назначениям принимаются простым большинством голосов при условии присутствия на заседании не менее половины его членов. При равенстве голосов решающим является голос председателя комитета по назначениям. Решения комитета по назначениям оформляются протоколом. Комитет по назначениям может передать решение вопроса о назначении арбитра председателю МКАС или его заместителю по международным коммерческим спорам.

На ранней стадии арбитражного разбирательства до момента формирования состава арбитража определенную роль в организации процесса играют акты секретариата арбитража (определения и т.п.). При выявлении недостатков искового заявления секретариат может предложить истцу исправить эти недостатки, секретариат также вправе отказать в принятии искового заявления, если отсутствует соглашение о передаче спора в данный арбитраж.

Однако все решения и постановления по делу принимаются непосредственно составом арбитража, а не секретариатом. Полномочия секретариата ограничены, через секретариат осуществляется коммуникация сторон и арбитров, секретариат доводит до сведения лиц, участвующих в деле, все заявления, ходатайства, требования, а также принятые арбитрами решение и постановления.

Секретариат обычно осуществляет функции по администрированию рассматриваемых в арбитраже споров, в том числе по организационному обеспечению арбитража и ведению делопроизводства. Секретариат возглавляется ответственным секретарем арбитражного учреждения, который имеет высшее юридическое образование и, как правило, должен владеть английским языком.

¹³⁸ Более подробно об актах должностных лиц и органов МКАС при ТПП РФ см. Положение об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ от 11 января 2017 года, а также правила данного арбитража.

*А.В. Дюжакова,
аспирант ФГБОУ ВО «Санкт-Петербургский
государственный университет»*

Софтверные патенты в России и за рубежом

На сегодняшний день цифровой рынок – наиболее быстроразвивающийся в мире. Компьютерные технологии активно проникают практически во все сферы жизни: люди используют гаджеты в быту, наука и технический прогресс стремительно развиваются, государства активно занимаются внедрением программ цифровой экономики. Все эти процессы требуют широкого распространения и использования различных программ для ЭВМ. Однако как же охраняются данные объекты? Обратимся к истории этого вопроса.

Первые дискуссии относительно защиты программ для ЭВМ начались во второй половине XX века. Это было связано с научно-техническим прогрессом и появлением первых программ для ЭВМ, которые на тот момент не имели никакой правовой охраны со стороны государства. В 1985 году в рамках Всемирной организации интеллектуальной собственности перед экспертами встал вопрос о выборе наиболее приемлемого способа защиты нового объекта интеллектуальной собственности¹³⁹. Рассматривались следующие варианты: регистрация программ как объектов авторского права, патентование программ или иной уникальный способ защиты. На тот момент большинство программ для ЭВМ писались для обеспечения функционирования компьютера, соответственно были достаточно просты и представляли собой не что иное как исходный код. Исходный код – это текст компьютерной программы. Так как текст наиболее близок к литературному произведению, было принято решение охранять программы для ЭВМ в рамках авторского права. Это послужило началом развития общемировой практики по регистрации программ для ЭВМ.

По мере совершенствования технических средств компьютерные программы становились все сложнее, и на сегодняшний день стандартная программа для ЭВМ, как правило, состоит из следующих элементов: исходный код, объектный код, алгоритм, интерфейс, аудиовизуальные отображения, логотип. Каждый из этих элементов охраняется различным правовым режимом. Так, исходный код, объектный код и аудиовизуальные материалы подлежат охране в рамках авторского права. Логотип подлежит защите как средство индивидуализации. Алгоритм и интерфейс¹⁴⁰ можно признать патентоспособными.

¹³⁹ См: Руководство к договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав [Электронный ресурс]: Официальный сайт Всемирной организации интеллектуальной собственности. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/copyright/891/wipo_pub_891.pdf (дата обращения: 30.03.2018).

¹⁴⁰ Необходимо отметить, что речь идет не о графическом интерфейсе, как порождаемые программой для ЭВМ аудиовизуальные отображения, а об интерфейсе как наборе методов и совокупности средств для взаимодействия между элементами системы и выполнения определенных задач.

В соответствии с российским законодательством программы для ЭВМ, выраженные в объективной форме (на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код), охраняются авторским правом как литературные произведения. Это значит, что компьютерные программы охраняются в силу факта их создания, и для предоставления им правовой защиты не требуется соблюдать каких-либо формальностей.

Между тем, как и в других странах российский законодатель не запрещает добровольно регистрировать свои программы, что и делают многие правообладатели. Безусловным плюсом такой процедуры является то, что свидетельство о регистрации программы для ЭВМ выступает в качестве дополнительного доказательства принадлежности прав конкретному лицу.

В то же время в качестве недостатков такого способа защиты как регистрация можно выделить следующие:

- Свидетельство не обладает силой правоустанавливающего документа.
- Поскольку защита авторским правом распространяется только на текст кода, функции и алгоритм программы остаются незащищенными.
- Авторским правом не охраняются идеи и методы, лежащие в основе программ для ЭВМ. Это значит, что даже небольшое изменение программы влечет за собой создание нового объекта, который будет также охраняться авторским правом.

Такой положение дел приводит к ситуации, когда действующее законодательство не может в полном объеме обеспечить интересы правообладателей. Закономерным следствием чего явились попытки последних защитить свои ИТ решения в рамках существующего регулирования, а именно путем патентования алгоритмов в качестве изобретений. Так свое распространение получило такое явление как «софтверные патенты».

Понятие «софтверные патенты» пришло к нам от английского «software patent». В иностранной литературе понятия «software» (программное обеспечение) и «computer program» (программа для ЭВМ или компьютерная программа) используются в качестве синонимов. Необходимо отметить, что в отечественной юридической доктрине до настоящего времени не рассматривался вопрос относительно синонимичности или антонимичности этих понятий. Автор считает, что принципиальных различий между терминами нет в силу того, что они используются для обозначения одного и того же вида объекта интеллектуальной собственности. Соответственно в статье указанные термины применяются в качестве синонимов.

В соответствии с действующим законодательством Российской Федерации софтверные патенты признаются недействительными, так как объектами патентного права являются только изобретения, полезные модели и промышленные образцы. В качестве изобретения охраняется техническое решение в любой области, относящееся к продукту или способу, в том числе к применению продукта или способа по определенному назначению. Изобретение должно быть новым, иметь изобретательский уровень и быть промышленно применимо. При этом в части 5 статьи 1350 Гражданского кодекса Российской Федерации прямо опреде-

лено, что программа для ЭВМ не может являться изобретением¹⁴¹. В условиях невозможности законного получения патента на программу для ЭВМ, правообладатели пытаются патентовать алгоритмы в качестве изобретений.

На сегодняшний день Роспатентом были выданы патенты на ряд таких заявок. Например, у таких крупных компаний как «Яндекс», «АВВУ» и «Лаборатория Касперского» имеются патенты на изобретения, где в качестве технического решения описан алгоритм программы для ЭВМ. В то же время компания «Лаборатория Касперского» имеет в несколько раз больше патентов на те же самые продукты в США, потому что правовой режим этого государства предусматривает такой механизм защиты как патентование компьютерных программ.

Таким образом, сложно назвать единичное получение софтверных патентов сложившейся в Российской Федерации практикой и успешным выходом из ситуации по нескольким объективным причинам:

- Патентовании алгоритмов является искусственной процедурой по отношению к ИТ решениям, так как существующий механизм патентования разработан в отношении абсолютно другого объекта интеллектуальной собственности – изобретения. Соответственно, «подгоняя» все критерии, установленные законодателем для выдачи патента на изобретение, к алгоритму, сама процедура существенно усложняется, требуются значительные временные ресурсы, увеличивается риск отказа со стороны Роспатента.

- Прецеденты получения патентов на программы для ЭВМ (точнее алгоритмов программ) в качестве изобретений носят точечный характер, стабильная практика по получению софтверных патентов еще не сложилась и, вряд ли сложится, по обусловленным обстоятельствам.

Посмотрим, как же складывается практика в других правовых порядках. В Европейском Союзе рассматривался проект Директивы «О патентоспособности объектов, внедренных и связанных с функционированием ЭВМ». Попытка имплементации данного документа не увенчалась успехом, однако на международном уровне была четко обозначена существующая проблема. Такое решение европейского законодателя было обусловлено следующей критикой: компьютерные технологии быстро устаревают, выдача патента приводит к нераскрываемости технологий, монополизация рынка, ограничение прав человека на доступ к информации. Несмотря на то, что на законодательном уровне патентование программ для ЭВМ запрещено, практика складывается несколько иначе.

До 2004 года Европейский патентный офис неоднократно отказывал в выдаче патентов на изобретения, где в качестве объектов патентования выступали алгоритмы компьютерных программ. Однако после ряда решений Апелляционной палаты Европейского патентного офиса практика изменилась. В деле № T258/03 (Hitachi/Auction method) от 21.04.2004¹⁴² Апелляционная палата

¹⁴¹ См: Ст. 1350 «Гражданского кодекса Российской Федерации (часть четвертая)» от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 01.07.2017).

¹⁴² См: Дело № T258/03 (Hitachi/Auction method) от 21.04.2004 [Электронный ресурс]: Официальный сайт Европейского патентного офиса. URL: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t030258ep1.pdf> (дата обращения: 30.03.2018).

Европейского патентного офиса указала, что ст. 52 (1) и 52 (2) Европейской патентной конвенции не запрещает патентование алгоритмов программ для ЭВМ в качестве изобретений, однако не каждое «техническое решение» может быть запатентовано. Помимо того, что «техническое решение» предполагает использование «технических средств», оно в обязательном порядке должно быть «инновационным». Аналогичные выводы были сделаны в решениях по делам № T0928/03 (Video game/KONAMI) от 02.06.2006¹⁴³ (здесь в качестве дополнительного критерия патентоспособности был также выделен следующий: «Алгоритмы могут быть запатентованы при условии, что они облегчают работу с компьютером») и № T0154/04 (Estimating sales activity/DUNS LICENSING ASSOCIATES) от 15.11.2006¹⁴⁴. Таким образом, ситуация в Европейском Союзе аналогична российской: софтверные патенты формально недействительны, в отсутствие регулирования правообладатели патентуют алгоритмы в качестве изобретений.

В Соединенных Штатах Америки напротив программы для ЭВМ, алгоритмы и методы не исключены из числа патентоспособных объектов. Более того, там функционирует специальный суд («Federal Circuit»), который занимается разрешением патентных споров и благодаря которому сформировалась единая судебная практика в отношении регулирования софтверных патентов. Программное обеспечение в Соединенных Штатах Америки может быть признано патентоспособным, если: (а) если оно каким-то образом улучшает функциональные возможности компьютера (позволяет определенные вычисления, которые ранее были недоступны, ускоряет процессы или требует меньше ресурсов); (б) если оно решает вычислительные задачи нетрадиционным способом.

С учетом изложенного может возникнуть закономерный вопрос: «Почему же нельзя оставить все как есть и продолжать патентовать программы для ЭВМ в качестве изобретений»? Ответ очевиден. Патенты на программы для ЭВМ формально недействительны в Российской Федерации. Соответственно, когда правообладатели патентуют свои алгоритмы как изобретения, существенно увеличивается риск признания такого патента недействительным. Практика аннулирования софтверных патентов уже имеется.

Например, Федеральный патентный суд Германии признал недействительным патент компании «Microsoft» № EP 0618540¹⁴⁵, выданный Европейским патентным офисом, на территории Германии. Ранее патент был зарегистрирован в Соединенных Штатах Америки. Немецкий же суд заявил, что заяв-

¹⁴³ См: Дело № T0928/03 (Video game/KONAMI) от 02.06.2006 от 15.11.2006 [Электронный ресурс]: Официальный сайт Европейского патентного офиса. URL: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t030928eu1.html> (дата обращения: 30.03.2018).

¹⁴⁴ См: Дело № T0154/04 (Estimating sales activity/DUNS LICENSING ASSOCIATES) от 15.11.2006 [Электронный ресурс]: Официальный сайт Европейского патентного офиса. URL: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t040154ep1.html> (дата обращения: 30.03.2018).

¹⁴⁵ Патент № EP 0618540 [Электронный ресурс]: Официальный сайт Европейского патентного офиса. URL: <https://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/biblio?CC=EP&NR=618540&KC=&FT=E> (дата обращения: 30.03.2018).

ленная патентная заявка компании «Microsoft» не имеет изобретательский уровень. Через два года решение было отменено, но стоило компании существенных материальных и временных издержек¹⁴⁶.

В Великобритании также имелись прецеденты по аннулированию софтверных патентов. Например, в 2014 году Апелляционный суд Англии и Уэльса признал недействительным патент компании «Lantana», тем самым подтвердив подход британских судов к исключению изобретений, связанных с компьютерными программами¹⁴⁷.

Завершая мысль, необходимо отметить, что международно-правовой диссонанс в отношении патентования программ для ЭВМ привел к созданию разных правовых режимов. Так, американский цифровой рынок неуклонно растет, множество компаний со всего мира патентуют в Соединенных Штатах Америки свои алгоритмы, сектор информационных технологий активно развивается. Это обусловлено наличием выработанной практики и критериев для признания программы для ЭВМ патентоспособным объектом. В Европейском Союзе как и в Российской Федерации софтверные патенты формально считаются недействительными, выдача патентов на алгоритмы как изобретения происходит значительно реже.

Такое положение дел безусловно приводит к нарушениям со стороны недобросовестных участников рынка: действующая охрана по тексту/коду не защищает алгоритмы программного обеспечения от кражи методом реверсивного инжиниринга. Следственно декомпиляция (обратная разработка) программ для ЭВМ является весьма распространенным явлением.

Существующий режим охраны уже не соответствует потребностям нынешней реальности и требует внедрения механизма патентования программ для ЭВМ во внутреннее законодательство. Это позволит решить проблему отсутствия надлежащей охраны компьютерных программ, обезопасит правообладателей и будет являться для государства безусловным преимуществом на международном цифровом рынке.

¹⁴⁶ Решение от 22.04.2010 № Ха ZB 20/08 [Электронный ресурс]: Foss patents. URL: <http://www.fosspatents.com/2010/05/german-high-court-declares-all-software.html> (дата обращения: 30.03.2018).

¹⁴⁷ Lantana Ltd v The Comptroller General of Patents, Design And Trade Marks [2014] EWCA Civ 1463 [Электронный ресурс]: Официальный сайт Апелляционного суда Англии и Уэльса. URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/1463.html> (дата обращения: 30.03.2018).

*М.Н. Калис, старший преподаватель
кафедры гражданского права СПбГЭУ*

**Материально-правовые и процессуальные последствия
исполнения обязательств в ходе судебного разбирательства
и после принятия судебного решения**

Действующее гражданское и процессуальное законодательство не указывают на наличие у материального правоотношения, являющегося предметом спора или установленного судом, каких-либо особенностей динамики – т.е. специфических условий его изменения и прекращения.

Материальное право не игнорирует существование таких юридически значимых обстоятельств, наступление которых ставится в зависимость от результатов осуществления определенной длящейся процедуры, и содержание которых при этом заранее неизвестно: например, согласно п. 4 ст. 1152 ГК РФ принятое наследство считается принадлежащим наследнику со дня открытия наследства, срок действия исключительного права на изобретение исчисляется с момента подачи заявки (п. 1 ст. 1363 ГК РФ). В некоторых случаях правовой эффект возникает только с момента наступления результата: это касается, в частности, государственной регистрации прав на недвижимое имущество (ст. 131, 219, п. 2 ст. 223 ГК РФ и др.).

Судебная практика, в том числе – практика высших судов – свидетельствует о необходимости исследования вопроса об особенностях динамики спорного и установленного судом правоотношения.

Так, в п. 1 Обзора практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29.12.2001 N 65) указывается, что «после предъявления к должнику иска не допускается прекращение обязательства зачетом встречного однородного требования в соответствии с нормами статьи 410 ГК РФ, ответчик может защитить свои права лишь предъявлением встречного искового требования, направленного к зачету первоначального требования, либо посредством обращения в арбитражный суд с отдельным иском с заявлением». Устанавливает ограничение использования способов прекращения обязательств и п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 103 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 414 Гражданского кодекса РФ», согласно которому «соглашение о новации между взыскателем и должником, совершенное на стадии исполнительного производства, но не утвержденное судом в качестве мирового соглашения, является незаключенным».

Удовлетворение требований истца после предъявления иска в законодательстве фигурирует только в качестве основания для отказа от иска, при котором судебные расходы могут быть взысканы с ответчика (ч. 1 ст. 101 ГПК РФ). В случае, если ответчик удовлетворил требования истца, однако последний не отказался от иска, суды считают необходимым отказывать в удовлетворении исков.

С иными обстоятельствами, произошедшими после обращения в суд, дело обстоит еще более неоднозначно. Принимая во внимание или, напротив, не учитывая те или иные обстоятельства, суды не мотивируют свои выводы. Например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 23 июня 2009 г. № 4651/09 по делу № А12-11675/08 суд указал, что при рассмотрении требования о расторжении договора купли-продажи в связи с его существенным нарушением покупателем – просрочкой оплаты – внесение денежных средств в депозит нотариуса после предъявления иска не может считаться исполнением обязательства покупателем. Высший арбитражный суд пришел к выводу, что обстоятельства, подтверждающие оплату, должны были иметь место до предъявления иска. В рамках же дела о расторжении договора аренды в связи с невнесением арендной платы в течение 4 месяцев суд признал возможным учесть произведенную ответчиком после предъявления иска оплату и на этом основании отказать в удовлетворении требований (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.08.2006 по делу № А56-47066/2005).

Таким образом, ни законодательство, ни судебная практика не дают однозначного ответа на вопрос о том, должен ли суд принимать во внимание обстоятельства, произошедшие после возбуждения производства по делу, что порождает значительные трудности для участников правоотношений. В частности, не имея определенности в вопросе о том, какие действия в отношении спорного правоотношения могут быть учтены судом, а какие – нет, и в каких формах они должны совершаться, участники процесса рискуют не получить желаемого результата (например, не добиться отказа в удовлетворении иска путем возврата Истцы задолженности).

Вопрос о возможности учета изменений, произошедших с правоотношением, ставшим предметом судебного исследования, становился предметом обсуждения еще в дореволюционной литературе. В частности, полемизируя с С.В. Завадским Т.М. Яблочков писал, что было бы странным разрешить сторонам распоряжаться правами в процессе (путем совершения процессуальных действий) и запретить делать это вне процесса, а суд всегда устанавливает «наличные» права, а не «некогда существовавшие».¹⁴⁸

Наличие спора о праве является условием осуществления процессуальной деятельности, наличие же материального притязания – одним из условий удовлетворения требований истца. В связи с этим отсутствие спора о праве должно влечь прекращение процессуальной деятельности – что происходит, в частности, при заключении мирового соглашения, отказе от иска. Добровольное удовлетворение ответчиком требований истца после обращения в суд, подтверждая, что такое требование было обоснованным, свидетельствует о ликвидации как спора о праве, так и предмета судебного осуществления, а потому должно приниматься судом во внимание.

В то же время, не всегда “неблагоприятные” иску факты (т.е. обстоятельства, на которых основаны возражения ответчика) связаны с ликвидацией

¹⁴⁸ Яблочков Т.М. Судебное решение и спорное право // Вестник гражданского права. Пг., 1916. № 7. С. 40

предмета судебной деятельности, поскольку не все охранительные притязания могут быть удовлетворены ответчиком. В ряде случаев притязание может быть осуществлено только в судебном порядке, а потому никакие действия ответчика не могут повлечь ликвидацию предмета судебной деятельности. В частности, в приведенных выше примерах Истцы требовали расторгнуть договор в связи с неисполнением обязанности по оплате. Предметом спора в данном случае является требование о расторжении, основанием – факты неоплаты. Исходя из приведенного ранее разграничения охранительных правоотношений, возникшее притязание в данном случае служит защите интереса в прекращении правоотношений, не тождественно по своему содержанию нарушенному праву, его осуществление возможно лишь в принудительном порядке. Поэтому осуществление оплаты в данном случае не является правопогашающим фактом, ответчик не лишает спор предмета и, следовательно, не ликвидирует его.

Кроме того, после обращения в суд ликвидация спора о праве всегда подлежит санкционированию судом: в частности, согласно ч. 3 ст. 39 ГПК РФ, отказ от иска, признание иска и заключение мирового соглашения должны быть приняты судом, чтобы повлечь правовые последствия.

Сказанное позволяет прийти к выводу о том, что совершение действий, направленных на ликвидацию спора о праве, после обращения в суд должно осуществляться в предусмотренных процессуальным законом формах.

Таким образом, действия сторон и события, имеющие внешний по отношению к процессу характер, влияют на динамику спорного правоотношения только в случае, если они (а) направлены на прекращение спора о праве или осуществление спорного притязания (последнее возможно лишь для ряда исполнительных притязаний); (б) стали известны суду, разрешающему спор о праве.

Что же касается установленного судом правоотношения, его динамика будет зависеть не только от сущности правоотношения, но и от значения судебного решения в механизме правового регулирования.

Представляется, что в зависимости от того, о каких именно действиях в отношении правоотношения идет речь, подход необходимо дифференцировать. Например, в ситуации добровольного удовлетворения требования взыскателя было бы неправильно понуждать должника к закреплению этих действий в процессуальной форме в виде мирового соглашения, тогда как замена взыскателя, изменение способа исполнения требования и прочие действия, которые не прекращают притязание, а видоизменяют его (и, тем самым, не прекращают права на принудительное исполнение), требуют оформления их в процессуальной форме – именно в связи с тем, что происходит распоряжение или изменение публичного права на принудительное исполнение.

*Н.В. Корнилова, канд. юрид. наук,
Зав. кафедрой гражданского права
и гражданского процессуального права
юридического факультета
Хабаровского государственного университета
экономики и права, доцент*

Об отдельных основаниях приобретения права собственности

Как и любые иные гражданские правоотношения, право собственности возникает при помощи определённых юридических фактов. Такие юридические факты именуются в гражданском праве основаниями приобретения права собственности.

Не все так однозначно с соотношением таких понятий как «основание» и «способ» приобретения права собственности. В научной и учебной литературе можно встретить позицию, отождествляющую два обозначенных понятия¹⁴⁹. В этом случае происходит использование двух понятий для обозначения одного и того же правового явления, так как для возникновения права собственности по одному или тому основанию зачастую требуется несколько юридических фактов, которые и образуют конкретное «основание» приобретение права собственности.

В другом случае понятия «основание» и «способ» приобретения права собственности разграничиваются, только по разным критериям. Согласно одной точке зрения, который мы придерживаемся, основаниями приобретения права собственности могут выступать как действия, так и события, в то время как способами приобретения права собственности – только юридические действия. Сторонники другой позиции полагают, что «способ приобретения права собственности» отождествляется с понятием «правоотношение». Например, можно встретить следующее положение: «...Разнообразные юридические факты порождают правоотношения, цель которых – приобретение вещного права. Различные виды таких правоотношений являются различными способами приобретения права, каждый из которых порождается отдельным юридическим фактом или их совокупностью (составом)¹⁵⁰. В связи с чем возникает обособленный вопрос: порождаются «способы приобретения права собственности» основаниями возникновения права собственности?

Представляется, что некорректно смешивать понятия «способ приобретения права собственности» и «правоотношение, тогда как это различные правовые категории. Сама этимология слова «способ» позволяет сделать данный вы-

¹⁴⁹ См., напр.: М., 2013. Ю.Н. Андреев «Собственность и право собственности: цивилистические аспекты»; М., 2009. В.В. Андропов, Б.М. Гонгалов, А.В. Коновалов и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. «Возникновение, прекращение и защита права собственности: постановочный комментарий глав 13, 14, 15 и 20 Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹⁵⁰ См., напр.: М., 2014. Е.В. Богданова, Н.Д. Эриашвили «Современное вещное право России». С. 80.

вод. Под способом понимается действие или система действий, применяемые при осуществлении чего-либо¹⁵¹.

Позиция, согласно которой основания и способы являются юридическими фактами, влекущими приобретение вещных прав у субъектов гражданского права, является преобладающей в цивилистике. Как пишет Б.Л. Хаскельберг: «Основаниями и способами приобретения права собственности являются различные юридические факты, с которыми закон связывает различные правовые последствия. Основание приобретения права собственности – это фундамент, на котором базируется право. Оно имеет решающее значение для определения законности приобретения. Его правовой природой (видом юридического факта, выступающего в качестве основания) определяются характер правоприобретения (первоначальный или производный), а также правовые последствия, связываемые законом с этой классификацией»¹⁵².

Причём свои истоки анализируемая позиция берёт из дореволюционной цивилистики, которая получила отражение в трудах Ю.С. Гамбарова¹⁵³, В.М. Хвостова¹⁵⁴, Г.Ф. Шершеневича¹⁵⁵.

В ГК РФ статья 218 имеет наименование «Основания приобретения права собственности». В аналогичной статье Проекта Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»¹⁵⁶ законодатель обходит стороной этот вопрос. И мы не встретим упоминания ни понятия основание, ни понятия способ.

В свою очередь, можно встретить и иные критерии соотношения понятий «основание приобретение права собственности» и «способ приобретения права собственности». К примеру, М.Ю. Бубнов под способами приобретения права собственности предлагает понимать фактические действия, с которыми закон связывает возникновение права собственности, а под основаниями приобретения – юридические действия и (или) события¹⁵⁷.

Традиционным является деление оснований приобретения права собственности на первоначальные и производные.

¹⁵¹ См., напр.: М., 1990. С.И. Ожёгов «Словарь русского языка». С. 755.

¹⁵² См., напр.: М., 2006. Б.Л. Хаскельберг «Основания и способы приобретения права собственности (общие вопросы)». В Кн.: Цивилистические исследования. Ежегодник гражданского права / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. С. 345.

¹⁵³ См., напр.: М., 2006. Ю.С. Гамбаров «Гражданское право: Общая часть» / Под ред. В.А. Томсинова. С. 140.

¹⁵⁴ См., напр.: М., 1996. В.М. Хвостов «Система римского права». С. 140.

¹⁵⁵ См., напр.: М., 1995. Г.Ф. Шершеневич «Учебник русского гражданского права». С. 182.

¹⁵⁶ См., напр.: Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации».

¹⁵⁷ См., напр.: Рязань, 2003. М.Ю. Бубнов «Приобретательная давность как основание приобретения права собственности». Дис. ... канд. юрид. наук. С. 61, 62.

В основу разграничения оснований приобретения права собственности доктриной предлагается два критерия – «воля» и «правопреемство». Согласно критерию воли к *первоначальным* относятся основания, при которых право собственности на вещь возникает у лица впервые либо помимо воли предыдущего собственника; производными признаются основания, когда право собственности возникает по воле предыдущего собственника и с согласия нового собственника.

Если за основу деления оснований права собственности берется *критерий правопреемства*, то к первоначальным относятся основания, при которых право собственности на вещь возникает впервые или независимо от права предшествующего собственника на эту вещь, т. е. правопреемства нет, а к производным – способы, при которых приобретение права собственности лицом основывается на праве предшествующего собственника. Юридическое значение такой классификации состоит в том, что при первоначальных способах приобретения права собственности право собственности приобретателя не основывается на правах предшественника: оно возникает в полном объеме, тогда как при производных способах приобретения права собственности право собственности переходит к новому собственнику в том же объеме, в котором оно было у прежнего собственника. Как писал Д.И. Мейер, «... производное право никогда не может быть шире первоначального: лицо никогда не может передать право другому лицу в большем объеме, нежели в каком право принадлежит ему самому»¹⁵⁸.

Преобладающим критерием как в доктрине, так и в праве большинства стран является именно критерий правопреемства. Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) в действующей редакции вообще обходит вниманием этот вопрос, что, несомненно, является существенным недостатком, как и отсутствие в ГК РФ общих положений, регламентирующих положения о приобретении права собственности. В статье 218 ГК РФ мы сразу сталкиваемся с перечислением оснований приобретения права собственности. Поэтому несомненно, что потребность в таких изменениях назрела, что и получило отражение в Проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» (далее – Проект), в котором Глава 18 «Приобретение права собственности» структурно была разделена на три параграфа: общие положения (ст. 240–242), приобретение права собственности на недвижимые вещи (ст. 243–247), приобретение права собственности на движимые вещи (ст. 248–260). Такой подход представляется правильным.

И сразу же в Проекте был решен и другой вопрос, который волновал нашу доктрину на протяжении столетий. По аналогии с правом других стран получил закрепление критерий правопреемства как критерий разграничения

¹⁵⁸ См., напр.: М., 1997. Д.И. Мейер «Русское гражданское право».. В 2-х ч. Часть 1. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. С. 239.

оснований приобретения права собственности. Согласно п. 1 ст. 240 Проекта право собственности может быть приобретено на вещь впервые или независимо от права предшествующего собственника, в том числе в силу приобретательной давности (первоначальное приобретение права собственности), либо на вещь, находящуюся в собственности другого лица (производное приобретение права собственности). Закреплены в общих положениях о приобретении права собственности нормы о добросовестном приобретении (ст. 241 Проекта) и о приобретательной давности (ст. 242 Проекта), находящиеся в тесной взаимосвязи. Именно признак добросовестности в настоящее время является определяющим для приобретения права собственности по приобретательной давности.

Законодательством и судебной практикой всех стран признается такой первоначальный способ приобретения права собственности, как приобретательная давность, в силу которой право собственности при определенных условиях возникает по истечении определенного промежутка времени. Перечень условий, при которых возможно возникновение права собственности по приобретательной давности, тождественен в различных правовых порядках.

Заслуживает внимание правовое регулирование и иных способов приобретения права собственности. Прежде всего обратимся к тем основаниям приобретения права собственности, которые согласно Проекту закреплены в общих положениях о приобретении права собственности. В частности, таково положение о приобретении плодов, продукции и доходов.

Согласно § 953 Германского гражданского уложения¹⁵⁹ (Далее – ГГУ), ст. 547 Гражданского кодекса Франции¹⁶⁰ (Далее – ГКФ) плоды, продукция и доходы от вещи принадлежат ее собственнику. В ГК РФ закреплен этот же принцип: согласно п. 1 ст. 218 ГК РФ право собственности на плоды, продукцию, доходы, полученные в результате использования имущества, приобретает по основаниям, предусмотренным ст. 136 ГК РФ. Приоритет в пользу собственника изменился относительно недавно – до 1 октября 2013 г., наоборот, поступления, полученные в результате использования имущества (плоды, продукция, доходы), принадлежали лицу, использующему это имущество на законном основании, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором об использовании этого имущества. Сохранилась только как в прежней, так и действующей редакции возможность изменения правила в соответствии с законодательством и по соглашению сторон.

Но в настоящее время (как и ранее) российский законодатель не разграничивает особенности данного первоначального способа приобретения права собственности в зависимости от природы такого приращения вещи. Тогда как согласно § 404 Всеобщего гражданского кодекса Австрии¹⁶¹ (далее – ВГКА), все, что возникает из вещи или вновь прибывает к ней, не будучи переданным кем-

¹⁵⁹ См., напр.: М., 2006. Гражданское уложение Германии : ввод. закон к Гражд. уложению / науч. ред. А. Л. Маковский; пер. с нем.

¹⁶⁰ См., напр.: СПб., 2004. Французский гражданский кодекс / науч. ред. и предисл. Д. Г. Лаврова; пер. с фр. А. А. Жуковой, Г. А. Пашковской.

¹⁶¹ См., напр.: М., 2011. Всеобщий гражданский кодекс Австрии / пер. с нем. С.С. Маслова.

либо собственнику вещи, называется приростом, который бывает естественным, искусственным образом или путем их сочетания.

Создание новой вещи в результате переработки является основным первоначальным способом приобретения права собственности. Если лицо создает вещь из своих материалов, то оно и является собственником такой вещи. Вопрос о праве собственности на вещь, которая создается в результате переработки чужих материалов, решается, во-первых, в зависимости от соотношения стоимости материалов и работы, а во-вторых, от добросовестности или недобросовестности лица, осуществляющего переработку¹⁶².

Об искусственном приросте речь идет и вследствие строительства, когда судьба возводимых сооружений и строений подчиняется общему принципу, действующему во всех правовых системах: все сооружения и насаждения на земельном участке принадлежат собственнику такого участка, только если не будет доказано иное.

Вместе с тем вопросы приобретения права собственности на самовольную постройку являются одними из самых проблемными в российском праве. И принятые, в том числе и в 2015 г., законодателем изменения в ГК РФ свидетельствуют о том, что попытки их разрешить предпринимаются. Еще в 2009 г. в Концепции развития законодательства гражданского законодательства указывалось на необходимость смягчения законодательства о самовольных постройках. С 1 сентября 2015 г. меры по либерализации режима самовольных построек нашли закрепление в п. 3 ст. 222 ГК РФ, а именно в части возможности приобретения права собственности на самовольную постройку за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, на котором создана постройка, при одновременном нескольких условий: если в отношении земельного участка лицо, осуществившее постройку, имеет права, допускающие строительство на нем данного объекта; если на день обращения в суд постройка соответствует параметрам, установленным документацией по планировке территории, правилами землепользования и застройки или обязательными требованиями к параметрам постройки, содержащимися в иных документах; если сохранение постройки не нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц и не создает угрозу жизни и здоровью граждан. Причем право на приобретение собственником земельного участка на самовольную постройку не зависит от того, за чей счет возводилась постройка.

Нельзя не согласиться с К.И. Скловским о том, что «... процесс строительства является с юридической точки зрения процессом утраты строительными материалами своей идентичности... утрата идентичности означает исчезновение самой вещи, как объекта права»¹⁶³.

В этом случае лицо, за которым признано право собственности на постройку, возмещает осуществившему ее лицу расходы на постройку в размере,

¹⁶² См., напр.: М., 2008. В.В. Ровный. «Переработка добросовестная и недобросовестная». В кн.: Вещные права: система, содержание, приобретение: Сб. науч. тр. в честь проф. Б.Л. Хаскельберга / под ред. Д.О. Тузова. С. 360–401.

¹⁶³ См., напр.: М., 2010. К.И. Скловский «О собственности в гражданском праве».

определенном судом. Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в п. 8 Обзора судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации указал на то, что суд при определении возмещения, подлежащего выплате лицу, создавшему самовольную постройку исходит не только из действительно понесенных этим лицом расходов, но и оценивает, не превышают ли эти расходы рыночную стоимость спорного объекта. Но в любом случае размер понесенных расходов определяет суд.

В этой части нельзя не признать заслуживающим внимание опыт других стран. Так, согласно § 417 ВГКА добросовестный застройщик должен будет возместить потерпевшему материалы по обычной цене, а недобросовестный – по самой высокой цене и сверх того возместить иным образом причинённый вред (§ 417 ВГКА). И наоборот, если кто-либо из своих материалов возвёл на чужом земельном участке строение без воли собственника участка и не ставя его об этом в известность, то строение будет принадлежать собственнику участка (§ 418 ВГКА). Таким образом, цена возмещаемых материалов будет варьироваться в зависимости от добросовестности застройщика.

В действующем ГК РФ отсутствуют нормы о последствиях образования вещи путем соединения или смешения.

Согласно законодательству зарубежных государств при соединении движимых вещей собственником становится лицо, которому принадлежит главная или основная вещь (§ 947 ГГУ, § 418 ВГКА, ст. 566 – 569 ГКФ). При этом основной вещью считается та, с которой другая была соединена только для пользования, украшения или дополнения первой (ст. 567 ГКФ). Исключительно в случае, когда движимые вещи соединяются таким образом, что становятся существенными составными частями единой вещи, то собственники отдельных движимых вещей становятся сособственниками вещи (§ 947 ГГУ).

Представляется, что данный подход более корректен, чем предлагаемый в п. 3.4.8. Концепции развития законодательства гражданского законодательства об установлении в любом случае долевой собственности на вещи, которые образованы соединением или смешением других вещей.

Нельзя не отметить, что и иные нормы зарубежного права об основаниях приобретения права собственности, по нашему мнению, должны быть интегрированы в наше законодательство. И однозначно можно прийти к выводу, что изучение мирового опыта с целью выявления положительных тенденций в правовом регулировании исследуемых отношений могло бы способствовать оптимизации российского законодательства.

Т.С. Краснова, канд. юрид. наук,
преподаватель кафедры гражданского права
Санкт-Петербургского государственного университета,
старший юрист коллегии адвокатов «Pen and Paper»

Установление сервитутов для строительства и эксплуатации линейных объектов (в том числе в целях реализации крупных инфраструктурных проектов)

I. Согласно цивилистической доктрине сервитут – это ограниченное вещное право пользования соседним земельным участком или иной недвижимостью (служащим участком или иной недвижимостью – *praedium serviens*), которое принадлежит собственнику земельного участка или иной недвижимости (господствующего участка или иной недвижимости – *praedium dominans*)¹⁶⁴.

II. Отечественное гражданское право традиционно выделяет следующие ключевые условия установления сервитута.

1) Наличие соседней господствующей и служащей недвижимости. Термин «соседняя недвижимость» не следует трактовать буквально. Иногда для установления сервитута требуется обременить не только право на объект, непосредственно примыкающий к господствующей недвижимости, но и право на объект, не имеющий с ней общих границ¹⁶⁵.

2) Установление сервитута должно быть обусловлено объективной необходимостью господствующей недвижимости, то есть наличием таких недостатков недвижимости, которые препятствуют или затрудняют ее использование по назначению. Иное допустимо в случае установления добровольного сервитута¹⁶⁶.

3) Нужды господствующей недвижимости в сервитуте должны носить постоянный, а не случайный характер, и столь же постоянной должна быть способность служащей недвижимости удовлетворять эти нужды¹⁶⁷.

4) Содержание сервитута должно быть определено таким образом, чтобы данное обременение стесняло возможность эксплуатации служащей недвижимости в минимальной степени. Как отмечается в судебной практике, при определении содержания сервитута и условий его осуществления суд обязан исходить из разумного баланса интересов сторон с тем, чтобы это вещное право, обеспечивая только необходимые нужды истца, не создавало существенных неудобств для ответчика¹⁶⁸.

¹⁶⁴ См., напр.: Вестник ВАС РФ № 4, 2009 А.Д. Рудоквас «Частные сервитуты в гражданском праве России». С. 186.

¹⁶⁵ См., напр.: СПб, 1905 Г. Дернбург «Пандекты. Вещное право». Т. 2. С. 200-201.

¹⁶⁶ Относительно добровольных сервитутов см., напр.: Вестник экономического правосудия РФ № 7, 2017 Т.С. Краснова «Комментарий к Обзору судебной практики по делам об установлении сервитута на земельный участок, утвержденному Президиумом ВС РФ 26.04.2017». С. 166-169.

¹⁶⁷ См., напр.: СПб., 1883 И. Горонович «Исследование о сервитутах». С. 33; Г. Дернбург Указ. соч. С. 201-202; М., 2003 С.А. Муромцев «Гражданское право Древнего Рима». С. 230.

¹⁶⁸ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 28.02.2012 № 11248/11; А.Д. Рудоквас Указ. соч. С. 195-196.

III. Нормы о сервитутах содержатся, в частности, в ст. 216, 274-277 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ); п. 5 ст. 11.8, ст. 23, ст. 41, ст. 48, п. 3 ст. 98, гл. V.3 Земельного кодекса РФ (далее – ЗК РФ); Федеральном законе от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»; Федеральном законе от 01.12.2007 № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – ФЗ «Об олимпийских играх в г. Сочи»); Федеральном законе от 07.06.2013 № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – ФЗ «О проведении мероприятий FIFA»); Федеральном законе от 08.05.2009 № 93-ФЗ «Об организации проведения встречи глав государств и правительств стран – участников форума «Азиатско-тихоокеанское экономическое сотрудничество» в 2012 году, о развитии города Владивостока как центра международного сотрудничества в Азиатско-Тихоокеанском регионе и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – ФЗ «О проведении саммита в г. Владивостоке»); Федеральном законе от 08.11.2007 № 257-ФЗ «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – ФЗ «Об автомобильных дорогах»); Федеральном законе от 17.07.2009 № 145-ФЗ «О государственной компании «Российские автомобильные дороги» и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – ФЗ «О ГК «РАД»); Федеральном законе от 05.04.2013 № 43-ФЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – ФЗ «О присоединении к Москве территорий»).

Кроме того, сервитут был предметом исследования при подготовке Концепции развития гражданского законодательства РФ, разработанной в соответствии с Указом Президента РФ от 18.07.2008 № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» и одобренной 07.10.2009 решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. Сервитут изучался при подготовке Проекта Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Нормы о сервитутах закреплены и в Модельных законах «Об ограниченных вещных правах», «О публичных сервитутах», принятых Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ.

IV. Результаты анализа приведенных актов позволяют заключить, что сегодня существует многообразие сервитутных типов обременений. Мы не будем вдаваться в подробности правового регулирования каждого из этих типов

обременений, а рассмотрим один общий вопрос о допустимости установления сервитута в целях размещения и эксплуатации господствующего имущества на служащем имуществе. Такая ситуация возникает, в частности:

1) при установлении сервитутов для строительства, реконструкции, ремонта, эксплуатации линейных объектов (в соответствии с ФЗ «Об олимпийских играх в г. Сочи», «О проведении мероприятий FIFA», «О проведении саммита в г. Владивостоке», «О присоединении к Москве территорий»);

2) при установлении сервитутов для строительства, реконструкции, ремонта, эксплуатации объектов дорожного сервиса; установки, эксплуатации рекламных конструкций; прокладки, переноса, переустройства, эксплуатации инженерных коммуникаций (в соответствии с ФЗ «Об автомобильных дорогах»);

3) при установлении сервитутов для строительства, реконструкции, ремонта, эксплуатации объектов дорожного сервиса; проектирования, прокладки, переустройства инженерных коммуникаций; строительства, реконструкции, ремонта, содержания пересечений, примыканий, подъездов, съездов с автомобильных дорог; установки, эксплуатации рекламных конструкций, информационных щитов и указателей (в соответствии с ФЗ «О ГК «РАД»).

Как можно заметить, перечисленные сервитуты вводятся 1) в целях строительства, реконструкции, ремонта, эксплуатации господствующих объектов недвижимости на служащих объектах недвижимости, а также 2) в целях установки, ремонта, эксплуатации господствующих объектов движимости на служащих объектах недвижимости.

Возникает вопрос: допустимо ли установление сервитута не для эксплуатации уже существующего соседнего объекта недвижимости, а для осуществления определенной деятельности – создания и эксплуатации на служащем объекте недвижимости господствующего объекта недвижимости и (или) движимости?

По смыслу п. 1 ст. 274 ГК РФ только собственник *уже существующего объекта недвижимости* вправе требовать от собственника *соседнего объекта недвижимости* установления сервитута.

Однако в соответствии с относительно новой гл. V.3 ЗК РФ в отношении *служащих земельных участков*, находящихся в государственной или муниципальной собственности, допускается установление сервитутов, в том числе для размещения *господствующих линейных объектов, сооружений связи, специальных информационных знаков и защитных сооружений*, не препятствующих разрешенному использованию служащего земельного участка.

Одновременно согласно ст. 39.1, 39.6, 39.8 и др. ЗК РФ публичные земельные участки могут быть предоставлены в аренду для всевозможных нужд, в том числе для размещения и эксплуатации различных объектов.

То есть сопоставление норм гл. V.3 ЗК РФ и ст. 39.1, 39.6, 39.8 и др. ЗК РФ позволяет заключить, что провести четкую грань между регламентацией права сервитута и права аренды может быть сложно. По существу режимы данных прав могут совпадать.

Так, в отношении права собственности на публичные земельные участки могут быть установлены долгосрочные обременения в пользу конкретных лиц

для размещения и эксплуатации различных объектов вне зависимости от наличия у данных лиц каких-либо прав на какие-либо объекты недвижимости; вне зависимости от наличия объективной необходимости устанавливать такие обременения; путем заключения добровольных соглашений, то есть без вынесения судебных решений и без проведения торгов; с установлением свойств следования только на стороне служащей недвижимости. При этом краткосрочные обременения такого вида будут «тайными», поскольку государственная регистрация права сервитута осуществляется только в случае его установления на срок более трех лет, права аренды – на срок более одного года.

Допустимость иного толкования норм гл. V.3 ЗК РФ, согласно которому данные нормы приняты в развитие норм ст. 274-277 ГК РФ, то есть при установлении сервитута на основании гл. V.3 ЗК РФ должны наличествовать соседняя господствующая недвижимость, объективная необходимость в установлении сервитута для этой недвижимости, и должна иметься возможность потребовать установления сервитута в судебном порядке (при недостижении консенсуса в административном порядке), пока остается неочевидной¹⁶⁹.

Перечисленные выше специальные федеральные законы содержат нормы, аналогичные нормам гл. V.3 ЗК РФ.

Тем самым мы можем столкнуться с ситуациями установления сервитутов для создания и использования объектов недвижимости (например, объектов дорожного сервиса) и объектов движимости (например, рекламных конструкций) в отсутствие объективной необходимости в таких сервитутах для господствующей недвижимости или в отсутствие самой господствующей недвижимости¹⁷⁰.

В связи с этим большой интерес представляет Определение ВС РФ от 20.07.2017 № 304-ЭС17-1639 по делу № А46-14355/2015.

В указанном деле рассматривался спор между ООО «Прогресс» (далее – Общество) и Департаментом имущественных отношений администрации г. Ом-

¹⁶⁹ См., напр.: Постановления АС ЗСО от 08.04.2015 по делу № А46-6658/2014; от 22.12.2016 по делу № А46-7297/2016; АС СКО от 09.03.2016 по делу № А32-22908/2015; от 27.09.2017 по делу № А32-26086/2016; АС ВВО от 17.03.2016 по делу № А43-9899/2015; от 27.02.2017 по делу № А46-8395/2016; АС МО от 02.11.2016 по делу № А40-252980/15; от 19.01.2017 по делу № А40-52765/14; АС ВСО от 20.03.2017 по делу № А33-409/2016; АС ДО от 11.07.2017 по делу № А51-15015/2015.

¹⁷⁰ Например, если в соответствии со ст. 25 ФЗ «Об автомобильных дорогах» в качестве господствующего имущества рассматривать размещаемые в полосе отвода объекты дорожного сервиса или рекламную конструкцию, в первом случае сложно обосновать объективную необходимость разместить объект дорожного сервиса именно в этом месте, во втором – наличие господствующей недвижимости и объективную необходимость разместить рекламную конструкцию именно в этом месте. Если же автомобильную дорогу рассматривать как господствующую недвижимость, а полосу отвода как служащую недвижимость, то неясно зачем собственник автомобильной дороги и полосы отвода устанавливает сервитут на свое имущество. Аналогичные замечания можно высказать относительно установления сервитутов для размещения объектов дорожного сервиса, рекламных конструкций, информационных щитов и указателей в придорожных полосах и полосах отвода в соответствии со ст. 38 ФЗ «О ГК «РАД».

ска (далее – Департамент). Общество трижды обращалось в Департамент с заявлениями о предоставлении публичного земельного участка для размещения коммерческой парковки – два раза на праве аренды и один раз на праве сервитута. Департамент трижды отказал Обществу в предоставлении земельного участка.

Не достигнув успеха в оспаривании отказов Департамента в предоставлении земельного участка в аренду, Общество обратилось в суд с заявлением о признании незаконным отказа Департамента в установлении сервитута в отношении земельного участка.

Суды трех инстанций заявленные требования удовлетворили, ссылаясь на то, что земельный участок расположен в полосе отвода автомобильной дороги, и в соответствии со ст. 274 ГК РФ; ст. 23, 39.26 ЗК РФ; ст. 3, 25 ФЗ «Об автомобильных дорогах» предоставление такого земельного участка для размещения объекта дорожного сервиса возможно *только* на условиях частного сервитута.

ВС РФ справедливо отменил все судебные акты, в удовлетворении заявленных требований отказал на основании следующих аргументов.

1. Ни положениями ЗК РФ, ни положениями ФЗ «Об автомобильных дорогах» не предусмотрено, что для предоставления свободного земельного участка, находящегося в публичной собственности и расположенного в полосе отвода автомобильной дороги, лицу допустимо использовать *только* сервитутное право.

2. Согласно п. 10 ст. 23 ЗК РФ нормы специального ФЗ «Об автомобильных дорогах» закрепляют лишь особые порядок, условия, случаи установления сервитута в отношении земельного участка в границах полосы отвода автомобильной дороги. Основания установления сервитута содержатся в ст. 274 ГК РФ. Поскольку Общество не является собственником а) соседнего земельного участка или другой недвижимости, для использования которой необходим сервитут, б) уже размещенного в полосе отвода объекта дорожного сервиса, для функционирования которого требуется коммерческая парковка, основания для установления сервитута в данном случае отсутствуют.

На основании изложенного, в том числе с опорой на приведенное Определение ВС РФ, можно заключить, что *de lege lata* при возникновении потребности разместить на служащем объекте недвижимости господствующее недвижимое и (или) движимое имущество целесообразно в качестве общего правила руководствоваться положениями об аренде, а не о сервитуте. *De lege ferenda* могут быть использованы другие механизмы, к примеру, право застройки.

V. Между тем из сформулированного правила допустимо сделать одно исключение. Оно касается строительства и эксплуатации линейных объектов недвижимого имущества на служащем недвижимом имуществе на основании сервитутов.

Для этого важно различать две ситуации:

1. К примеру, сервитут устанавливается для строительства водопроводной трубы от источника на служащем земельном участке к жилому дому на господствующем земельном участке. В этом случае новый объект (водопровод-

ная труба) размещается на служащем объекте недвижимости – земельном участке для обеспечения нужд господствующих объектов недвижимости – земельного участка и жилого дома на нем. То есть изначально существуют и господствующие, и служащий объекты недвижимости.

2. К примеру, сервитут устанавливается для строительства водопроводной сети, которая прокладывается из точки *A* (здание водоканала) в точку *B* (многоквартирный дом) и пересекает на своем пути служащий земельный участок. В этом случае служащим объектом недвижимости выступает земельный участок, а вот с господствующим объектом недвижимости сложнее. Можно рассмотреть два варианта: а) господствующая недвижимость – здание водоканала или многоквартирный дом; б) господствующая недвижимость отсутствует, сервитут устанавливается для осуществления определенной деятельности – строительства господствующей недвижимости (водопроводной сети).

С первым вариантом есть определенные трудности. Как правило, сервитут устанавливается не в пользу собственника (собственников) здания водоканала или многоквартирного дома, а в пользу застройщика – будущего собственника водопроводной сети. Со вторым вариантом все тоже не просто, поскольку изначально существует только служащая недвижимость, господствующая недвижимость возникнет в будущем. Однако оба варианта *mutatis mutandis* считаются допустимыми.

Первая ситуация является классической и регламентируется нормами ст. 274-277 ГК РФ. Вторая ситуация представляет собой исключение из общего правила и регламентируется нормами специального федерального законодательства.

Таким образом, при наличии определенных вводных можно допустить установление сервитута для строительства и эксплуатации господствующего линейного объекта недвижимого имущества на служащем недвижимом имуществе. О каких вводных идет речь?

А) Общее политико-правовое обоснование введения исключения.

Оно связано с серьезными трудностями, которые испытывает современный гражданский оборот при определении разновидности права на чужую недвижимость, дающего возможность строительства и эксплуатации линейных объектов. Эти трудности обусловлены специфическими характеристиками линейных объектов. Как правило, они обладают внушительной протяженностью и пересекают другие объекты недвижимости, принадлежащие различным правообладателям; они могут находиться в частной собственности, но непосредственно или опосредованно выполнять общепользные задачи; для надлежащего их строительства и эксплуатации необходимы не только объекты недвижимости, на которых они расположены, но и смежные объекты недвижимости в целях установления охранных зон; они могут размещаться на земельном участке, под и над ним.

Исследования в России и за рубежом показали, что такие инструменты как изъятие, выкуп, аренда земельных участков, беститульное владение и пользование земельными участками не способны решить всех проблем в сфере

строительства и использования линейных объектов¹⁷¹. В ряде случаев оптимальным выступает именно сервитут.

Так, сервитут является обременением права собственности на служащую недвижимостью; предоставляет субъективное вещное право ограниченного пользования этой недвижимостью; может быть установлен как добровольно, так и принудительно; при наличии объективной необходимости для господствующей недвижимости или для деятельности по созданию господствующей недвижимости; обладает свойством следования и подлежит абсолютной защите частноправовыми способами; по общему правилу, плата за сервитут включает только компенсацию убытков от его установления.

Б) Частное политико-правовое обоснование введения исключения.

Исключительные случаи должны закрепляться в федеральном законодательстве. Это сделано, например, в ФЗ «Об олимпийских играх в г. Сочи», «О проведении мероприятий FIFA», «О проведении саммита в г. Владивостоке», «О присоединении к Москве территорий».

VI. Важно акцентировать внимание на еще одном аспекте установления сервитутов для строительства и эксплуатации линейных объектов. Приведенные федеральные законы предусматривают две модели установления таких сервитутов: диспозитивно-императивную модель (ФЗ «Об олимпийских играх в г. Сочи», «О проведении мероприятий FIFA», «О проведении саммита в г. Владивостоке») и императивную модель (ФЗ «О присоединении к Москве территорий»). В первом случае сервитут устанавливается на основании решения органа публичной власти + соглашения сторон или судебного решения. Во втором случае только на основании решения органа публичной власти.

Полагаем, что более обоснованной является диспозитивно-императивная модель установления сервитутов.

С одной стороны, вводимый в диспозитивно-императивном порядке «специальный» частный сервитут обладает большей принудительностью, нежели «классический» частный сервитут. Это обосновывается тем, что установление такого «специального» частного сервитута связано не столько с объективной необходимостью господствующей недвижимости, сколько с потребностью принести наибольшую хозяйственную выгоду сервитуарию, деятельность которого имеет особое значение для народного хозяйства.

С другой стороны, устанавливаемый в диспозитивно-императивном, а не в чисто императивном порядке «специальный» частный сервитут не становится абсолютно принудительным, что немаловажно.

Как правило, преимущества императивного порядка установления сервитутов обосновываются быстротой решения вопросов строительства линейных и иных общественно значимых объектов недвижимости, в том числе возможностью ограничено пользоваться чужой недвижимостью в случаях отказов соб-

¹⁷¹ См., напр.: Закон № 6, 2016 А.О. Рыбалов «Некоторые вопросы установления публичных сервитутов (на примерах из судебной практики)». С. 46-48; Право собственности, другие вещные права и современный имущественный оборот. Видеоматериал ПМЮФ, 2014 г.: <https://www.youtube.com/watch?v=IQC6rCThG5c>.

ственников от переговоров об условиях сервитутов¹⁷². Права и законные интересы собственников служащей недвижимости считаются соблюденными ввиду предоставленной им возможности оспорить публичные акты об установлении сервитутов.

Между тем преимущества диспозитивно-императивного порядка установления сервитутов характеризуются способностью не менее оперативно и эффективно решать стратегические публичные задачи¹⁷³, а также возможностью учесть интересы собственников служащей недвижимости и избежать выдвигания доводов о том, что императивные сервитуты направлены на фактическое изъятие земельных участков без решений судов и без компенсаций¹⁷⁴.

Так, при диспозитивно-императивном установлении сервитута сначала на основании федерального закона принимается решение органа публичной власти, затем на базе индивидуальных характеристик служащей недвижимости с ее собственником согласовываются условия сервитута во внесудебном или судебном порядке. При этом право ограниченного пользования служащей недвижимостью возникает на втором этапе, то есть после достижения консенсуса по всем существенным условиям сервитута (в частности, условиям о месте расположения, сроке, плате, наименее обременительном способе осуществления)¹⁷⁵. Важно также то, что при недостижении соглашения о сервитуте в добровольном порядке судебный процесс инициирует заинтересованное в установлении сервитута лицо – сервитуарий. Это соответствует сложившемуся в отечественном праве порядку диспозитивно-императивного распоряжения правами на недвижимость (см., напр., нормы об изъятии земельных участков для публичных нужд).

Полагаем, что диспозитивно-императивная конструкция сервитута позволит избежать как затягивания и блокирования процесса установления сервитута, так и ущемления прав и законных интересов собственника служащей недвижимости¹⁷⁶. Такая конструкция в большей мере соответствует современной

¹⁷² См., напр.: Определение КС РФ от 29.09.2016 № 2154-О.

¹⁷³ К примеру, при императивном установлении сервитута в соответствии с ФЗ «О присоединении к Москве территорий» в случае отсутствия консенсуса между сервитуарием и сервитутодателем о плате за сервитут срок, по истечении которого можно внести указанную плату в депозит нотариуса и приступить к пользованию служащей недвижимостью, составляет один год. За это время можно согласовать условия сервитута в диспозитивно-императивном порядке.

¹⁷⁴ См., напр.: Апелляционное определение ВС РФ от 27.04.2016 № 127-АПГ16-2.

¹⁷⁵ К примеру, при императивном установлении сервитута в соответствии с ФЗ «О присоединении к Москве территорий» согласованию с сервитутодателем подлежат только плата за сервитут и график доступа на служащую недвижимость.

¹⁷⁶ К примеру, при императивном установлении сервитута в соответствии с ФЗ «О присоединении к Москве территорий» сервитуарий вправе осуществлять любую необходимую для достижения целей установления сервитута деятельность; плата за сервитут допускается только для случаев существенного затруднения в пользовании служащей недвижимостью; размер платы за сервитут определяется федеральным законом, то есть не привязывается к компенсации убытков сервитутодателя. Кроме того, при императивном установлении указанного сервитута не проводятся общественные слушания, а также не используются другие формы учета мнения собственника служащей недвижимости относительно установления сервитута. Собственник только уведомляется об уже принятом решении.

политике права, базирующейся на конституционно гарантированной неприкосновенности собственности и допустимости ограничения собственнических правомочий только в исключительных случаях, с учетом баланса интересов собственника и третьих лиц. Кроме того, такая конструкция в большей мере приспособлена к российским реалиям, а именно к борьбе с административным произволом и коррупционными проявлениями.

Появление диспозитивно-императивных сервитутов в отечественном праве не случайно. Выверенный и согласованный алгоритм их применения способен на основании баланса интересов собственников недвижимости и третьих лиц в короткие сроки разрешить ряд коллизий, которые не под силу другим правовым институтам. При этом разрешение указанных коллизий направлено не только на проведение принципов равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности при установлении гражданско-правовых отношений, но и на выполнение экономических, социально-культурных и иных общественно значимых задач.

О.К. Кремлева, канд. юрид. наук, доцент
кафедры теории истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного экономического
университета, доцент

Актуальные проблемы рынка ценных бумаг

Актуальнейшей проблемой регулирования рынка ценных бумаг является неизбежная дигитализация, которая проявляется в изменении правил и приёмов осуществления брокерского бизнеса, порядке ведения удаленной идентификации участников рынка ценных бумаг, правовых результатах идентификации, осуществлении правоотношений с контрагентами и третьими лицами при помощи интерфейса удаленного доступа.

Очевидно, что дигитализация рынка ценных бумаг (далее – РЦБ) неизбежна. Дигитализация проявится в изменении правил и приёмов осуществления брокерского бизнеса, порядке ведения удаленной идентификации и её правовых результатах, осуществлении правоотношений с контрагентами и третьими лицами.

Профессиональные участники рынка ценных бумаг уже сегодня обладают возможностью упрощенной идентификации клиентов при помощи интерфейса электронного правительства, в удаленном доступе открывать счета в системе ЕСИА с портала государственных услуг.

В 2016 г. был введен в эксплуатацию Единый сервис упрощенной идентификации, для проведения идентификации по набору данных. В настоящее время компании открывают счета онлайн, причём крупные компании имеют 15-20% онлайн счетов, а средние и малые – 70-100%. таким образом, благодаря появлению удаленной идентификации через портал госуслуг крупные компании получили как минимум 15 новых клиентов. Это означает, что в результате ликвидации необходимости личной явки к регистратору все участники получили возможность оптимизировать расходы и изменить бизнес-модель. Отпала необходимость открывать филиалы, более того, финансовые услуги стали доступны круглосуточно и без выходных. Учитывая протяженность в 11-часовых поясов круглосуточный режим доступа становится одним из приоритетных факторов доступности обслуживания участников РЦБ. Рынок оживляется за счет появления новых инвесторов. Открывающих счета в отдалённых населенных пунктах и в нерабочее время, что раньше было просто не возможно. Следствием этого переломного момента стала оптимизация филиальной структуры профучастников РЦБ, а также появления новых онлайн сервисов и приложений. Глобальная трансформация брокерской модели толкает запуск не только идентификацию по набору данных, но и продажи новых активов, в т.ч. долей и паев.

Фондовый рынок первым вышел на удаленное заключение договоров. Удаленная идентификация повлияет формирует новую систему межбанковской удаленной идентификации. Развивается совместный проект по созданию межбанковской системы идентификации клиентов Минкомсвязи и Банка России, в соответствии с которым банки являются агентами первичной идентификации,

создают подтвержденную запись в ЕСИА, дополняют ее биометрическими данными. В результате клиент получает возможность удаленно получать банковские услуги, в том числе и других банках. Как следствие существенно вырастет число подтвержденных записей в ЕСИА, одновременно пригодных для прохождения удаленной идентификации на фондовом рынке. Набор запрашиваемых банками данных для фондового рынка избыточный, биометрические данные ему не требуются.

Дигитализация объективно обусловлена факторами спроса, меняющихся возрастных предпочтений и стремлением сохранить занимаемую долю рынка. На развитие брокерского бизнеса влияет робоэдвайзинг – автоматизированная система, формирующая и самостоятельно ребалансирующая портфель. По данным отчета Artificial Intelligence Report за 2017 год, возможности искусственного интеллекта почти сравнялись с возможностями человека, например, в способности проводить точный синтаксический анализ. Развитие технологий позволяет формировать межотраслевые инновации, так Amazon планирует запуск собственного банковского сервиса. Правовой блок вопросов в обеспечении процессов дигитализации состоит в определении набора необходимых и достаточных сведений о клиенте, а также правовом режиме обращения с этой информацией. Следует конкретизировать, что необходимо знать профучастнику финансового рынка для заключения сделки о клиенте, партнере, контрагенте. Кроме того, следует принимать предупреждающие правовые меры в отношении инсайда и несанкционированного информационного вторжения – информационная атака способна обнулить ликвидность любого участника РЦБ.

Адаптация названных процессов на РЦБ к требованиям российского законодательства потребует серьезной правовой работы, в которой необходимо учитывать интеграцию РЦБ, баков и платежных систем, и даже иных комбинаций с массовыми каналами дистанционных продаж и образовательно-информационных сетей. В плане совершенствования и развития нормативной базы регулирования РЦБ в складывающихся и быстро изменяющихся новых условиях необходимы фундаментальные сравнительно-правовые исследования с участием представителей юридического и технического научных сообществ.

В.А. Максимов, канд. юрид. наук,
доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса
Санкт-Петербургского университета МВД России

Умный контракт

В середине 70-х гг. прошлого столетия появились концепция по автоматизации некоторых рыночных отношений (в частности аукционов) с помощью вычислительных машин¹⁷⁷. Между тем воплощение и дальнейшее развитие этой концепции состоялось уже с использованием новейших информационных технологий, а именно – с появлением сети Интернет и совершенствованием языков программирования.

Понятие «умный контракт» («smart-контракт», «умный договор») было предложено американским ученым Ником Сабо в 1994 г. как компьютеризированный протокол транзакций, который выполняет роль условий контракта. Как отметил ученый, цели такого протокола должны удовлетворять общим договорным условиям (например, об оплате, обеспечении, конфиденциальности, а также принуждении), призваны свести к минимуму исключения (как вредные и случайные) и потребность в посредниках¹⁷⁸. С этим связаны и экономические аспекты – снижение потерь от мошенничества, арбитражей и расходов по заключению и исполнению договора¹⁷⁹.

Непосредственной предпосылкой возникновения «умного контракта» стало создание криптовалюты, что позволило ввести электронные платежи и благодаря этому переводить значения стоимости по этим контрактам. Соответственно, платформы, которые применяют криптовалюту на основе системы битчейна, стали движущей силой развития и распространения «умного контракта» и рынка криптовалют в целом.

Касаясь вопроса криптовалют, которые необходимы для функционирования «умного контракта», следует отметить, что на сегодняшний день наиболее распространенной является биткойн, созданный в 2009 г. анонимным программистом из Австралии¹⁸⁰. Учитывая практичность криптовалют и спрос на них как в сфере электронной коммерции, так и финансовых институтов, на сегодня имеется целый ряд криптовалют, созданных на общей технологии функционирования биткойнов, и инфраструктура по их использованию (в частности, электронные площадки по обмену криптовалют на национальные денежные единицы, а также аукционная продажа криптовалют; в

¹⁷⁷ Bernardo A. Huberman. The Ecology of computation, 1988.

¹⁷⁸ Szabo N. The Idea of Smart Contracts [Электронный ресурс] / Nick Szabo. – Режим доступа: http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html.

¹⁷⁹ Smart contract: the ultimate automation of trust, October 2015 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2015/10/Digital_Economy_Outlook_Oct15_Capl.pdf.

¹⁸⁰ Bitcoin Virtual Currency: Unique Features Present Distinct Challenges for Deterring Illicit Activity – отчет ФБР США по криптовалюте Биткойн [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.wired.com/irnages_blogs/threatlevel/2012/05/Bitcom-FBI.pdf.

сфере финансовых услуг – предоставление кредитов в криптовалюте, депозитные счета и т. п.)¹⁸¹.

Однако несмотря на чрезвычайную капитализацию рынка криптовалют и прогрессивное расширение ореола его использования, эта сфера остается мало регулируемой, или, если точнее, не регулируемой нормами права. В частности, в Российской Федерации, по регулированию криптовалюты есть разъяснение Министерства финансов Российской Федерации «О регулировании выпуска и оборота криптовалют», в котором оно приравнило криптовалюту к денежным суррогатам и не рекомендует его использовать¹⁸². Более того, Банк России открыто предупреждает, что предоставление российскими юридическими лицами услуг по обмену «виртуальных валют» на рубли и иностранную валюту, а также на товары (работы, услуги) будет рассматриваться как потенциальная вовлеченность в осуществление сомнительных операций в соответствии с законодательством о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма¹⁸³.

Эта позиция Минфина России вызвала многочисленную критику со стороны юридического сообщества, поскольку в законодательстве Российской Федерации не закреплены такие понятия, как денежный суррогат¹⁸⁴, криптовалюта, виртуальная валюта¹⁸⁵.

Хотя в определенных странах, в частности в Японии, криптовалюта фигурирует в качестве денежной единицы¹⁸⁶, это противоречит сложившимся в большинстве других стран (Норвегия, Германия, США, Франция, Швейцария, Канада и т. д.) подходам, которыми криптовалюта определяется в основном как финансовый инструмент.

Несмотря на такую позицию Банка России, Минфина России, Росфинмониторинга, использование криптовалюты в Российской Федерации расширяется и, более того, наблюдаются некоторые изменения позиции законодателя¹⁸⁷. Уже сейчас следует отметить, что запрета на проведение российскими гражда-

¹⁸¹ Суд оценил в качестве новации договор, по которому обязательство ответчика по уплате 5 млн сингапурских долларов по договору займа заменяется обязательством перечислить истцу криптовалюту биткойн в размере 10 тыс. единиц, при этом с момента поступления всей оговоренной суммы обязательства, возникшие из договора займа, прекращаются. См.: Постановление Шестого ААС от 01.04.2016 по делу N 06АП-552/2016.

¹⁸² Письмо Минфина России от 02.10.2017 N 03-11-11/63996

¹⁸³ Информация Банка России от 27.01.2014 «Об использовании при совершении сделок "виртуальных валют", в частности, Биткойн».

¹⁸⁴ Такое мнение было высказано, в частности, представителями Генеральной прокуратуры РФ: «...анонимные платежные системы и криптовалюты, в том числе наиболее известная из них – биткойн, являются денежными суррогатами и не могут быть использованы гражданами и юридическими лицами». См.: <http://genproc.gov.ru/smi/news/news-86432/> (дата обращения: 27.07.2017).

¹⁸⁵ Обзор позиций см.: Крылов О.М. К вопросу о правовой категории «денежный суррогат» // Административное и муниципальное право. 2011. № 8. С. 56–61.

¹⁸⁶ Legality of bitcoin by country [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://en.wikipedia.org/wiki/Legality_of_bitcoin_by_country.

¹⁸⁷ Проект Федерального закона «О цифровых финансовых активах» (подготовлен Минфином России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 16.02.2018)

нами и организациями операций с использованием криптовалюты законодательство Российской Федерации не содержит¹⁸⁸. Поэтому «умный контракт» как новейший инструмент договорных отношений по использованию криптовалют находится на стадии активного развития. Общая тенденция роботизации и автоматизации все большей сферы общественной жизни актуализирует вопрос применения «умного контракта» в электронном банкинге, а также расширения сферы договорных отношений, где он может применяться.

Сам принцип и юридический механизм «умного контракта» вызывают повышенный интерес. И хотя программистами озвучивается позиция, что он представляет собой программное обеспечение и не является правовым термином¹⁸⁹, с этим согласиться нельзя, поскольку этот контракт согласуется с общепринятым определением договора, способствует денежно-товарному обороту и влечет за собой реальные имущественные последствия для его сторон. При этом следует сделать оговорку, что «умный контракт» можно приравнять к договору в классическом правовом смысле, если он используется как инструмент договорных отношений. Однако если он используется как инструмент организации платежей (например, для уплаты налогов) и не содержит признаков договора, его следует считать объектом авторского права – программным обеспечением.

Поэтому необходимо не только согласиться с мнением, что при разработке протоколов «умных контрактов» следует привлекать юристов¹⁹⁰, но и отнести их к договорам при условии их соответствия общим признакам договора.

При этом «умный контракт» имеет ряд преимуществ перед обычными договорами, среди которых, в частности, следующие:

а) надежность, которая заключается в создании «умного контракта» криптографическим языком программирования и кодированием подписей сторон; возможностью хранения на нескольких серверах и т. п.;

б) уменьшение расходов на хранение по сравнению с классическими контрактами;

в) увеличение уровня доверия между сторонами, что проявляется в снижении значения человеческого фактора при выполнении договоров;

г) оптимизация времени на его заключение – фактически «умный контракт» может быть уже написанным кодом, доступным на персональных компьютерах сторон;

д) гибкость – этот контракт можно использовать в широкой сфере отношений, при этом стороны могут индивидуализировать условия, заложенные в протокол «умного контракта», и подстраивать их под конкретные условия;

¹⁸⁸ Письмо ФНС России от 03.10.2016 N ОА-18-17/1027 «О контроле за обращением криптовалют (виртуальных валют)».

¹⁸⁹ Buterin V. A next generation smart contracts and decentralized application platform [Электронный ресурс] / Vitalik Buterin. – Режим доступа: https://www.weusecoins.com/assets/pdf/library/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-butenn.pdf.

¹⁹⁰ Howlett R. A Lawyer's Perspective: Can Smart Contracts Exist Outside the Legal Structure?, 11.07.2016 [Электронный ресурс] / Richard Howlett, – Режим доступа: <https://bitcoinmagazine.com/articles/a-lawyer-s-perspective-can-smart-contracts-exist-outside-the-legal-structure-1468263> 134.

е) минимизация риска возникновения споров, учитывая четкость и логичность речи этих контрактов и отсутствие человеческого фактора при их выполнении;

ж) эффективность контроля за их исполнением, что заключается снова-таки в отсутствии влияния человеческого фактора и автоматизации контроля за исполнением «умного контракта» (в частности, определяя местонахождение груза при GPS контроле пр.).

Электронная форма «умного контракта» имеет ряд особенностей в сравнении с подобной формой обычных договоров.

Во-первых, он представляет собой протокол транзакций, то есть программа создана одной или несколькими языками программирования и кодирования с возможным выводом условий контракта на специальный интерфейс (для удобства подписантов).

Во-вторых, его условия выражаются в математических знаках, которые могут считываться вычислительными машинами. Специфичен и сам язык изложения «умного контракта», основанный на исключительной логичности и совершенных причинно-следственных связях.

В-третьих, это касается специфики среды (электронной) «умного контракта», предполагающей достоверность исходных кодов информации и доступность.

В-четвертых, стороны электронного контракта должны иметь обязательную электронную идентификацию – электронную подпись, которая может быть иной, нежели это предусмотрено Федеральным закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи» (ред. от 23.06.2016)¹⁹¹.

В-пятых, предметом «умного контракта» должен быть объект, находящийся в «среде обитания» указанного контракта или доступ к которому должен быть обеспечен без участия человека. Как отмечается, указанный аспект был наиболее сложен в реализации концепции «умного контракта» до 2009 г., когда были впервые применены криптовалюты¹⁹².

Обобщая особенности «умного контракта», его можно определить как криптографический протокол транзакций, содержащий и выполняющий условия договора, то есть заключенный (созданный и/или подписанный сторонами) для наступления определенных в нем правовых последствий и самостоятельно выполняющий и/или осуществляющий контроль за таким выполнением в электронной среде.

Специфика заключения «умного контракта» и выполнения транзакции через криптографические протоколы и другие механизмы цифровой безопасности демонстрируют его значительные преимущества по сравнению с традиционными формами договоров. Однако, группа исследователей, представителем которой является Марк Миллер, выдвинула на первый план вопросы защиты и

¹⁹¹ СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

¹⁹² Ноншаков С. Умные контракты помогут государствам принять криптовалюты [Электронный ресурс] / Сергей Ноншаков. Режим доступа: <http://bitfork-develop.com/> / ш/умные-контракты-помогут-государства/.

безопасности при заключении и программировании «умного контракта». Подчеркивается интерес криптографических протоколов для защиты конфиденциальности криптовалюты, информации об идентификации сторон и электронных подписей¹⁹³.

Язык изложения «умного контракта», имея математическое выражение, характеризуется четкой последовательностью и логичностью изложения и отсутствием двойного толкования. Он должен, прежде всего, считываться вычислительными машинами. На это обращалось внимание еще в 2002 г. Нико Сабо¹⁹⁴, который на примере фьючерсных контрактов, договора страхования и других описывает возможность использования для заключения контрактов логически формального языка, который считывается вычислительными машинами.

Протокол, который представляет собой «умный контракт», в информатике является последовательностью сообщений, по меньшей мере, между двумя компьютерами. На более высоком уровне обобщения, протокол состоит из алгоритмов, соединенных с помощью сообщений; он составляется различными языками программирования. При этом непосредственные пользователи, как правило, не могут читать сам этот протокол. Поэтому для удобства пользователей – физических лиц информация об условиях договора, содержащихся в протоколе контракта, может выводиться на специальный интерфейс или предоставляться в виде инструкции и т. п.

Сфера применения «умного контракта» определяется, прежде всего, спецификой среды, в которой они существуют, потому чрезвычайно актуальны проекты создания децентрализованной электронной среды, в качестве примера которой стоит отметить проект Ethereum¹⁹⁵. Также следует упомянуть технологические решения, в частности, sidechain¹⁹⁶, способные работать с любой цифровой валютой, использующей технологию блокчейн в «умном контракте». Все это создало условия для расширения сферы применения «умного контракта» и привлекает внимание не только научного сообщества, но и финансовые институты, которые вкладывают миллионные инвестиции для развития этих платформ.

Электронная среда позволяет использовать «умный контракт» в следующих направлениях.

Абонентские договоры. «Умный контракт» может самостоятельно списывать средства со счета абонента для погашения абонентских платежей, при этом

¹⁹³ Miller Mark S. Distributed Electronic Rights in JavaScript, ESOP' 13 22nd European Symposium on Programming, Springer (2013) [Электронный ресурс] / Mark S. Miller, Tom Van Cutsem, Bill Tulloh. – Режим доступа: <https://research.google.com/pubs/pub40673.html>

¹⁹⁴ Szabo N. A Formal Language for Analyzing Contracts, 2002 [Электронный ресурс] / Nick Szabo. Режим доступа: <http://szabo.best.vwh.net/contractlanguage.html>.

¹⁹⁵ Buterin V. A next generation smart contracts and decentralized application platform [Электронный ресурс] / Buterin Vitalik. – Режим доступа: https://www.weusecoins.com/assets/pdf/library/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf.

¹⁹⁶ Blockchain et sidechains, 09.11.2014 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://bitcoin.fr/blockchain-et-sidechains/>.

позволят избежать дополнительных расходов на осуществление транзакций по таймеру, увеличивает безопасность в силу отсутствия необходимости хранить данные платежного счета абонента на других серверах, а также дает возможность значительно улучшить условия предоставления абонентских услуг. Например, «умный контракт» может самостоятельно осуществлять контроль за качеством предоставления некоторых абонентских услуг (контролировать качество интернет трафика, телевизионной связи и т. п.).

Договоры страхования. «Умный контракт» требует детализации всех условий договора страхования в протоколе. При этом заключенный между страховщиком и страхователем «умный контракт» самостоятельно контролирует уплату страхователем страховых взносов и их размер. Страховщик может автоматизировать такую уплату, чтобы «умный контракт» самостоятельно списывал средства со счета страховщика для уплаты страховых платежей. Несколько сложнее ситуация при наступлении страхового случая, поскольку информацию о нем и размерах страхового вреда необходимо представить в виде, который может считываться «умным контрактом». Для этого могут быть привлечены медицинские и другие учреждения, призванные помочь в исполнении «умного контракта» и предоставляющие информацию о страховых случаях в общую базу данных. Соответственно, «умный контракт» может самостоятельно осуществлять страховые возмещения лицам, благодаря чему его использование в страховании является важным перспективным направлением, позволяющим упростить порядок предоставления страховых услуг и повысить уровень доверия между сторонами.

Договоры об использовании объектов права интеллектуальной собственности, обремененные в «умный контракт», также могут самостоятельно, в соответствии с предусмотренными ими условиями, осуществлять подсчет необходимого для уплаты авторского и иного вознаграждения, и, соответственно, их выплачивать в определенное договором время.

Договоры о предоставлении финансовых услуг воспринимают форму «умного контракта», учитывая огромный интерес к криптовалюте со стороны финансовых институтов, что обуславливает его большую степень востребованности именно в этой сфере. В таковых можно заключать кредитные договоры, договоры о депозитном размещении средств (в виде криптовалют), их обмене и проч.

Договоры пари и другие рисковые сделки воплощаются в «умный контракт», наиболее соответствующему для такого рода соглашений, по которому две стороны прогнозируют результаты определенных спортивных или иных событий, с чем связаны расчеты между ними. При этом «умный контракт» самостоятельно проверяет результаты спортивного события через базы данных, которые содержатся в Интернете, и по результатам такого анализа самостоятельно производит расчет между сторонами. Это повышает уровень доверия между участниками таких отношений и уменьшает вероятность мошенничества.

Договоры о совместной деятельности. Реализация этого типа договорных отношений на базе «умного контракта» позволит в соответствии с заложенными в нем условиями осуществлять автоматические расчеты прибыли от

совместной деятельности и непосредственно перечислять средства ее участникам.

Договоры аренды недвижимого имущества и транспортных средств. Возможность их заключения с помощью «умного контракта» имеет место, но для контроля за его исполнением необходим ряд условий. В частности, объект недвижимости (или автомобиль) должен быть оснащен электронными замками (блокировкой). Соответственно, «умный контракт» согласно заложенным в протокол условиями, будет осуществлять своевременность поступления арендной платы (или самостоятельно списывать средства со счета арендатора), а при нарушении условий оплаты или других условий, предусмотренных договором, может самостоятельно блокировать объект недвижимости (автомобиль).

Учитывая новизну такого феномена, как «умный контракт», сложности воплощения его концепции сопряжены, помимо всего прочего, с традиционными преградами в восприятии новелл правовой мыслью, что обуславливается необходимостью владения, кроме юридических знаний, навыками и пониманием программирования. Тем не менее, эта проблематика остается чрезвычайно актуальной в силу того, что действительность уже демонстрирует применение «умного контракта» в достаточно широких спектрах. Поэтому они требуют совместного исследования как специалистов в сфере права, так и со стороны ученых в области информационных технологий.

Вместе с тем, необходимость юридического анализа «умного контракта» является важным для понимания эволюции договорного права и создания научно обоснованных предложений по нормативному регулированию соответствующих договорных отношений.

П.А. Меньшикова
Главный специалист
Управления по работе с непрофильными активами
АО «АБ «РОССИЯ»

**Институт субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц
в производстве о несостоятельности (банкротстве)
в Российской Федерации**

В настоящий момент одной из наиболее действенных процедур в производстве о признании должника несостоятельным (банкротом) становится все чаще применяемое кредиторами взыскание задолженности с контролирующих должника лиц в порядке субсидиарной ответственности.

Применение субсидиарной ответственности в делах о банкротстве позволяет снизить риски и минимизировать негативные последствия нарушений законодательства контролирующими лицами компании. Например, уклонение от уплаты налогов, сокрытие имущества, которое могло бы покрыть задолженность перед кредиторами, вывод активов, и т.д.

С 30 июля 2017 года вступили в силу изменения в части привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц, определение которых дается в ст. 61.10 Федерального закона от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹⁹⁷ (далее по тексту – Закон о банкротстве). Стоит отметить, что одними из наиболее значимых изменений следует признать возможность привлечения к субсидиарной ответственности главного бухгалтера или финансового директора должника, а также возможность подать самостоятельный иск вне банкротного производства для привлечения к субсидиарной ответственности уже после завершения конкурсного производства.

Само по себе понятие контролирующего лица не изменилось, однако расширение круга лиц, которые могут быть привлечены к субсидиарной ответственности, создает дополнительные гарантии для кредиторов. Ранее суды отклоняли ходатайства о привлечении к ответственности главного бухгалтера или финансового директора.

Суд более не ограничен признаками, прямо установленными законодательством, соответствие которым обязательно для признания лица контролирующим. Теперь формулировка п. 5 ст. 61.11 Закона о банкротстве позволяет суду самостоятельно определить основания для признания лица контролирующим в зависимости от обстоятельств конкретного дела. Исключение составляет лишь случай, когда физическое или юридическое лицо в силу прямого участия в компании владеет менее, чем 10 процентами акций или уставного капитала и получает обычный доход, вытекающий из факта такого владения.

В связи с новшествами, введенными в законодательство, Пленумом Верховного Суда Российской Федерации было принято Постановление от 21 де-

¹⁹⁷ О несостоятельности (банкротстве): федер. закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ (ред. от 29.12.2017). Доступ из справ. – правовой системы «Консультант Плюс».

кабря 2017 года №53¹⁹⁸, в котором даны разъяснения по ряду вопросов, касающихся привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц. В частности, о мере ответственности формального руководителя и бремени распределения такой ответственности между руководителем и иным лицом, признанным контролирующим. Представляется верной ситуация, когда содействие номинального руководителя при определении конечного бенефициарного владельца приводит к уменьшению размера субсидиарной ответственности содействующего лица, так как это стимулирует к подобному сотрудничеству.

В связи с относительной новизной института субсидиарной ответственности по делам о банкротстве и многочисленными изменениями законодательства по данному вопросу, в процессе ее применения на практике (в судебных разбирательствах) рождается множество затруднений, вопросов и спорных ситуаций.

Иностранные законодательные системы имеют институты схожие с институтом субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц. Например, в Великобритании существует понятие «прокалывание корпоративной вуали», в Германии – институт «пронизывающей ответственности».¹⁹⁹

Если обратиться к истории возникновения принципа ограниченной ответственности компании в англо-американской системе, то в качестве дела, впервые коснувшегося данного института, следует признать дело *Salomon*²⁰⁰ (рассматривалось в конце 19 века). Выводы, сделанные в данном деле, позволили впоследствии признавать компании самостоятельными субъектами права, то есть идентификация бенефициарного владельца и компании в одном лице более не существовала. Данные положения нашли свое отражение и в российском законодательстве, например, п. 2 ст. 56 ГК РФ.

Появление ограниченной ответственности хоть и решило ряд проблем, но, в то же время, породило и новые. Некоторые участники оборота стали злоупотреблять новым институтом: они стали вполне легально избегать ответственности в ряде случаев, когда ответственность можно было переложить на саму компанию. Примером может служить показательное дело *Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*²⁰¹

Стали появляться сложные и запутанные схемы за счет ввода многочисленных аффилированных лиц, заключения агентских договоров, введение в качестве исполнительных органов компании не физических лиц, а юридических, и т.д.

¹⁹⁸ О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 г. №53. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

¹⁹⁹ Егоров А.В., Усачева К.А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства – неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покрова // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 12. С. 6–30.

²⁰⁰ *Salomon v. A. Salomon & Co Ltd* (1897) AC 22. URL: <http://corporations.ca/assets/Salomon%20v%20Salomon.pdf> (дата обращения 11.12.2017).

²⁰¹ *Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*, 306 U.S. 307, 323 – 24 (1938) URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/307/case.html> (дата обращения 05.12.2017).

Так как результатом подобных схем стали уход от налогообложения и появление кредиторов, которые не могли получить свои денежные средства, в англо-американской правовой системе был предложен новый выход из сложившейся ситуации. «Снятие корпоративной вуали» явилось тем самым спасительным методом, который реализовывался в процессе судебных разбирательств. Настоящий метод представляет собой определенный судебный порядок производства, который позволяет возложить ответственность на лицо, признаваемое контролирующим.²⁰²

Целью «снятия корпоративной вуали» является приведение в баланс интересов всех участников отношений, если было установлено злоупотребление правами и использование ограниченной ответственности.

Для более подробного рассмотрения процедуры «снятия корпоративной вуали» приведем пример из правоприменительной практики США и сравним с аналогичным порядком в РФ.

Для США характерно наличие списков с перечнем определенных критериев («laundry lists» или checklists). Если при рассмотрении дела все эти критерии или, в некоторых случаях, хотя бы один или несколько будут установлены, то «снятие корпоративной вуали» станет необходимым и обусловленным.

Но, как и любой другой правовой институт, «снятие корпоративной вуали» имеет свои слабые стороны и неразрешенные спорные вопросы.

В научной литературе нередко критикуется ограниченная ответственность и «прокалывание корпоративной вуали». Противники предлагают в качестве альтернативы применение корпоративного права (enterprise law)²⁰³, где компания либо группа компаний и их крупнейшие акционеры выступают как единый субъект экономики (single economic unit).

Отражение подобной альтернативной концепции нашло применение, например, при составлении налоговой отчетности для всей группы компаний единым документом.

Основным аргументом служит то, что наиболее эффективным решением будет предупредить обман кредиторов (ex ante) путем слияния всех участников в корпорацию, чем «прокалывать корпоративную вуаль» и пытаться найти виновников (ex post).

Если говорить о проникающей ответственности в РФ, то в первую очередь стоит отметить отсутствие обширной практики по данному вопросу. Законодательное регулирование данного направления разработано недостаточно.

Как ранее было показано на примере США, которое признано государством с наиболее развитым законодательством в данной сфере, у процедуры «снятия корпоративной вуали» имеются как достоинства, так и существенные недостатки. Поэтому отечественные ученые, так же, как и их зарубежные коллеги, не могут определиться, чего же все-таки будет больше для России при введении подобного института – положительного или отрицательного.

²⁰² Бudyлин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывая покровы. Доктрины снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7. С. 82.

²⁰³ Antunes J.E. The Liability of Polycorporate Enterprises // Connecticut Journal of International Law. 1999. Vol. 13:197. P. 197–231.

Аналогом «снятия корпоративной вуали» в российском законодательстве выступает институт субсидиарной ответственности, поскольку зачастую признаки, по которым привлекают к субсидиарной ответственности, схожи с теми, что используются в таких случаях в иностранном судопроизводстве.

Например, привлечение контролирующего должника лица к ответственности за «вывод активов». Подобная причина становится крайне популярной. Также могут использоваться и синонимичные формулировки, а именно: вывод денежных средств, отчуждение активов по заниженной стоимости, вывод ликвидных активов, и т.д. Частое использование данной формулировки в судебной практике по привлечению к субсидиарной ответственности указывает на развитие всего института банкротства в целом, а в частности – на усиление позиции по защите прав кредиторов.

Классическим примером вывода активов может служить ситуация, когда единственный участник или группа участников (физические лица) юридического лица «А» принимает решение о создании юридического лица «Б», которое становится дочерним предприятием «А». В качестве уставного капитала «Б» используется все ликвидное имущество «А», то есть единственным участником выступает юридическое лицо. Через некоторый период времени заключается договор купли-продажи ста процентов доли в компании «Б». Покупателем становится либо единственный участник, либо группа участников компании «А». Фактическая оплата доли не происходит, так как долг списывается путем проведения взаимозачета. Такое финансовое положение компании «А» подводит ее к началу процедуры ликвидации в связи с ее нерентабельностью. В качестве примера из практики можно привести дело, где Постановлением Федерального арбитражного суда Уральского округа от 02 июня 2014 года №Ф09-2321/14 по делу №А60-16899/2010²⁰⁴ принято решение о привлечении к субсидиарной ответственности.

В практике также нередки случаи привлечения к ответственности в связи с недокапитализацией, или, иными словами, недостаточностью финансирования при создании. В данном случае речь идет о привлечении к ответственности в основном учредителей. В судебном процессе доказывается факт, что невозможность нормальной деятельности компании была обусловлена, например, расторжением договоров безвозмездного пользования имуществом, что привело к прекращению деятельности, предусмотренной уставом организации. Российские суды довольно часто используют термины «недокапитализация» и «вывод активов» как синонимы²⁰⁵.

Следует отметить, что вывод активов является видом недокапитализации. Поэтому в решениях российских судов зачастую оба понятия используются как синонимы. Судебная практика неоднородна, так как формулировки законодательных актов по этому вопросу несколько размыты. Показательным примером

²⁰⁴ Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²⁰⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 14 января 2015 года № 309-ЭС14-8741 по делу № А60-49801/2013. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 29 октября 2014 года № Ф09-5208/14 по делу № А60-49801/2013.

привлечения к субсидиарной ответственности является Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 11 сентября 2014 года № Ф09-5639/14 по делу № А60-32798/2007²⁰⁶, где реально контролирующее лицо холдинга было признано несущим солидарную ответственность на сумму, превышающую две-сти миллионов рублей. Вместе с тем, в остальных случаях суды «перестраховываются» и отказывают в признании вины контролирующих лиц в связи с недостаточной доказательственной базой в отношении причинно-следственных связей. Это происходит несмотря на то, что бизнес-процессы в России практически всегда контролируются непосредственными собственниками организаций, чьи указания становятся обязательными к исполнению всеми сотрудниками организации, включая исполнительный орган.

На практике зачастую можно проиграть дело, так как в банкротном производстве действует повышенный стандарт доказывания, а также тяжело доказать причинно-следственную связь между действиями исполнительного органа или участника, акционера и сложившимися негативными последствиями. По сути своей, субсидиарную ответственность контролирующего должника лица можно сравнивать с деликтной ответственностью, что говорит о повышенной сложности доказывания вины.

«Снятие корпоративной вуали» в российской цивилистике активно обсуждается, делается упор на важность данного вопроса для развития нормальных отношений между субъектами экономики²⁰⁷, а также на необходимость реформировать законодательство, регулирующее такую процедуру²⁰⁸. Многие ученые критически относятся даже к уже существующей системе субсидиарной ответственности²⁰⁹.

Основной проблемой применения концепции «снятия корпоративной вуали», безусловно, выступает правовая система, где эта концепция изначально сложилась. Как известно, англосаксонская правовая система является прецедентной, что приводит к трудностям при совмещении с романо-германской системой.

Представляется, что использовать «снятие корпоративной вуали» и адаптировать его к российской нормативно-правовой базе необходимо. Есть возможность проанализировать ошибки и сложности, возникающие в странах, уже использующих подобную систему, с поправкой на специфику законодательства каждой конкретной страны. При усилении ответственности и ужесточении последствий за нарушения, деловые отношения станут более добросовестными и честными. В настоящий момент в отечественном законодательстве усиливается значение презумпции «добросовестность». Однако проблема заключается в том, что данное понятие носит оценочный характер, следовательно, предпола-

²⁰⁶ Доступ из СПС «КонсультантПлюс»

²⁰⁷ Шиткина И.С. «Снятие корпоративной вуали» в российском праве: правовое регулирование и практика применения // Хозяйство и право. 2013. № 2. С. 25–26.

²⁰⁸ Ломакин Д.В. Концепция снятия корпоративного покрова: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте изменений Гражданского кодекса РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 31–33.

²⁰⁹ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. С. 196–199.

гается, что при вынесении решения судья будет руководствоваться не нормативно-правовыми актами, а собственными оценочными суждениями. В такой ситуации представляется вполне логичным, что использование доктрины может сделать собственное суждение судьи более обоснованным с точки зрения юриспруденции и закона в целом. Нередки случаи, когда из-за отсутствия полноценного регулирования данного вопроса суды практически полностью игнорировали корпоративный элемент²¹⁰.

Также в качестве проблемы рассмотрения дел о «снятии корпоративной вуали» необходимо отметить их сложность. Она состоит в том, что, с одной стороны, нормы законодательства относительно данного процесса никогда не смогут быть четко сформулированы, так как влияние контролирующего лица на организацию представляет собой сложную схему, которая в каждом деле индивидуальна. С другой стороны, у суда появляется достаточно много свободы для принятия решения, которое должно основываться не столько на законе, сколько на личном восприятии ситуации судьей.

Суды англосаксонской правовой системы очень часто прибегают к цитированию научных трудов при рассмотрении вопросов, опираясь таким образом на доктрину²¹¹. В российской правовой системе существуют отдельные случаи, когда использование доктрины возможно: достаточно часто к применению доктрины прибегает Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ. Однако в решениях арбитражных судов и судов общей юрисдикции РФ использование научных трудов не является распространенным, так как правовая система РФ предполагает в качестве основания для вынесения судебных актов использование нормативно-правовой базы. Это еще одна из причин, по которой применение «снятия корпоративной вуали» в России осложняется²¹².

Таким образом, законодатель сможет сформулировать необходимые правовые нормы по типу «снятия корпоративной вуали» только в том случае, если возьмет за основу концепцию в англосаксонской правовой системе, воспользуется позициями, сформированными в российской доктрине, и обратит внимание на практику, сложившуюся при ведении бизнес-процессов в России.

²¹⁰ Будылин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7. С. 120–122.

²¹¹ Robert B. Thompson. Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. 1991. P. 1036–1074

²¹² Егоров А.В., Усачева К.А. Доктрина «снятия корпоративных покровов» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 38–56

*М.В. Савельева, канд. юрид. наук,
доцент кафедры общеправовых дисциплин
ЛОФ СПб университета МВД России*

Ликвидация юридического лица как способ разрешения корпоративного конфликта

Юридическое лицо, как организационно-структурный носитель гражданских прав и обязанностей ведущий самостоятельную хозяйственную деятельность создается для достижения определенных целей. Сущность любой организации, как и общества в целом заключается в тех связях и отношениях, в которых люди находятся друг к другу, объединяясь для поставленных целей²¹³. В случае достижения целей, ради которой создано юридическое лицо по решению его учредителей (участников) производится ликвидация. Отметим, что функциональное единство, выраженное в виде деятельности всех структурных подразделений и органов юридического лица, подчиняется одной известной функции, содержание которой определяется целями образования юридического лица. В случаях невозможности достижения цели, ради которой создано юридическое лицо, в том числе, если осуществление деятельности становится невозможным или затруднительным учредители также могут прийти к решению о добровольной ликвидации. Однако в случае уклонения других участников и невозможности принять решения, в связи с отсутствием кворума, или сформировать юридические органы в соответствии с п.п.5, п.3, ст. 61 ГК РФ возможна и принудительная ликвидация, осуществляемая по решению суда. Например, в при длительном корпоративном конфликте, в ходе которого существенные злоупотребления допускались всеми участниками хозяйственного товарищества или общества, и вследствие которых стала затруднена его деятельность.

Необходимая свобода поведения учредителя (участника) как носителя субъективных прав во внутренней организации юридического лица ограничивается формальным равенством участников правоотношений. Формальное равенство участников правового отношения, отмечает Д.В. Дождев²¹⁴, существует не только как внешнее общее требование к субъектам, но и как устойчивое внутреннее убеждение, которое проявляется в готовности признать самооценку другого лица, самостоятельность его воли, его значимость в отношении, равную значению собственной роли. В случае разногласий участников и невозможности достижения цели, для которых создана организация возможна ликвидация юридического лица по требованию одного из участников (учредителей) если остальные меры для разрешения конфликта использованы. Разъясняя иные меры, Верховный Суд в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части

²¹³ Сущность юридического лица // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права: Избранные труды: в 2 т. Т.2. – 2-е изд., стер. М.: Статут, 2017. С. 243-254.

²¹⁴ Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / под общ. Ред. В.С. Нерсесянца. – 3-е изд., испр. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. С. 96.

первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указал, что к ним можно отнести исключение участника юридического лица, добровольный выход участника из состава юридического лица, избрание нового лица, осуществляющего единолично полномочия исполнительного органа.

При отсутствии равенства участников притязание теряет правовую роль, а отношения сводятся к неизбежному насилию, подавлению воли и произволу. Формальное равенство устанавливается и конкретизируется на уровне индивидуальных поведенческих установок, а также ценностных ориентаций как согласие с системой установленного поведения и готовность выступать в формально определенной роли, а также иметь дело с лицами, выступающими в иной признанной роли в синхронных или дисинхронных аспектах.

Добровольное принятие на себя роли, которая считается правом порядком соответствующей данному интересу, означает согласие получить признания других участников правоотношений именно как носителя формально определенной роли. Например, лицо, соглашается выступить в роли учредителя юридического лица, тем самым оно соглашается, что все отношения будут осуществляться в пределах обычаев и норм соответствующего учредительного договора.

Признание воли другого лица, уважение автономии других участников юридического лица, соблюдение установленных правил поведения обеспечивает защиту и прочность созданной социальной связи. Пределы осуществления субъективных гражданских прав во внутреннем проявлении субъекта права, находят свое юридическое выражение в ст.1 ГК РФ «при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно». Добрая совесть выступает материально-правовой основой гражданских правоотношений.

Управомоченное лицо, действуя в границах своего субъективного права, формально не разрушает чужого права. Квалифицируя действия как злоупотребление правом суды, на наш взгляд, должны устанавливать мотивы, цели и намерения лица, осуществляющего свое право так, что это повредило другому лицу, а также характер и последствия недобросовестного поведения. Потому как взаимное уважение сторон, взаимное признание, которое формулируется в принцип добросовестности, обеспечивает социальную значимость отдельной личности и ведет к осознанию себя и своих интересов.

Так при рассмотрении спора о ликвидации юридического лица, по требованию его участника (дело № А56-69413/2015) судом было установлено, что общество продолжает осуществлять хозяйственную деятельность, приносящую ему прибыль; вступившими в законную силу судебными актами по делам установлено злоупотребление правом представителями Компании при реализации полномочий членов совета директоров, в отношении иных участников Общества или их представителей такие выводы в судебных актах по вышеуказанным делам не содержатся, принимая во внимание отсутствие доказательств того, что Компания реализовала все имеющиеся способы разрешения сложившегося конфликта, в связи с чем, пришли к выводу, что ликвидация Общества в данном случае не направлена на соблюдение баланса интересов сторон корпоративного конфликта. [3]

Пределы доброй совести законодательно установлены ст.10 ГК РФ и определяются как «осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)». Однако, общих критериев, имеющих юридическое значение для признания недобросовестного поведения и злоупотребления субъективным правом теорией права не выработано.

Субъективное право одного лица может осуществляться безгранично до тех пор, пока не войдет в соприкосновение с субъективными правами другого лица.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» разъясняя судам оценочные критерии «добросовестности» и «недобросовестности» Верховный Суд устанавливает, что суды, оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, должны исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации.²¹⁵ Юридическое значение и соответствующую защиту получают только те интересы и установки, которые признаются соответствующими социально одобренным целям и общепринятому поведению.

В случае смерти одного из участников (учредителей), юридического лица, являющегося одновременно исполнительным органом, возможна ли добровольная ликвидация юридического лица по требованию оставшегося участника(учредителя)? На наш взгляд возможна, при отсутствии злоупотребления и невозможности ведения хозяйственной деятельности обществом до назначения доверительного управляющего и исполнительного органа. Если цели, для которых создано данное юридическое лицо, недостижимы. Невозможно принять решение при отсутствии кворума и сформировать юридические органы.

²¹⁵ О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

А.С. Фёдоров,
*руководитель направления
по взысканию дебиторской задолженности
с юридических лиц
АО "Петербургская сбытовая компания"*

Существенные и случайные составные части договорных волеизъявлений

Как известно, договор представляет собой фактический состав, который складывается как минимум из двух согласованных волеизъявлений, направленных на вызывание определенных правовых последствий в виде возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей²¹⁶.

Кроме волеизъявлений фактический состав договора может включать в себя также волевой акт (передачу вещи), удостоверяющее действие нотариуса или акт государственной регистрации соглашения.

Входящие в договор волеизъявления состоят из логически отделимых друг от друга положений. Эти составные части договорных волеизъявлений Гражданский кодекс РФ именует условиями договора.

1. Основным критерием для классификации условий договора является их деление по объективному критерию, то есть в зависимости от того, определяют ли они существо (тип) заключаемого договора, либо включаются в договор по иным мотивам, в том числе в отступление от диспозитивных норм закона²¹⁷.

По данному критерию составные части договорных волеизъявлений делятся на объективно существенные (*essentialia negotii*) и случайные (*accidentalia negotii*).

Объективно существенные составные части договорных волеизъявлений определяют предмет договора, а также условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договора данного вида²¹⁸. Это тот минимум условий, по которым должно быть достигнуто соглашение, для того чтобы договор был признан заключенным (при условии, что ни одна из сторон не настаивала на достижении соглашения по иным условиям).

²¹⁶ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Заключение договора // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 5. С. 60-61.

²¹⁷ Практическое значение в классификации условий договора состоит в том, чтобы разделить все условия, которые могут быть включены в договор на те, которые являются необходимыми и достаточными для того, чтобы договор считался заключенным (существенные условия) и на те, отсутствие которых в договоре не приведет к признанию договора незаключенным (случайные условия).

²¹⁸ Следует обратить внимание на некорректность и низкую юридическую технику некоторых нормативных актов (например, законодательство о долевом участии в строительстве, об электроэнергетике), которые относят к числу существенных или обязательных условий те условия, которые таким явно не являются. Для устранения этой проблемы приходится прибегать к телеологическому (целевому) и системному толкованию в попытке выявить волю законодателя.

Случайные составные части договорных волеизъявлений представляют собой отступления от диспозитивных норм закона, либо определяют условия, в отношении которых отсутствует правовое регулирование. Включение этих условий в договор объективно не является необходимым для того, чтобы договор считался заключенным.

Случайные составные части договорных волеизъявлений по субъективному критерию можно поделить на субъективно существенные и субъективно несущественные.

Субъективно существенные условия важны для стороны до такой степени, что без их включения в договор она не пошла бы на заключение договора.

Субъективно несущественные составные части договорных волеизъявлений хотя и имеют значение для стороны, поскольку она предложила их включить в договор, но не до такой степени, что она не желала бы, чтобы отсутствие соглашения по этим условиям было препятствием для заключения договора.

Авторы, предлагающие деление случайных условий по субъективному критерию, указывают, что действующая редакция абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ такого деления не учитывает и предлагают предусмотреть в данном абзаце, что только те условия, которые предложила согласовать одна из сторон, будут являться существенными, если без их согласования она не заключила бы договор²¹⁹.

Другие авторы в связи с этим делают справедливое замечание о том, что такое деление случайных условий, при котором восполнение пробелов в согласовании субъективно несущественных условий отдавалось бы на откуп суду, приведет к дестабилизации отношений и пойдет в разрез с принципом автономии воли²²⁰.

2. Необходимость отличать субъективно существенные условия от субъективно несущественных на практике может вызвать много проблем, поскольку необходимо давать оценку субъективной готовности стороны заключить договор без включения этих условий.

Решение этой задачи не составило бы труда, если бы сторона прямо выразила свое субъективное отношение к условиям, а ее контрагент смог бы это воспринять на стадии договорного процесса. Если такого очевидного выражения отношения к условиям нет, то контрагент стороны, предлагающей такие условия, будет обоснованно считать такие условия существенными, а договор – незаключенным, пока стороны не придут к соглашению по таким условиям. Недостаток такого подхода состоит в том, что не во всех случаях возможно выявить субъективное отношение стороны к предлагаемым к включению в договор случайным условиям.

В то же время, и полное игнорирование деления случайных условий на субъективно существенные и субъективно несущественные может привести к

²¹⁹ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Указ. соч. С. 60-65.

²²⁰ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307-453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: Статут, 2017. (автор комментария – А.Г. Карапетов). С. 972-973.

тому, что длительное согласование де-факто несущественных условий будет неустранимым препятствием к началу действия договора (особенно это может быть актуально для слабой стороны публичного договора²²¹).

Представляется, что следует установить правило о том, что если сторона заявляет о необходимости согласовать то или иное условие, то это условие по умолчанию следует считать субъективно существенным, только если сама сторона ясно не выразит иное отношение к этому условию, и из этого отношения будет следовать, что данное условие является субъективно несущественным.

3. Некоторые авторы, проводя классификацию условий договора, выделяют как вид так называемые «обычные» условия²²². Под обычными условиями при этом понимаются те условия, которые предусмотрены соответствующими нормативными актами и будут применяться к отношениям сторон заключаемого договора.

Представляется, что нет оснований считать нормы правовых актов, применяемые к отношениям сторон, условиями договора. Эти нормы не являются составными частями договорных волеизъявлений. Стороны, заключая договор, осознают, что эти нормы, наряду с условиями самого договора, будут оказывать регулирующее воздействие на их отношения²²³.

Вместе с тем, если стороны путем цитирования включили норму правового акта в договор, такая норма становится частью договорного волеизъявления и, по общему правилу, сохранится в случае изменения впоследствии правового регулирования.

Приведем следующий пример последствия неосмотрительного цитирования в договоре нормы правового акта.

В момент заключения договора энергоснабжения законная неустойка за нарушение потребителем обязательств по оплате составляла 1/130 ключевой ставки ЦБ РФ за каждый день просрочки (п. 2 ст. 37 Федерального закона от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»). Рассмотрим два варианта.

В первом случае стороны фиксируют в договоре, что в случае несвоевременной оплаты потребитель несет ответственность «в размере, предусмотренном нормами действующего законодательства», либо вообще упускают вопрос об ответственности. Спустя какое-то время законодательство в части ответственности меняется, санкция снижается, например, до 1/300 ключевой ставки ЦБ РФ в день. Это повлечет уменьшение ответственности потребителя в случае появления просрочки после изменения правового регулирования.

²²¹ Подробнее о понятии слабой стороны договора см.: Федоров А. С. Понятие и сущность публичного договора в российском гражданском праве // Ученые записки юридического факультета. 2015. № 37 (47). С. 71–74.

²²² Иоффе О.С. Советское гражданское право. С. 387 – 388; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. С. 148; Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. Ю.К. Толстого. Т. 1. С. 592.

²²³ Например, нет смысла включать в договор следующее условие: «В случае нарушения договора стороны несут ответственность, предусмотренную нормами действующего законодательства», так как стороны в любом случае такую ответственность будут нести.

Во втором случае стороны фиксируют в договоре, что в случае несвоевременной оплаты потребитель уплачивает неустойку в размере 1/130 ключевой ставки ЦБ РФ за каждый день просрочки, то есть воспроизводят в договоре норму закона о неустойке. Спустя какое-то время законодательство в части ответственности меняется, санкция снижается, например, до 1/300 ключевой ставки ЦБ РФ в день. При этом в законе указано, что его действие распространяется на ранее заключенные договоры энергоснабжения. Последствия в этом случае будут иными.

Как было разъяснено в п. 61 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», если размер неустойки установлен законом, то в силу пункта 2 статьи 332 ГК РФ он не может быть по заранее заключенному соглашению сторон уменьшен, но может быть увеличен, если такое увеличение законом не запрещено.

Таким образом, такое условие договора уже будет рассматриваться не как процитированная норма, а как согласованное сторонами условие. В этом случае либерализация законодательства не приведет к уменьшению ответственности потребителя²²⁴.

²²⁴ С этим выводом можно поспросить, указав, что после принятия нового закона не было прямо выраженного волеизъявления сторон на увеличение размера ответственности. Но в то же время ранее согласованное условие об ответственности не противоречит новому законодательству, оснований для признания этого условия недействительным нет.

*Ю.Б. Шубников, д.ю.н., зав. кафедрой
гражданского права ФГБОУВО РГПУ
им. А.И. Герцена, профессор.*

**Охрана банковской тайны
при расчетах электронными денежными средствами
в системе защиты информации**

1. Всё большую роль в развитии современной экономики играют информационные технологии. Их развитие наряду с положительными последствиями порождает и целый ряд негативных последствий. К числу таких последствий можно отнести высокие риски в сфере безналичного оборота, основанного на использовании информационных технологий. При этом в п. 2 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – «Закон об информации») дано понятие информационных технологий. Отметим, что схожее понятие информационных технологий дано в п. 3.1.3 ГОСТ Р 52653-2006 «Информационно-коммуникационные технологии в образовании. Термины и определения». При этом отметим, что недостатком данного определения является отсутствие терминологического разграничения понятий процесса и метода, с одной стороны, и способов осуществления процесса и метода, с другой стороны. Кроме того, не отражено понятие новых информационных технологий, отличающихся от применяемых информационных технологий и имеющих важное значение в практической деятельности, связанной с использованием информации.

Представляется, что в данном случае следует говорить об особом значении применяемых способов организации труда субъектов, которые занимаются, например, хранением сбором, хранением, обработкой информации; техники взаимодействия таких субъектов с оборудованием в целях обработки информации и т.д.

2. Центральное место в современном безналичном обороте занимают электронные денежные средства (далее – «ЭДС»). В ст. 3 Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» указано определение понятия «электронные денежные средства». Они представляют собой денежные средства, которые предварительно предоставляются клиентом в адрес оператора по переводу электронных денежных средств. При этом последний учитывает информацию о размере предоставленных клиентом денежных средств без открытия счета клиенту в целях исполнения обязательств клиента перед третьими лицами или в отношении себя посредством использования электронных средств платежа.

В этой связи можно указать на то, что отдельные авторы в отличие от законодателя отрицают денежную природу ЭДС. Так Хрусталева А.В. утверждает, что ЭДС «следует рассматривать как отличный от денег объект гражданских прав в виде обязательственных прав требований лица, предоставившего деньги, в отношении оператора ЭДС»²²⁵.

²²⁵ Хрусталева А.В. Электронные денежные средства в Российской Федерации и Европейском союзе // Банковское право, 2016, № 3. СПС «Консультант Плюс».

Подобное утверждение весьма спорно, поскольку ЭДС, выступая, как и обычные деньги, инструментом имущественного оборота, реализуют все основные функции денег: мера стоимости, средство обращения, средства накопления мировых денег и средства платежа. Вместе с тем они не имеют бумажного (документального) воплощения и в этом близки к обычным безналичным деньгам и бездокументарным ценным бумагам. Последние используются в хозяйственном обороте посредством обозначения присущих им родовых свойств и функций в виде записи в платёжных, бухгалтерских и финансовых документах или в виде физических характеристик на электронных носителях. ЭДС представляют собой новый этап в развитии денег как универсального инструмента осуществления оборота (обмена) различными благами в общественной практике.

3. Как показывает зарубежный и отечественный опыт, использование ЭДС порождает значительные риски для реализации прав и интересов владельцев ЭДС, прежде всего, посредством противоправной деятельности, связанной с использованием конфиденциальной информации необходимой для осуществления перевода ЭДС. При этом под конфиденциальностью информации по п. 7 ст. 7 понимается правовой режим информации, согласно которому в отношении такой информации устанавливается ограниченный доступ субъектов – получатель информации обязан не передавать такую информацию третьим лицам без согласия ее обладателя за исключением случаев, предусмотренных законом.

В этой связи стоит задача обеспечения защиты информации в соответствии со ст. 16 Закона об информации посредством реализации правовых, организационных и технических мер. Реализация данных мер предполагает наряду с прочими правовыми институтами использование и института тайны. Рассмотрение современного российского законодательства, направленного на регулирование отношений по сохранению тайны, позволяет говорить о достаточно чётком его структурировании. В зависимости от сфер общественной практики, где применяется данный режим, законодатель выделяет в качестве основных разновидностей коммерческую, служебную и государственную тайны.

В п. 1 и п. 2 ст. 3 Федерального закона от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (далее – «Закон о коммерческой тайне») определено понятие коммерческой тайны, а в ст. 2 Закона РФ от 21.07.1993 № 5485-1 «О государственной тайне» – понятие государственной тайны. Согласно проекту федерального закона «О служебной тайне» сведения, составляющие служебную тайну (служебная тайна), представляют собой конфиденциальные сведения, которые возникают в ходе «управленческой деятельности органа или организации», в том числе получены в соответствии с их компетенцией, распространение которых препятствует реализации соответствующим субъектом предоставленных ему полномочий или иным образом отрицательно сказывается на их реализации²²⁶.

Несмотря на имеющиеся различия в определениях данных видов тайны, можно в целом указать, что тайна представляет собой сознательно скрывае-

²²⁶ Проект Федерального закона № 124871-4 «О служебной тайне» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 24.12.2004).

мую субъектом общественной практики от третьих лиц информацию о различных аспектах его деятельности в целях её оптимизации и защиты от внешних угроз. Основная цель применяемого правового института тайны – защита определенной категории сведений, обеспечение их недоступности для третьих лиц. Данные действия позволяют защитить субъекта, которого касаются такие конфиденциальные сведения, обеспечить защиту его интересов, которые нередко имеют значительные экономические, социальные или культурные последствия.

4. Вышесказанное позволяет говорить о том, что банковская тайна является разновидностью коммерческой тайны, что подтверждается и в п. 1 ст. 3 Закона о коммерческой тайне. Важно, что режим коммерческой тайны позволяет обладателю такой информации, прежде всего, увеличить прибыль, получить иные преференции, например, в области деловой репутации.

Банковская тайна также, как и коммерческая тайна, представляет собой скрытую информации о банковских операциях и также, как и коммерческая тайна, является одним из элементов организации и осуществления коммерческой (предпринимательской) деятельности в кредитно-финансовой сфере.

5. Представляется, что коммерческая тайна и банковская тайна соотносятся между собой как родовое и видовое понятия. В этой связи представляется возможным выделить отдельные видовые признаки понятия банковской тайны.

Коммерческая тайна может в себя включать сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, сведения о способах осуществления профессиональной деятельности. Банковская тайна включает в себя исключительно информацию о банковском счете, банковском вкладе, операциям по счету, сведения о клиенте и т.д. Как верно указывает Е.В. Фаткина²²⁷, положения ст. 26 Закона о банках распространяются на сведения об остатках электронных денежных средств клиентов кредитных организаций и сведения о переводах электронных денежных средств кредитными организациями по распоряжению их клиентов.

Кроме того, коммерческая тайна устанавливается органом хозяйствующего субъекта, а банковская тайна – законом.

При этом И.А. Цинделиани²²⁸ определяет следующие критерии различия понятий банковской и коммерческой тайны:

- «в субъектном составе лиц, устанавливающих содержание и объем соответствующей тайны: банковская тайна установлена законом, коммерческая тайна устанавливается руководителем организации»;
- «в субъектном составе лиц, являющихся собственниками сведений, составляющих соответствующую тайну: в отношении банковской тайны – собственник-клиент, в отношении коммерческой тайны – собственник-клиент»;

²²⁷ Фаткина Е.В. Правовая охрана банковской тайны в условиях развития законодательства о национальной платежной системе // Банковское право, 2015, № 5. СПС «Консультант Плюс».

²²⁸ Банковское право: Учебник для бакалавров // под ред. И.А. Цинделиани. Российский государственный университет правосудия, 2016. СПС «Консультант Плюс».

- «режим тайны – в отношении банковской тайны – соблюдение режима банковской тайны – обязанность всех служащих кредитной организации; в отношении коммерческой тайны – установление режима коммерческой тайны не обязанность, а право руководителя кредитной организации, которым он может и не воспользоваться».

И.А. Яковлева²²⁹ указывает, что правовые режимы банковской и коммерческой тайны отличаются по видам договоров, которые могут быть заключены хозяйствующими субъектами – в отношении коммерческой тайны заключаются, например, договор о передаче информации, составляющей коммерческую тайну, договор об отчуждении исключительного права на секрет производства, лицензионный договор, а банковская тайна не может быть предметом гражданско-правового договора, а может быть передана по договорам об отчуждении права (уступка требования)²³⁰.

Обратим внимание на то факт, что отнесение банковской тайны к коммерческой позволяет определить порядок защиты (принятие мер защиты) банковской тайны. Так в п. 1 ст. 10 Закона о коммерческой тайне определены конкретные необходимые меры по охране конфиденциальности информации, принимаемые ее обладателем. Согласно п. 2 ст. 10 Закона о коммерческой тайне режим коммерческой тайны установлен с принятия обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, соответствующих мер.

6. Переводы ЭДС представляют собой банковскую операцию в соответствии со ст. 5 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее – «Закон о банках»), что поддерживается в доктрине²³¹. Однако если операция совершена не по распоряжению клиента, а по требованию органа власти в пределах его полномочий или по инициативе оператора по переводу ЭДС, то сведения о такой операции не являются банковской тайной.

Операторы по переводу электронных денежных средства согласно п. 1 ст. 26 Закона о банках обязаны хранить сведения, составляющие банковскую тайну, не разглашая их. При этом буквальное толкование данного пункта позволяет прийти к выводу о наличии правового пробела, выразившегося в исчерпывающем перечне субъектов, обязанных охранять банковскую тайну.

В частности, в соответствии с п. 4, п. 4, п. 5 ст. 26 Закона о банках справки по операциям и счетам юридических лиц и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, выдаются кредитной организацией им самим, судам и арбитражным судам (судьям),

²²⁹ И.А. Яковлева. Некоторые проблемы определения предмета банковской тайны в предпринимательской деятельности // Актуальные проблемы российского права, 2013, № 10. СПС «Консультант Плюс».

²³⁰ Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 14.06.2012 № 06АП-2030/2012; Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 20.09.2012 № Ф03-4238/2012

²³¹ Иванов В.Ю. Договор о расчетах электронными денежными средствами в аспекте требований Закона о национальной платежной системе // Банковское право, 2013, № 4. СПС «Консультант Плюс».

Счетной палате Российской Федерации, налоговым органам, Пенсионному фонду Российской Федерации, Фонду социального страхования Российской Федерации и органам принудительного исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц в случаях, предусмотренных законодательными актами об их деятельности, а при наличии согласия руководителя следственного органа – органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

При этом не составляет банковской тайны факт наличия у определенного лица электронного средства платежа в сервисе оператора по переводу ЭДС или принадлежности конкретных электронных средств платежа определенному лицу, дата создания электронного средства платежа, используемые клиентом при переводе ЭДС операционные системы, дата и способ идентификации клиента.

7. Обобщая всё вышесказанное, можно сделать вывод о том, что охрана банковской тайны при расчёте ЭДС представляет собой один из составляющих элементов охраны банковской тайны. Это, во-первых, вытекает из п. 9 ч. 1 ст. 5 Закона о банках, в соответствии с которым переводы ЭДС представляют собой банковскую операцию. Во-вторых, на это указывает ст. 26 Закона о банках, где сказано, что «кредитная организация, Банк России, организация, осуществляющая функции по обязательному страхованию вкладов, гарантируют тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов».

РАЗДЕЛ IV

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ «ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ПРАВО»

С.В. Бухтоярова,
*руководитель направления
по сопровождению административных споров
ПАО «Газпром нефть»*

Антимонопольный комплаенс: вопросы правового регулирования

В последние годы не только в России, но и по всему миру наблюдается резкое увеличение числа правовых требований, затрагивающих деятельность коммерческих организаций. Адаптация к постоянному росту нормативно-правовых актов становится все более сложной задачей для бизнеса.

Соблюдение требований законодательства становится предельно важным, особенно в сфере антимонопольного права. Поддержка конкуренции гарантируется Конституцией Российской Федерации, является одной из основ конституционного строя России, а также постоянным приоритетом государственной политики.

Как отмечено в дорожной карте «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики»²³² развитие конкуренции в экономике является многоаспектовой задачей, решение которой в значительной степени зависит от эффективности проведения государственной политики по широкому спектру направлений.

Действующее антимонопольное законодательство постоянно развивается. Этот процесс, а также практика применения антимонопольного законодательства последних лет ознаменованы ростом количества антимонопольных разбирательств и ужесточением ответственности за антиконкурентное поведение хозяйствующих субъектов²³³.

Санкции за нарушение антимонопольного законодательства весьма значительны, а ущерб деловой репутации в случае неблагоприятных последствий проверки – огромен.

Такие тенденции в целом должны мотивировать хозяйствующих субъектов к тому, чтобы предпринимать меры предосторожности, в том числе в отношении преднамеренных нарушений антимонопольных норм.

²³² См.: План мероприятий («дорожная карта») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» утвержден Распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 №2579-р, п. 1.

²³³ См. Аналитический доклад Управления по конкурентной политике Аналитического центра при Правительстве Российской Федерации. С. 3.

Одним из инструментов предупреждения и снижения антимонопольных рисков для компаний является разработка и внедрение антимонопольного комплаенса как системы внутрикорпоративного предупреждения нарушений антимонопольного законодательства. Комплаенс, при этом, должен затрагивать как сферу правовых рисков (риск нарушения законодательства), так и сферу рисков регуляторных (риск нарушения требований антимонопольного ведомства, отраслевых регуляторов, биржевых правил, вытекающих из требования законодательства).

Концепция системы антимонопольного комплаенса довольно широко распространена за рубежом. В Нидерландах, например, отсутствует какой-либо документ антимонопольного ведомства (Autoriteit Consumenten Markt), который разъяснял бы позицию государства касательно данного вопроса, хотя на практике ведомство может снизить санкции в ответ на обязательство компаний внедрить эффективные комплаенс-программы. В антимонопольном законодательстве Италии отсутствуют нормы, напрямую освобождающие от ответственности или смягчающие ответственность компаний-нарушителей вследствие внедрения ими комплаенса.

Во Франции рамочный документ антимонопольного ведомства описывает подходы к оценке эффективности комплаенс-программ и возможные преимущества для компаний, внедривших такие компании. Нормативные акты Чехии, Великобритании, США и ряда других стран предполагают смягчение ответственности за совершение антиконкурентных действий при наличии системы антимонопольного комплаенса.

Антимонопольное законодательство Индии не содержит оснований смягчения ответственности за применение антимонопольного комплаенса, однако предполагает возможность избежать правонарушений в связи с внедрением комплаенс-программы.

Законодательство и практика Японии, напротив, не знают примеров снижения ответственности компаний, внедривших программы антимонопольного комплаенса²³⁴.

Несмотря на все разнообразие антимонопольного регулирования в иностранных государствах, его можно обобщить следующим: национальные антимонопольные ведомства, если и разрабатывают некие документы, касающиеся антимонопольного комплаенса, то это, преимущественно, разъяснения и/или иные документы разъяснительного характера. Рекомендательный характер таких документов, делает комплаенс необязательным для хозяйствующих субъектов. Обязанность возникает лишь в случаях, когда компании принимают или вынуждены принимать на себя обязательства по разработке эффективной комплаенс-программы в рамках антимонопольных разбирательств. Вне зависимости от закрепленного регулирования, на практике наличие у хозяйствующего субъекта корпоративных систем предупреждения нарушения становится основанием для снижения штрафов в рамках разбирательств, однако, подобное решение остается преимущественно дискреционным решением антимонопольного ведомства.

²³⁴ См.: Там же. С. 7-10.

В международной практике также случаются случаи, когда разработчиком методических рекомендаций о внедрении комплаенса выступает международная организация. Так Международная торговая палата (International Chamber of Commerce – ICC) разработала Практическое пособие по антимонопольному комплаенсу. Глубокая детализация данного документа делает его столь универсальным, что он может быть использован компаниями в различных отраслях экономики вне зависимости от их размера и потребностей.

В российской практике на сегодняшний день также есть примеры разработки и внедрения системы и/или отдельных элементов антимонопольного комплаенса. Уралкалий, Роснефть, РУСАЛ, Ново-Нордиск, МТС и некоторые другие компании ввели в систему внутренних локальных актов документы, направленные на предотвращение антиконкурентных действий.

Причиной внедрения послужили, в первую очередь, предписания ФАС России, выданные в рамках антимонопольных разбирательств либо в рамках согласования сделок экономической концентрации. Некоторые компании самостоятельно пришли к осознанию необходимости внедрения мер соблюдения антимонопольного законодательства в инициативном порядке. Например, ПАО «МТС» в 2015 году сообщила о внедрении в компании системы антимонопольного комплаенса²³⁵. Таким образом, в настоящее время нет никаких препятствий ни для Федеральной Антимонопольной Службы России в рамках своих полномочий, ни для компаний в инициативном порядке разрабатывать и внедрять системы антимонопольного комплаенса, направленные на снижение и предупреждение рисков нарушения антимонопольного законодательства.

Почему антимонопольный комплаенс столь интересен для российского бизнеса? Да потому что развитие антимонопольного законодательства в Российской Федерации и в мире создает новые риски. Например, сейчас в России за наиболее серьезные антиконкурентные нарушения предусмотрен штраф в размере до 15% от оборота компании. Еще один колоссальный риск – уголовное преследование картелей. И если раньше статья 178 Уголовного кодекса Российской Федерации была «спящей», то с 2014 года она активно применяется.

Также существует опасность частных исков. В России они не сильно развиты, однако некоторые юристы обоснованно полагают, что существующей в стране системы права вполне достаточно, чтобы имея на руках решение антимонопольного органа, пойти в суд и добиваться возмещения убытков, упущенной выгоды и морального вреда.

Еще один риск – репутационный. Согласно позиции Международной торговой палаты «самым сильным мотивом для соблюдения антимонопольного законодательства является желание осуществлять деятельность в соответствии с этическими принципами... Несмотря на то, что наказание за нарушение законодательных требований может быть значительным, серьезный вред репутации

²³⁵ Интернет-источник: http://www.company.mts.ru/comp/press-cetre/press_release/2015-12-08-4955939.

компания причиняет неблагоприятный общественный резонанс, вызванный констатацией факта нарушения ею требований закона»²³⁶.

Интересен комплаенс и самому регулятору – Федеральной Антимонопольной Службе Российской Федерации. Согласно Федеральному закону от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» предупреждение и пресечение антимонопольных нарушений являются равнозначными задачами федеральной антимонопольной службы. Следовательно, внедрение мер по предупреждению правонарушений, разновидностью которой и является антимонопольный комплаенс – прямая обязанность ФАС.

По утверждению заместителя руководителя ФАС России к.э.н. А.Г. Цыганова, – «регулятору наличие эффективно работающего механизма предупреждения нарушений антимонопольного законодательства в компаниях выгодно самому. Эта система уменьшает риск нарушений, является эффективной профилактической мерой. В итоге у ФАС становится меньше работы и ведомство может больше времени уделять злостным нарушителям. Также уменьшится и количество собственных ошибок антимонопольного органа»²³⁷.

В то же время, несмотря на столь взаимовыгодную роль антимонопольного комплаенса для бизнеса и государства, до настоящего момента он остается нормативно неурегулированным.

Автор настоящей статьи сознательно не останавливается на внутреннем содержании антимонопольного комплаенса и концентрируется исключительно на вопросе правового регулирования данного института.

Впервые термин «антимонопольный комплаенс» прозвучал в российском нормативном регулировании в «Стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013-2024гг»²³⁸.

Раздел 2.2.1. «Развитие и совершенствование институтов, предупреждающих правонарушения в сфере антимонопольного законодательства» предусматривает разработку и внедрение на законодательном уровне норм, стимулирующих внедрение систем комплаенса (корпоративных мер, направленных на предотвращение нарушений антимонопольного законодательства) среди хозяйствующих субъектов, ассоциаций, (союзов) участников товарного рынка.

В развитие данных постулатов летом 2016 года специалистами ФАС России разработан законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»²³⁹, согласно которому в основной федеральный закон, регулирующий защиту конкуренции предусматривалось закрепить понятие и основные элементы антимонопольного комплаенса.

Согласно названному законопроекту *антимонопольный комплаенс* – совокупность правовых и организационных мер, предусмотренная внутренним актом (актами) хозяйствующего субъекта либо другого лица из числа лиц, вхо-

²³⁶ См.: Практическое пособие по антимонопольному комплаенсу ICC, С.1;

²³⁷ См.: Конкуренция и право № 2, 2016 О. Бодрягина «Комплаенс – стимул, принуждение или инструмент контроля?» С.6.

²³⁸ Утверждена Президиумом ФАС России от 03.07.2013.

²³⁹ С текстом законопроекта можно ознакомиться на портале общественных обсуждений: <http://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=50178>.

дящих в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, если такие внутренние акты распространяются на такого хозяйствующего субъекта, и направленных на соблюдение им требований антимонопольного законодательства и предупреждения его нарушения.

Законопроектом определено, что формирование и детальное регулирование антимонопольного комплаенса должно определяться самим хозяйствующим субъектом с учетом специфики бизнеса и внутренней организационной структуры. В то же время Законопроект устанавливает обязательные, но не исчерпывающие элементы антимонопольного комплаенса, которые должны быть урегулированы внутренними актами хозяйствующих субъектов, а также обязанность опубликовать акт (акты), регулирующий антимонопольный комплаенс на официальном сайте компании в сети Интернет.

Законопроект также содержит ряд поощрительных норм, которые должны стимулировать компании к ведению антимонопольного комплаенса, в частности, смягчение административной ответственности за совершенное нарушение антимонопольного законодательства, при условии, если хозяйствующий субъект сможет доказать, что несмотря на допущенное нарушение принятый им антимонопольный комплаенс является действующей системой.

По утверждению Р.С. Ибрагимова: «это означает, что система построена и в целом работает, она всячески поддерживается, люди ей обучаются, в компании развивается соответствующая культура. Но в организации среди нескольких десятков тысяч человек всегда может найтись сотрудник, который допустит нарушение»²⁴⁰.

Однако эффективное функционирование системы антимонопольного комплаенса возможно только в том случае, если критерии ее эффективности являются понятными и допустимыми для хозяйствующих субъектов.

Насколько же глубоко должен быть проработан антимонопольный комплаенс в законе?

Согласно позиции А.Г. Цыганова, в законе достаточно дать определение антимонопольного комплаенса как системы внутреннего предупреждения нарушения законодательства в этой сфере, однако возможности детализировать на уровне закона требования к организации и элементам компании не представляется возможным²⁴¹.

В то же время, Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации, в аналитическом докладе «Антимонопольный комплаенс: текущая практика и перспективы развития», учитывая существующее соотношение потенциальных выгод и рисков пришел к выводу о нецелесообразности закрепления характеристик института антимонопольного комплаенса законодательно²⁴². По мнению Центра достаточно разработки методических рекомендаций ФАС

²⁴⁰ См.: Антимонопольный комплаенс может стать выгодным для всех // Конкуренция и право. 2016. № 2. С.13.

²⁴¹ См.: Комплаенс – стимул, принуждение или элемент контроля? // Конкуренция и право. 2016. № 2.

²⁴² См.: Антимонопольный комплаенс текущая практика и перспективы развития // Аналитический доклад, декабрь 2015. С. 25.

России с минимальными требованиями к содержанию и составу корпоративных систем предупреждения, в которых должны быть зафиксированы как общая направленность на развитие культуры комплаенса, так и основополагающие принципы и требования антимонопольного регулирования, меры, направленные на обеспечение этих требований, процедуры и методики определения рисков, меры, направленные на снижение компанией этих рисков, а также системы сертификации антимонопольного комплаенса.

Таким образом, антимонопольный комплаенс – это перспективное направление, требующее обоюдного активного участия государства, как нормативного регулятора с одной стороны, и бизнеса с другой, для которого принятие антимонопольного комплаенса должно выступать не только гарантом снижения соответствующих штрафов, но и действующей системой, позволяющей развиваться и извлекать прибыль в рамках закона, сохранять деловую репутацию. Внедрение комплаенс-процедур не должно быть принудительным, это «мягкий» элемент государственной конкурентной политики, это механизмы, которые должны быть абсолютно индивидуальными для разных компаний. Подобные различия не будут обесценивать и размывать комплаенс, напротив, позволят выстроить действующий механизм, основанный на учете специфики конкретной отрасли экономики, размера компании, функциональных рисков и прочих множественных факторов.

Следует однозначно признать, что антимонопольный комплаенс – не миф и не планы, это данность, сформировавшаяся в отсутствие всякого правового регулирования и требующая скорейшего закрепления. Это позволит не только популяризовать комплаенс, но и сделать его эффективным, рабочим инструментом бизнеса.

*А.И. Васильченко, канд. юрид. наук,
доцент кафедры правового обеспечения
экономической безопасности,
Санкт-Петербургский государственный
архитектурно-строительный университет*

Правовые проблемы создания единого энергорынка: опыт Европейского Союза

Укрепление сотрудничества в рамках Евразийского экономического союза – залог экономической безопасности и благополучия России в будущем. Одним из ключевых направлений такого сотрудничества является взаимодействие государств в сфере энергетики, цель которого – создание единого энергорынка ЕврАзЭС. Первые шаги к достижению заявленной цели уже делаются. Решением Высшего Евразийского экономического совета от 8 мая 2015 г. № 12 утверждена Концепция формирования общего электроэнергетического рынка Евразийского экономического союза. Однако реализация положений Концепции требует проведения большой всесторонней работы, в ходе которой целесообразно учитывать уже имеющийся мировой опыт интеграции энергорынков государств, в частности опыт по реализации проекта создания единого энергетического рынка Европейского союза, включая все те сложности, с которыми столкнулись государства-члены ЕС на этом пути.

Идея интеграции европейских государств стала активно обсуждаться после окончания Второй мировой войны и реализовывалась в ходе интеграционных процессов, затронувших сначала рынок угля и стали²⁴³, затем сферу атомной энергетики²⁴⁴. Более полувека прошло с момента начала реализации интеграционной политики, но проблема объединения и взаимодействия по-прежнему актуальна для государств Европы. Одним из приоритетных направлений интеграции с конца 80-х и по настоящий момент является энергетика. В 2015 в рамках указанного направления официальными представителями Европейской комиссии был анонсирован старт создания Европейского энергетического союза. Проект Европейского энергетического союза подразумевает, прежде всего, создание транспарентного единого энергорынка Европы, не разделенного ни территориальными, ни юрисдикционными границами, и охватывающего не только электроэнергетику, но и рынок газа, а также рынок возобновляемых источников энергии. Так, например, в качестве одной из главных задач заявлена диверсификация поставок газа. Решение поставленных задач невозможно без создания эффективной нормативной базы, формирование которой началось с конца 80-х годов, когда впервые был поставлен вопрос о необходимости масштабной интеграции в энергетике. В рабочем докладе Еврокомиссии

²⁴³ В результате указанного процесса была создана международная организация, заложившая основы экономической интеграции в Европе – Европейское объединение угля и стали (1950 г.).

²⁴⁴ Интеграционные процессы в сфере атомной энергетики привели к созданию Европейского сообщества по атомной энергии (1957 г.).

от 02 мая 1988 года были рассмотрены проблемы на пути создания единого внутреннего энергорынка Европы²⁴⁵, среди которых наличие технологических, фискальных барьеров, чрезмерная монополизация, отсутствие свободного перемещения товаров, работ и услуг в отрасли. Тезисы, изложенные в этом документе, были учтены в ходе дальнейшей нормотворческой деятельности, результатом которой стало принятие ряда важных нормативных актов (т.н. Первый энергопакет). В Первый энергопакет вошли директивы, регулирующие отношения в сфере создания конкурентного рынка электроэнергии (1996 г.)²⁴⁶ и природного газа (1998 г.)²⁴⁷. В 2003 году последовало принятие директив Второго энергопакета, нормы которых должны были обеспечить недискриминационный доступ к энергосетям и стимулировать государства-члены ЕС к более активной имплементации ранних директив²⁴⁸. Именно нормы Второго энергопакета создали правовую основу для реорганизации вертикально интегрированных предприятий энергетики. Анализ результатов применения директив двух энергопакетов, проведенный Еврокомиссией в 2005 году, показал, что цель либерализации энергорынков не достигнута²⁴⁹. Среди основных проблем были названы высокая концентрация рынка, неэффективная реорганизация организаций, занимающих доминирующее положение на рынке, сохранение дискриминационного доступа на рынок, а также отсутствие транспарентности. С учетом сделанных выводов был сформирован Третий энергопакет, состоящий из двух директив и трех регламентов. Третий энергопакет содержит нормы, устанавливающие правила недискриминационного доступа к электрическим и газовым сетям. Анализ практики применения норм, включенных в три энергопакета, основной целью которых является либерализация внутреннего рынка ЕС, позволяет выделить некоторые проблемы.

1. Проблема разграничения полномочий между ЕС и государствами-членами в сфере энергетики.

В 2007 году вступил в силу Лиссабонский договор о внесении изменений в Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского сообщества. Статья 2С Договора устанавливает, что вопросы энергетики относятся к совместному ведению ЕС и государств-членов. Так, ст. 176А, в свою очередь, определяет следующие цели политики ЕС в энергетической сфере:

²⁴⁵ Ehe internal energy market (Commission working document) /* com/88/238final */.

²⁴⁶ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity [1996] OJ L 027/20 [hereafter Directive 96/92/EC].

²⁴⁷ Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas [1998] OJ L 204/1 [hereafter Directive 98/30/EC].

²⁴⁸ Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC [2003] OJ L 176/37 [hereafter Directive 2003/54] and Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC [2003] OJ L 176 /57 [hereafter Directive 2003/55].

²⁴⁹ European Commission 'Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors' (Final Report) COM(2006) 851 final.

- обеспечить функционирование энергетического рынка;
- обеспечить надежность энергопоставок в союзе;
- содействовать энергетической эффективности и экономии энергии, а также развитию новых и возобновляемых видов энергии;
- содействовать объединению энергетических сетей²⁵⁰.

В ЕС на настоящий момент нет единства мнений относительно того, какие меры может принимать ЕС для достижения указанных целей. Часть 2 ст. 176А гласит: «Без ущерба для применения иных положений договора, Европейский парламент и Совет, действуя в соответствии с установленной законодательной процедурой, принимает меры, необходимые для достижения целей, изложенных в пункте 1. Такие меры принимаются после консультаций с экономическим и социальным Комитетом и региональным Комитетом. Такие меры не затрагивают права государства-члена определять условия потребления своих энергетических ресурсов, выбирать между различными источниками энергии и общей структурой энергоснабжения». Т.к. определенного перечня возможных мер не существует, возможны злоупотребления со стороны ЕС, выраженные в излишнем вмешательстве во внутренние дела государства-члена. Выбор мер, применяемых союзом по отношению к государствам-членам, должен быть обоснован и осуществляться на основе принципа соразмерности (*principle of proportionality*). Принцип соразмерности включает три аспекта: целесообразность принимаемых мер; применение лишь минимально необходимых мер; применение ограничительных мер должно быть оправдано конечной целью.

2. Проблема имплементации норм ЕС государствами-членами.

Реализуя свое право на применение мер по обеспечению функционирования энергорынка, ЕС принял три энергопакета, нормы которых направлены на создание единого внутреннего энергорынка ЕС путем либерализации, реорганизации вертикально интегрированных компаний, ликвидации технологических и фискальных барьеров. Природа документов, входящих в Третий энергопакет, разнородна – если регламенты представляют собой прямого действия, то директивы требуют имплементации, при этом выбор форм и методов их практического внедрения оставлен на усмотрение государств. До начала либерализации практически во всех государствах-членах электроэнергетическая и газовая отрасли контролировались вертикально интегрированными монополиями, зачастую государственными. В то же время конституции государств-членов защищают право собственности как одно из основных право, присущих субъектам. Именно поэтому далеко не все государства-члены своевременно имплементировали нормы об обязательной реорганизации вертикально интегрированных монополий в национальный комплекс норм. Безусловно, Еврокомиссия способна применить меры административного принуждения, а именно инициировать разбирательство по устранению несоответствий национального законодательства законодательству ЕС (*infringement procedures*). Однако, следует учитывать, что вопрос о соотношении норм ЕС и национальных норм решается не однозначно. Так, в одном из дел, Суд Европейского союза выразил следующую

²⁵⁰ Treaty of Lisbon (2007/C 306/01).

позицию: основные права составляют неотъемлемую часть общих принципов права, соблюдение которых суд обеспечивает; при обеспечении этих прав Суд обязан руководствоваться конституционными обычаями государств-членов, поэтому не может поддерживать меры, несовместимые с основными правами, признанными и защищенными конституциями этих государств»²⁵¹.

3. Проблема применения долгосрочных контрактов на поставку энергии (в сфере электроэнергетики и газа).

Долгосрочные контракты на поставку энергии являются весьма востребованной формой взаимодействия между субъектами энергорынков стран-членов ЕС. В числе положительных моментов, характеризующие такие соглашения, отмечают бесперебойность поставок, возможность планировать долгосрочную инвестиционную деятельность в энергетическом секторе, невысокие финансовые риски. В то же время, в рамках такого соглашения поставщик и покупатель связаны долгосрочными обязательствами и не могут оперативно реагировать на изменения рыночной ситуации. Кроме того, заключение такого рода долгосрочных соглашений между крупными вертикально интегрированными компаниями создает ограничения конкуренции и препятствует входу на рынок других компаний.

Выше рассмотрен далеко не весь перечень проблем, с которыми столкнулось европейское сообщество на пути к созданию Европейского энергетического союза и единого внутреннего энергорынка. Текущая структура рынка позволяет сделать вывод, что полная рыночная интеграция не достигнута, многие барьеры продолжают существовать, следовательно, говорить о завершении формирования единого энергорынка ЕС преждевременно.

²⁵¹ Case 4/73 Nold KG v Commission [1975] ECR 985.

*Е.А. Королева, ст. преподаватель
кафедры социально-экономических
дисциплин и сервиса
СПбГУГА*

**Проблемы поддержки развития малого бизнеса в России:
правовые вопросы самозанятости**

В развитых странах поддержка некрупных предприятий считается стратегически важной для развития экономики задачей. Каждый год средства массовой информации рассказывают, что будет сделано в предстоящем году государством для облегчения жизни и развития предприятий малого и среднего бизнеса. Субъекты Российской Федерации разрабатывают региональные программы поддержки предпринимательства, создаются бизнес-инкубаторы и различные фонды стимулирования развития бизнеса. Это делается в том числе в рамках реализации Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, которая была утверждена Правительством Российской Федерации 17.11.2008 г. № 1662-р. Такого рода программы включают в себя развитие инфраструктуры поддержки новых предприятий, технопарков и промышленных парков, упрощение для малых предприятий доступа к покупке и аренде недвижимости, расширение системы микрокредитования, сокращение количества контрольных и надзорных мероприятий, проводимых в отношении малого бизнеса, снижение издержек бизнеса, связанных с этими мероприятиями, ужесточение санкций в отношении сотрудников контрольных и надзорных органов, допускающих нарушения порядка проведения проверок, признание недействительными результатов проверок в случае грубых нарушений при их проведении, значительное сокращение внепроцессуальных проверок со стороны правоохранительных органов. Все регионы имеют приоритетные направления развития, в которых осуществляется поддержка предпринимателям. Согласно Прогнозу долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2030 года, разработанного Минэкономразвития России, были определены следующие основные направления государственной поддержки малого бизнеса: повышение спроса на лизинг, путем приобретения отечественного оборудования; выделение средств субъектам Российской Федерации для обучения начинающих предпринимателей; выведение на официальное трудоустройство граждан, работающих в «теневом» бизнесе, установление упрощенного учета неработающих граждан, регистрация и обучение их в центрах занятости на занятие предпринимательской деятельностью; развитие женского предпринимательства. И вот последние два направления как раз представляют практический интерес с точки зрения развития предпринимательства в России.

По статистике Минэкономразвития 95% коммерческих организаций в Российской Федерации относятся к субъектам малого или среднего предпри-

нимательства²⁵². В России существует федеральный закон «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации». В данном законе четко определены основные принципы отнесения компании к данной категории: требования к организационной форме, среднесписочной численности сотрудников и максимальной выручке. Существует специальный реестр организаций и индивидуальных предпринимателей, относящихся к данной категории. Юридические лица малого и среднего бизнеса не могут обладать общей долей участия субъектов Российской Федерации, зарубежных фирм, религиозных, благотворительных общественных объединений свыше 25 процентов. А также, компаниями не могут владеть иные юридические лица, не являющиеся субъектами малого и среднего бизнеса в сумме выше 49%.

Особый интерес вызывает ответвление непосредственно малого и микробизнеса, для этого в законе указаны следующие критерии:

- численность сотрудников для предприятия микробизнеса – до 15 человек (включая самого индивидуального предпринимателя), для малого бизнеса – от 16 до 100 человек, среднего бизнеса – от 101 до 250 человек;
- предельный доход для микробизнеса – 120 миллионов рублей в год, малого бизнеса – до 800 миллионов рублей в год, среднего бизнеса – до 2 миллиардов рублей в год.

По данным Росстата на 2016 год в Российской Федерации численность занятых в индивидуальной предпринимательской деятельности составляет 5682,4 тысяч человек в качестве индивидуального предпринимателя, и по тем же данным 2523,5 тысяч фактически действующих индивидуальных предпринимателей на указанную дату²⁵³. Более того, по разным данным неофициальной статистики более 70% граждан, работающих «на себя» не зарегистрированы в качестве индивидуального предпринимателя и действуют нелегально.

Основными проблемами, стоящими на пути легализации теневого предпринимательства в России, являются в первую очередь затрудненный доступ к поддержке, субсидиям, кредитованию, новым технологиям. Так же административные меры со стороны государственных органов (высокие штрафы) за нарушение законодательства. Но главное – это несовершенство системы налогообложения индивидуальных предпринимателей. Если спросить любого мастера-надомника, например, в индустрии красоты, хотел бы он выйти из тени и давать официальную рекламу, не бояться звонка слишком бдительных соседей в соответствующие органы, большинство из них ответят согласием. А это как раз в большей части второе направление развития предпринимательства в России – женский бизнес. Но останавливает таких граждан как раз бумажная волокита и налоги.

Существует программа самозанятости, при которой трудоспособный гражданин встает на учет в службе занятости, и, если не удалось устроиться на

²⁵² См.: Вайпан В.А. Основы, проблемы и новые изменения в правовом регулировании деятельности субъектов малого и среднего предпринимательства // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2016. № 2.

²⁵³ См.: официальный сайт Росстата: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/enterprise/reform/#.

работу, ему предлагается выдача субсидии в размере пособия по безработице за год. Эта сумма должна быть потрачена на развитие бизнеса. Т.е. гражданину фактически предлагается стать предпринимателем за счет государства. Однако в этом случае придется отчитываться за каждую копейку, неизбежны постоянные инспекции и проверки. К тому же, тратить полученные от государства деньги можно будет только на приобретение основных средств, а также сырья и других материалов, а вот выплата заработной платы не входит в понятие целевой траты субсидии и поэтому невозможна. Помимо субсидии в размере выплат по пособию за год, существует и более солидная сумма, но для ее получения, требования еще жестче. Практика показывает, что получение субсидии не пользуется большим спросом.

В настоящее время появилась так долго многими ожидаемая возможность зарегистрированной самозанятости. Основная проблема существующей формы малого предпринимательства – индивидуального предпринимателя, уплата налогов вне зависимости от успешности осуществляемой предпринимательской деятельности. В этой части патентная система решает этот вопрос. Если патентообладатель ожидает отток прибыли в определенный период (например, мастер-надомник уходит в отпуск по уходу за ребенком), он может приостановить свою деятельность путем отказа от покупки патента. В будущем, когда мастер будет готов деятельность возобновить, он приобретает патент и работает дальше.

Однако, процесс получения патента также носит весьма противоречивый характер. Планируется введение поэтапной процедуры получения. То есть гражданин должен будет подать заявление в ФНС за десять дней до получения патента и заплатить при этом 100 рублей. Все эти «мелочи» еще дорабатываются, и многие граждане уже побаиваются того, что и получение патента на самозанятость станет такой же «тягомотиной», как и в случае открытия ИП. Все, что пока понятно и прозрачно в новом проекте – это стоимость патента. Ее легко можно рассчитать для любого вида деятельности при помощи специального калькулятора на сайте ФНС. Однако многих желающих останавливают обязательные отчисления в Пенсионный фонд, которые начисляются дополнительно сверх стоимости патента.

Так же приходится сомневаться в том, что все самозанятые граждане пойдут в ФНС. Дело в том, что в сельской местности, например, у таких граждан доход непостоянный и стоимость патента для них остается неподъемной. Им просто нет никакого смысла себя выводить из тени. У определенной категории граждан существует такой доход как написание научных работ на заказ. Эти люди не захотят афишировать свой труд, так как он априори нелегален.

Ну и, наконец, понятие «самозанятый гражданин» так и не определено в законодательной базе. То есть, по сути, его нет. Для того чтобы разобраться с нововведением, необходимо начать с самого начала и определить конкретно и четко, что же такое самозанятость, и какие физические лица к ней относить. Это должно быть прописано в законе. Всеобъемлющие и широкие формулировки слишком спорны и непонятны простому человеку. Также спорным вопросом остается разница между собственно индивидуальным предпринимате-

лем и самозанятым лицом, трудящимся по патенту. Все эти моменты должны быть зафиксированы и отражены на законодательном уровне. Пока разницу между этими двумя категориями можно лишь выяснить самостоятельно путем обычного сравнения. В остальном конкретных документов по этому вопросу пока нет.

Таким образом, патент на самозанятость – нововведение еще спорное, но оно имеет право на жизнь, так как решает множество государственных проблем и проблем законопослушных граждан, которые хотят работать легально, но в силу неосведомленности в налоговых вопросах боятся себя афишировать. Несомненно, это нужная и очень желанная система, потому что все больше людей учатся предпринимательскому делу (кто методом собственных ошибок, кто, получая дополнительно образование в этой области). И все большее количество новоиспеченных предпринимателей стремится сделать свой заработок законным в силу различных причин. Однако каким бы ни было благим намерение государства о введении патентной системы налогообложения, сам способ оформления еще недоработан. К тому же, недостаточная информированность населения о нововведении мешает его эффективному распространению.

*Ю.Б Шубников, д.ю.н., зав. кафедрой
гражданского права и гражданского процесса
РГПУ им. Герцена, профессор.*

Охрана банковской тайны при расчетах электронными денежными средствами в системе защиты информации

1. Всё большую роль в развитии современной экономики играют информационные технологии. Их развитие наряду с положительными последствиями порождает и целый ряд негативных последствий. К числу таких последствий можно отнести высокие риски в сфере безналичного оборота, основанного на использовании информационных технологий. При этом в п. 2 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – «Закон об информации») дано понятие информационных технологий. Отметим, что схожее понятие информационных технологий дано в п. 3.1.3 ГОСТ Р 52653-2006 «Информационно-коммуникационные технологии в образовании. Термины и определения». При этом отметим, что недостатком данного определения является отсутствие терминологического разграничения понятий процесса и метода, с одной стороны, и способов осуществления процесса и метода, с другой стороны. Кроме того, не отражено понятие новых информационных технологий, отличающихся от применяемых информационных технологий и имеющих важное значение в практической деятельности, связанной с использованием информации.

Представляется, что в данном случае следует говорить об особом значении применяемых способов организации труда субъектов, которые занимаются, например, хранением сбором, хранением, обработкой информации; техники взаимодействия таких субъектов с оборудованием в целях обработки информации и т.д.

2. Центральное место в современном безналичном обороте занимают электронные денежные средства (далее – «ЭДС»). В ст. 3 Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» указано определение понятия «электронные денежные средства». Они представляют собой денежные средства, которые предварительно предоставляются клиентом в адрес оператора по переводу электронных денежных средств. При этом последний учитывает информацию о размере предоставленных клиентом денежных средств без открытия счета клиенту в целях исполнения обязательств клиента перед третьими лицами или в отношении себя посредством использования электронных средств платежа.

В этой связи можно указать на то, что отдельные авторы в отличие от законодателя отрицают денежную природу ЭДС. Так Хрусталева А.В. утверждает, что ЭДС «следует рассматривать как отличный от денег объект гражданских прав в виде обязательственных прав требований лица, предоставившего деньги, в отношении оператора ЭДС»²⁵⁴.

²⁵⁴ Хрусталева А.В. Электронные денежные средства в Российской Федерации и Европейском союзе // Банковское право, 2016, № 3. СПС «Консультант Плюс».

Подобное утверждение весьма спорно, поскольку ЭДС, выступая, как и обычные деньги, инструментом имущественного оборота, реализуют все основные функции денег: мера стоимости, средство обращения, средства накопления мировых денег и средства платежа. Вместе с тем они не имеют бумажного (документального) воплощения и в этом близки к обычным безналичным деньгам и бездокументарным ценным бумагам. Последние используются в хозяйственном обороте посредством обозначения присущих им родовых свойств и функций в виде записи в платёжных, бухгалтерских и финансовых документах или в виде физических характеристик на электронных носителях. ЭДС представляют собой новый этап в развитии денег как универсального инструмента осуществления оборота (обмена) различными благами в общественной практике.

3. Как показывает зарубежный и отечественный опыт, использование ЭДС порождает значительные риски для реализации прав и интересов владельцев ЭДС, прежде всего, посредством противоправной деятельности, связанной с использованием конфиденциальной информации необходимой для осуществления перевода ЭДС. При этом под конфиденциальностью информации по п. 7 ст. 7 понимается правовой режим информации, согласно которому в отношении такой информации устанавливается ограниченный доступ субъектов – получатель информации обязан не передавать такую информацию третьим лицам без согласия ее обладателя за исключением случаев, предусмотренных законом.

В этой связи стоит задача обеспечения защиты информации в соответствии со ст. 16 Закона об информации посредством реализации правовых, организационных и технических мер. Реализация данных мер предполагает наряду с прочими правовыми институтами использование и института тайны. Рассмотрение современного российского законодательства, направленного на регулирование отношений по сохранению тайны, позволяет говорить о достаточно чётком его структурировании. В зависимости от сфер общественной практики, где применяется данный режим, законодатель выделяет в качестве основных разновидностей коммерческую, служебную и государственную тайны.

В п. 1 и п. 2 ст. 3 Федерального закона от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (далее – «Закон о коммерческой тайне») определено понятие коммерческой тайны, а в ст. 2 Закона РФ от 21.07.1993 № 5485-1 «О государственной тайне» – понятие государственной тайны. Согласно проекту федерального закона «О служебной тайне» сведения, составляющие служебную тайну (служебная тайна), представляют собой конфиденциальные сведения, которые возникают в ходе «управленческой деятельности органа или организации», в том числе получены в соответствии с их компетенцией, распространение которых препятствует реализации соответствующим субъектом предоставленных ему полномочий или иным образом отрицательно сказывается на их реализации²⁵⁵.

Несмотря на имеющиеся различия в определениях данных видов тайны, можно в целом указать, что тайна представляет собой сознательно скрываемую

²⁵⁵ Проект Федерального закона № 124871-4 «О служебной тайне» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 24.12.2004).

субъектом общественной практики от третьих лиц информацию о различных аспектах его деятельности в целях её оптимизации и защиты от внешних угроз. Основная цель применяемого правового института тайны – защита определенной категории сведений, обеспечение их недоступности для третьих лиц. Данные действия позволяют защитить субъекта, которого касаются такие конфиденциальные сведения, обеспечить защиту его интересов, которые нередко имеют значительные экономические, социальные или культурные последствия.

4. Вышесказанное позволяет говорить о том, что банковская тайна является разновидностью коммерческой тайны, что подтверждается и в п. 1 ст. 3 Закона о коммерческой тайне. Важно, что режим коммерческой тайны позволяет обладателю такой информации, прежде всего, увеличить прибыль, получить иные преференции, например, в области деловой репутации.

Банковская тайна также, как и коммерческая тайна, представляет собой скрытую информации о банковских операциях и также, как и коммерческая тайна, является одним из элементов организации и осуществления коммерческой (предпринимательской) деятельности в кредитно-финансовой сфере.

5. Представляется, что коммерческая тайна и банковская тайна соотносятся между собой как родовое и видовое понятия. В этой связи представляется возможным выделить отдельные видовые признаки понятия банковской тайны.

Коммерческая тайна может в себя включать сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, сведения о способах осуществления профессиональной деятельности. Банковская тайна включает в себя исключительно информацию о банковском счете, банковском вкладе, операциям по счету, сведения о клиенте и т.д. Как верно указывает Е.В. Фаткина²⁵⁶, положения ст. 26 Закона о банках распространяются на сведения об остатках электронных денежных средств клиентов кредитных организаций и сведения о переводах электронных денежных средств кредитными организациями по распоряжению их клиентов.

Кроме того, коммерческая тайна устанавливается органом хозяйствующего субъекта, а банковская тайна – законом.

При этом И.А. Цинделиани²⁵⁷ определяет следующие критерии различия понятий банковской и коммерческой тайны:

- «в субъектном составе лиц, устанавливающих содержание и объем соответствующей тайны: банковская тайна установлена законом, коммерческая тайна устанавливается руководителем организации»;
- «в субъектном составе лиц, являющихся собственниками сведений, составляющих соответствующую тайну: в отношении банковской тайны – собственник-клиент, в отношении коммерческой тайны – собственник-клиент»;

²⁵⁶ Фаткина Е.В. Правовая охрана банковской тайны в условиях развития законодательства о национальной платежной системе // Банковское право, 2015, № 5. СПС «Консультант Плюс».

²⁵⁷ Банковское право: Учебник для бакалавров // под ред. И.А. Цинделиани. Российский государственный университет правосудия, 2016. СПС «Консультант Плюс».

- «режим тайны – в отношении банковской тайны – соблюдение режима банковской тайны – обязанность всех служащих кредитной организации; в отношении коммерческой тайны – установление режима коммерческой тайны не обязанность, а право руководителя кредитной организации, которым он может и не воспользоваться».

И.А. Яковлева²⁵⁸ указывает, что правовые режимы банковской и коммерческой тайны отличаются по видам договоров, которые могут быть заключены хозяйствующими субъектами – в отношении коммерческой тайны заключаются, например, договор о передаче информации, составляющей коммерческую тайну, договор об отчуждении исключительного права на секрет производства, лицензионный договор, а банковская тайна не может быть предметом гражданско-правового договора, а может быть передана по договорам об отчуждении права (уступка требования)²⁵⁹.

Обратим внимание на то факт, что отнесение банковской тайны к коммерческой позволяет определить порядок защиты (принятие мер защиты) банковской тайны. Так в п. 1 ст. 10 Закона о коммерческой тайне определены конкретные необходимые меры по охране конфиденциальности информации, принимаемые ее обладателем. Согласно п. 2 ст. 10 Закона о коммерческой тайне режим коммерческой тайны установлен с принятия обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, соответствующих мер.

6. Переводы ЭДС представляют собой банковскую операцию в соответствии со ст. 5 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее – «Закон о банках»), что поддерживается в доктрине²⁶⁰. Однако если операция совершена не по распоряжению клиента, а по требованию органа власти в пределах его полномочий или по инициативе оператора по переводу ЭДС, то сведения о такой операции не являются банковской тайной.

Операторы по переводу электронных денежных средства согласно п. 1 ст. 26 Закона о банках обязаны хранить сведения, составляющие банковскую тайну, не разглашая их. При этом буквальное толкование данного пункта позволяет прийти к выводу о наличии правового пробела, выразившегося в исчерпывающем перечне субъектов, обязанных охранять банковскую тайну.

В частности, в соответствии с п. 4, п. 4, п. 5 ст. 26 Закона о банках справки по операциям и счетам юридических лиц и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, выдаются кредитной организацией им самим, судам и арбитражным судам (судьям),

²⁵⁸ Яковлева И.А. Некоторые проблемы определения предмета банковской тайны в предпринимательской деятельности // Актуальные проблемы российского права, 2013, № 10. СПС «Консультант Плюс».

²⁵⁹ Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 14.06.2012 № 06АП-2030/2012; Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 20.09.2012 № Ф03-4238/2012

²⁶⁰ Иванов В.Ю. Договор о расчетах электронными денежными средствами в аспекте требований Закона о национальной платежной системе // Банковское право, 2013, № 4. СПС «Консультант Плюс».

Счетной палате Российской Федерации, налоговым органам, Пенсионному фонду Российской Федерации, Фонду социального страхования Российской Федерации и органам принудительного исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц в случаях, предусмотренных законодательными актами об их деятельности, а при наличии согласия руководителя следственного органа – органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

При этом не составляет банковской тайны факт наличия у определенного лица электронного средства платежа в сервисе оператора по переводу ЭДС или принадлежности конкретных электронных средств платежа определенному лицу, дата создания электронного средства платежа, используемые клиентом при переводе ЭДС операционные системы, дата и способ идентификации клиента.

7. Обобщая всё вышесказанное, можно сделать вывод о том, что охрана банковской тайны при расчёте ЭДС представляет собой один из составляющих элементов охраны банковской тайны. Это, во-первых, вытекает из п. 9 ч. 1 ст. 5 Закона о банках, в соответствии с которым переводы ЭДС представляют собой банковскую операцию. Во-вторых, на это указывает ст. 26 Закона о банках, где сказано, что «кредитная организация, Банк России, организация, осуществляющая функции по обязательному страхованию вкладов, гарантируют тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов».

РАЗДЕЛ V

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ «УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС»

*Арзамасцев М.В., канд. юрид. наук,
доцент кафедры уголовного права СПбГУ*

К вопросу о признании Конституции формальным источником уголовного права

В современных уголовно-правовых исследованиях активизировалась дискуссия о монистичности либо плюралистичности формальных источников уголовного права, пока не выработавшая единую (или хотя бы господствующую точку зрения), вследствие чего признается отсутствие концепции таких источников²⁶¹.

Сторонники строгого, монистического подхода, опираясь на ч. 1 ст. 1 УК РФ (которая подчеркивает эксклюзивность самого Кодекса как охватывающего всю систему уголовного законодательства), относят лишь уголовный закон к источникам уголовного права²⁶². Эта точка зрения, хотя ее можно считать традиционной, в настоящее время не является господствующей в науке уголовного права.

Все большее число сторонников приобретают промежуточные теории, признающие, что УК РФ является основным уголовным законом²⁶³, что предполагает наличие и иных источников – «вторичных или производных от уголовного закона»²⁶⁴. Эта идея показана А.И. Бойцовым через признание эксклюзивности УК РФ как единственного формального источника уголовного права, как ядра уголовного законодательства, к которому примыкают другие акты, вместе с тем являющиеся самостоятельными элементами системы уголовного

²⁶¹ Ображиев К.В. Формальные (юридические) источники российского уголовного права: Монография. М., 2010. С. 3–4; Уголовное право. Общая часть. Преступление. Академический курс. В 10 т. Т. II. Система, источники и структура уголовного права. Принципы уголовного права / под ред. Н.А. Лопашенко. М., 2016. С. 107 – 149 (автор главы – А.И.Бойко); Коробеев А.И. Уголовно-правовая политика современной России: проблемы пенализации и депенализации // Закон. 2015. № 8. С. 46–59; и др.

²⁶² Уголовное право России. Общая часть : учебник / под ред. И.Э. Звечаровского. М., 2010. С. 39. (автор главы И.Э. Звечаровский); Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. А.И. Коробеева. Т.1. Преступление и наказание. СПб., 2008. С. 195 (автор главы И.Я. Козаченко).

²⁶³ См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. В двух томах. Т. 1. Общая часть. М.: Юрид. лит., 2004. С. 56.

²⁶⁴ Никулина В. Анализ источников уголовного права постсоциалистических стран в свете других правовых систем мира // Закон и действительность. 2005. № 1. С. 41.

законодательства (в частности, акты, санкционирующие уголовный закон, вводящие его в действие, дополняющие и изменяющие его, а также дающие аутентическое толкование).²⁶⁵ В таком понимании круг источников уголовного права расширяется за счет актов, выполняющих дополнительную, вспомогательную роль по отношению к кодифицированному уголовному закону (по сути – не действующих без него). Соответственно, множественность источников уголовного права в этих теориях носит относительный (и достаточно условный) характер.

Плюралистические теории источников уголовного права строятся на других идеях.

В частности, М.Д. Шаргородский выделял два вида источников уголовного права: первые, не создающие новых составов преступлений (в этом отношении не отличающиеся от источников других отраслей права), и вторые, предусматривающие такие составы (их М.Д. Шаргородский определял как нормы уголовного права в узком смысле этого слова)²⁶⁶.

В настоящее время эту идею продолжают развивать многие авторы. Так, О.Н. Бибикиным предложено различать в системе уголовного законодательства собственно уголовные законы (предусматривающие уголовную ответственность и подлежащие обязательной кодификации) и иные законы, регулирующие уголовно-правовые отношения²⁶⁷.

Анализ с такой точки зрения ч. 1 ст. 1 УК РФ сразу обращает внимание, что она требует обязательной кодификации лишь таких новых законов, которые предусматривают, вводят уголовную ответственность, являются источниками запретов и последствий их нарушения. Из этого следует, что положения, исключающие такую ответственность, могут содержаться и в иных нормативных правовых актах. Например, причинение вреда вследствие применения оружия, специальных средств, боевой и специальной техники или физической силы в соответствии с требованиями законов, уставов, положений и иных нормативных правовых актов, предусматривающих основания и порядок такого применения этих мер принуждения, не влечет уголовной ответственности (пункт 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2012 года № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление»²⁶⁸). Очевидно, что такие нормативные правовые акты понимаются в этом разъяснении как формальные источники уголовного права, поскольку правоприменители, отказывая в возбуждении или прекращая уголовное дело, постановляя оправдательный приговор, должны в мотивировочной части своего решения сослаться на них, объяснив тем самым неприменение норм УК РФ о причинении соответствующего вреда.

²⁶⁵ Уголовное право России : Общая часть : Учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб., 2006. С. 221-222 (автор главы – А.И. Бойцов).

²⁶⁶ Шаргородский М.Д. Избранные работы по уголовному праву. СПб., 2003. С. 125.

²⁶⁷ Библик О.Н. Источники уголовного права Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2005. С. 85.

²⁶⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 11.

В целом, идея множественности источников уголовного права объясняется прагматическими соображениями достаточно часто. При этом авторы предлагают не абсолютизировать отраслевую принадлежность правового акта²⁶⁹.

В связи с этим отдельного внимания вопрос о возможности признания Конституции источником уголовного права.

Сущностным признаком источника уголовного права обычно считают наличие в правовом акте уголовно-правовой нормы²⁷⁰, или хотя бы определенного ее элемента такой нормы²⁷¹. В первом приближении представляется, что в конституционных положениях не содержится полного текста какой-либо уголовно-правовой нормы.

Если же применить классификацию норм уголовного права, предложенную В.Д. Филимоновым (которым выделены нормы, осуществляющие правовое регулирование в отношении поведения граждан и (или) деятельности государственных органов: непосредственно и опосредованно – через использование других правовых норм, причем эта группа норм может иметь предмет своего регулирования не только поведение граждан и деятельность правоохранительных органов, но и законотворческую деятельность)²⁷², то окажется, что положения Конституции, которая представляет собой «формализованный общественный договор о принципах государственного и общественного устройства»²⁷³, совпадают в этом смысле по предмету регулирования со второй группой норм уголовного права. Вместе с тем, это не означает их совпадение по характеру регулирования.

И в этом отношении возможны различные решения относительно признания Конституции источником уголовного права.

В настоящее же время чаще признается универсальное значение Конституции. По оценке А.Н.Кокотова, многие конституционные нормы определяют содержание отдельных отраслей права, что означает их одновременную принадлежность и конституционному праву, и соответствующим отраслям. Конституционные же нормы действуют вместе с нормами отраслевого законодательства, а при необходимости и вместо них (при их отсутствии или неконституционности). Вместе с тем, конституционные нормы не способны служить нормативной основой применения мер уголовной, административной, гражданской ответственности²⁷⁴.

Иной, но все же не противоположный, вывод делает Н.С.Бондарь, который отмечает, что конституционное право является отраслью публично-

²⁶⁹ Ображиев К.В. Формальные (юридические) источники российского уголовного права: Монография. М., 2010. С. 44.

²⁷⁰ Сохиян А.С. Виды источников уголовного права Украины // *International Scientific and Practical Conference World science*. 2017. Т. 5. № 4 (20). С. 23–27.

²⁷¹ Бибик О.Н. Указ. соч. С. 6.

²⁷² Филимонов В.Д. Норма уголовного права. СПб., 2004. С. 15 – 16.

²⁷³ Зорькин В.Д. Цивилизация права и развитие России: монография. М., 2016. С. 205.

²⁷⁴ Конституционное право России: учебник для бакалавров / отв. ред. А.Н. Кокотов, М.С. Саликов. М., 2014. С. 18–20 (автор главы – А.Н. Кокотов).

частного права²⁷⁵, указывает, что Конституция является универсальным правовым актом, основополагающим источником как для отраслей публичного, так и частного права. В условиях конституционализации правовой жизни нельзя разграничивать конституционное право от других отраслей «по горизонтали» (в зависимости от сферы общественных отношений). Ценностное назначение конституционного права проявляется в том, что это ядро всей правовой системы и каждой отрасли в отдельности. Далее Н.С.Бондарь схематично обозначает это ядро как двухуровневое: первичный уровень («малое» конституционное ядро) – сфера исключительного правового регулирования конституционного права; второй, внешний уровень («большое» конституционное ядро) – сфера совместного с другими отраслями конституционного регулирования²⁷⁶.

Применительно к советскому периоду, когда конституции не были актами прямого действия, в уголовно-правовой науке распространенной была позиция, что конституционные нормы, являющиеся юридической основой уголовных законов, сами не могут быть отнесены к таковым²⁷⁷. В этом подходе исключается признание Конституции формальным источником уголовного права. И федеральный законодатель, принимая УК РФ, отметил роль Конституции не как формального источника (что требовало бы указания в ч. 1 ст. 1 уголовного закона), а как основу этого Кодекса (ч. 2 ст. 1). Тем самым сохраняется внешнее, по отношению к уголовному праву, действие Конституции, которая является основой конституционализации всех отраслей права, включая уголовное.

Другой подход в уголовно-правовой науке базируется на идее о том, что уголовно-правовые положения, не связанные с установлением уголовной ответственности, могут быть выражены в Конституции РФ²⁷⁸. В частности, отдельные положения Конституции (чаще всего ч. 2 ст. 20 и ч. 1 ст. 50, реже – ч. 2 ст. 63 и др.), признаются уголовно-правовыми по содержанию (хотя и конституционными по форме своего выражения)²⁷⁹ либо имеющими двойственную природу²⁸⁰.

Даже краткий анализ показывает, что ст. 20 сама по себе не устанавливает наказуемость особо тяжких преступлений против жизни, ни тем более – каких-либо их признаков. Не регулирует она непосредственно и уголовно-правовые отношения. Она адресована законодателю, очерчивая максимальный предел уголовно-правового принуждения в виде смертной казни, а также косвенно указывая на необходимость категоризации преступлений (выделение категории

²⁷⁵ Бондарь Н.С. Судебный конституционализм: доктрина и практика : монография. М., 2016. С. 281.

²⁷⁶ Бондарь Н.С. Акты конституционного правосудия как межотраслевой источник практической юриспруденции // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. 2014. № 1 (1). С. 10–12.

²⁷⁷ Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. М., 1967. С. 26.

²⁷⁸ Жук М.С. Форма выражения института права // Общество и право. 2010. № 1. С. 143.

²⁷⁹ Ображиев К.В. Уголовно-правовое значение Конституции России // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 222.

²⁸⁰ Плаксина Т.А. Конституция Российской Федерации как формальный источник отечественного уголовного права: спорные вопросы // Юристъ-Правоведъ. 2017. № 1. С. 51.

особо тяжких, а во взаимосвязи с ч. 1 ст. 93 Конституции – и тяжких преступлений) и задавая приоритет в уголовно-правовой охране жизни, по сравнению с другими объектами.

Хотя ч. 1 ст. 50 Конституции РФ устанавливает запрет повторного осуждения за одно и то же преступление, но этот запрет – либо в рамках категории публично-правовой ответственности, используемой Конституционным Судом РФ²⁸¹, либо на основании разработанной Европейским Судом по правам человека конструкции «уголовно-правовой сферы» (англ. “*criminal matter*”)²⁸² – одновременно исключает и возможность применения административного и уголовного наказаний за одно и то же деяние.

Еще меньше оснований считать собственно уголовно-правовой нормой положение ч. 2 ст. 63 Конституции РФ, поскольку оно закрепляет конституционные гарантии невыдачи лица другому государству, а также определяет дискреционные полномочия по принятию федерального закона или заключению международного договора по вопросам выдачи обвиняемых, а также передачи осужденных. Даже если признать уголовно-правовую (а не межотраслевую) природу экстрадиции, то ч. 2 ст. 63 Конституции РФ не определяет содержание этого института; она предназначена не для регулирования этих отношений, а для закрепления общего основания выдачи – совершение действия (бездействия), признаваемого преступлением в российском законодательстве, а также установления случаев, при которых соответствующие правовые акты (федеральные законы или международные договоры) не могут предусматривать выдачу лиц другим государствам. Таким образом, анализируемое конституционное положение, определяет не внутреннее содержание уголовно-правовой нормы, а ее внешние границы, за которые не могут выходить дискреционные полномочия субъектов принятия федеральных законов или заключения международных договоров.

Сходным образом, определен внешний предел допустимого наказания (причем без конкретизации его как собственного уголовного) и в ч. 2 ст. 21 Конституции РФ.

Соответственно, положения ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 21, ч. 1 ст. 50, ч. 2 ст. 63 Конституции РФ нельзя считать содержащими уголовно-правовые нормы или элементы такой нормы, они, оставаясь конституционными по своей правовой природе, сохраняют свое внешнее значение для уголовного права, закрепляя отдельные из его конституционных основ.

Между тем, даже указание В.П. Коняхина, что для правоприменительного органа Конституция является формальным источником уголовного права при коллизии конституционных и уголовно-правовых предписаний или в редких случаях допустимого восполнения пробелов²⁸³, не означает изменение правовой природы имеющих высшую юридическую силу конституционных положений.

²⁸¹ Постановление КС РФ от 14 июля 2015 г. № 20-П // Собрание законодательства РФ. 2015. № 30. Ст. 4657.

²⁸² Постановление ЕСПЧ от 8 июня 1976 г. «Энгель (Engel) и другие против Нидерландов» // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М.: Норма, 2000. С. 103–137.

²⁸³ Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. СПб., 2002. С. 84–88.

Более того, правоприменитель при рассмотрении уголовного дела не может самостоятельно разрешить коллизию между конституционными и уголовно-правовыми нормами²⁸⁴, а потому не вправе и разрешить материально-правовой вопрос по уголовному делу исключительно на основании норм Конституции РФ.

Подводя итоги, следует указать, что положения Конституции РФ имеют внешнее значение по отношению к уголовному праву, они сами по себе не могут определять преступность или наказуемость деяний. Для деятельности законодателя они задают параметры его дискреции, а в правоприменении могут лишь исключать, блокировать действие уголовно-правовых норм в силу их неконституционности, признанной КС РФ. При этом правовая природа и отраслевая принадлежность норм Конституции остается прежней, что не позволяет считать ее формальным источником норм уголовного права или их элементов.

Конституция закрепляет не эти нормы, а конституционные основы уголовного права. Предварительно же необходимо отнести к находящимся в «большом» конституционном ядре (по терминологии Н.С.Бондаря) основам уголовного права следующие вопросы: конституционную легитимацию уголовно-правового принуждения и его пределы; концептуальные начала уголовного права и конституционные требования к уголовному закону, его действие в системе правового регулирования (взаимосвязь с другими отраслями права и разрешение межотраслевых коллизий, в том числе в сфере публично-правовой ответственности); конституционные основания уголовно-правовых запретов и институтов Общей части; конституционную аксиологию уголовного права.

²⁸⁴ Этот вывод вытекает из правовой позиции КС РФ о том, что выявление неконституционных законоположений и их исключение из числа действующих правовых норм может являться только совокупным результатом взаимодействия судов различных видов юрисдикции с учетом разграничения их компетенции, предполагающего, с одной стороны, реализацию судом общей юрисдикции правомочия поставить вопрос о конституционности соответствующих норм перед КС РФ, а с другой – обязанность КС РФ окончательно разрешить этот вопрос (Постановление КС РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П // Собрание законодательства РФ. 2013. № 50. Ст. 6670).

*Е.В. Буряковская, адъюнкт
кафедры уголовного права
Санкт – Петербургского университета
МВД России*

Жизни как непосредственный объект доведения до самоубийства

В последние несколько лет в средствах массовой телекоммуникации неоднократно поднимался вопрос, вызывающий острое общественное порицание, о совершении преступных посягательств, предпринятых в отношении жизни и здоровья малолетних детей и несовершеннолетних подростков посредством сети Интернет, в частности, через социальную сеть «ВКонтакте».

В 2017 году в Уголовный кодекс РФ были внесены изменения и дополнения в части установления дополнительных механизмов противодействия деятельности, направленной на побуждение детей к суицидальному поведению: ст. 110 УК РФ дополнена квалифицирующими признаками, введение в УК РФ ст. 110¹ и 110² позволяет утверждать, что не только преступность приобретает все более «изощренные» формы и способы своего негативного воздействия на охраняемые Законом общественные отношения, но и законодатель стремиться отреагировать, пускай не всегда так скоро, как требуют того обстоятельства, однако соразмерно и адекватно возникшей угрозе.

Объект преступления выступает первичным элементом состава преступления по причине того, что именно на него осуществляется противоправное, преступное воздействие, стремящееся нарушить незыблемость и целостность охраняемых уголовным законом прав, свобод, социальных интересов и безопасности.

Родовым объектом доведения до самоубийства или до покушения на самоубийство, в соответствии с Разделом VII УК РФ, выступает личность. Ряд ученых в своих работах указывают на то, что понятия «человек» и «личность» не тождественны: как личность признается только тот субъект, который способен самостоятельно распоряжаться теми правами и свободами, которыми наделен от рождения и которые приобретаются по достижению определенного возраста, а также который способен в полном объеме исполнять возложенные на него обязанности²⁸⁵. Видовым объектом выступают общественные отношения, объединенные по видовому признаку и содержащиеся в главах УК РФ, исходя из указанного, видовым объектом доведения до самоубийства или до покушения на самоубийство выступают общественные отношения в сфере обеспечения сохранности жизни и здоровья.

В теории уголовного права имеются различные точки зрения по определению непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 110 УК РФ.

²⁸⁵Красиков А. Н. Уголовно-правовая охрана прав и свобод человека в России. Саратов, 1996. С. 5; Матузов Н. И. Личность. Права. Демократия: теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972. С. 69.

В.Б. Малинин, Э.Ф. Побегайло и другие ученые²⁸⁶ отмечают, что преступление, предусмотренное ст. 110 УК РФ, по причине значительной степени общественной опасности и «исключительной безнравственностью, коварством, циничным отношением к достоинству и душевному состоянию другого человека», посягает на общественные отношения, которые обеспечивают безопасность жизни. Такое утверждение представляется достаточно обоснованным, однако стоит отметить, что латентность доведения до самоубийства находится на достаточно устойчивом и высоком уровне, что само по себе не всегда позволяет срабатывать на предупреждение совершения такого преступления, как и предусмотреть профилактические меры, которые позволят не только повысить раскрываемость данного вида преступлений, но и сократить количество таких преступных деяний, которых по предположению автора совершается гораздо больше, чем представлено в статистических сведениях. Посягательства на общественные отношения, обеспечивающие безопасность жизни, приобретают чуть «выцветший» характер если их сравнивать с преступным воздействием оказываемом на саму жизнь, ввиду того, что такого рода общественные отношения могут быть достаточно слабо выражены или полностью отсутствовать.

Д.И. Эльмурзаев²⁸⁷, В.Ш. Аюпов²⁸⁸ считают, что непосредственным объектом исследуемого преступления выступает право на жизнь. Данное мнение сложилось на основании того, что посягательство на жизнь индивида осуществляется не насильственным способом предпринятым виновным лицом в отношении своей жертвы, а самим потерпевшим, который распоряжается своим правом на жизнь по своему волеизъявлению и усмотрению. В целом, такая научная позиция вполне оправдана. Как отмечалось ранее, доведение до самоубийства или до покушения на самоубийства достаточно сложно доказуемы из-за высокой степени латентности. Факт совершения насильственного физического воздействия, который осуществляется самим потерпевшим в отношении себя самого, не всегда позволяет усмотреть преступное влияние, которое оказывается на потерпевшего другим лицом, в результате которого в дальнейшем и совершается самоубийство.

На основании указанного, а также принимая во внимание то, что преступление (осуществление воздействия) и стремление прервать свою жизнь исходит и предпринимается самим потерпевшим, общественные отношения, обеспечивающие безопасность жизни, а также право на жизнь, не следует принимать за непосредственный объект в доведении до самоубийства по причине того, что вред потерпевшему причиняется посредством угроз, жестокого обра-

²⁸⁶ Энциклопедия уголовного права. Т. 13. Преступления против жизни и здоровья. Издание профессора Малинина. СПб, 2013. С.668; Особенная часть Уголовного кодекса Российской Федерации: комментарий, судебная практика, статистика / Под общ. ред. Председателя Верховного Суда РФ В.М. Лебедева; отв. ред. А.В. Галахова. М.: Издательский дом «Городец», 2009. С. 40.

²⁸⁷ Эльмурзаев Д.Н. уголовная ответственность за доведение до самоубийства: дис. ... канд. юрид. наук 12.00.08. М., 2004. С. 79.

²⁸⁸ Аюпов В. Ш. К вопросу об объекте доведения до самоубийства // Вестник томского государственного университета. 2012. № 363. С. 123.

щения или систематического унижения человеческого достоинства, и такое воздействие не предполагает совершение суицида как безусловной реакции на такие проявления, каждый человек индивидуален, уровень психологической устойчивости, сопротивление стрессовым ситуациям и стремление к преодолению конфликтных ситуаций у всех различно.

Рассматривая ст. 110 УК РФ, необходимо остановиться также на дополнительных объектах преступного посягательства.

Диспозиция ст. 110 УК РФ указывает на наличие дополнительных объектов посягательства, которые располагаются по «горизонтали» на уровне непосредственного объекта.

Дополнительными объектами в доведении до самоубийства выступают честь, достоинство и здоровье потерпевшего²⁸⁹, т.е. такие общественные отношения, которые сами по себе охраняются уголовным законом. Такие дополнительные объекты охраняются «попутно», по причине того, что при посягательстве на основной объект этим отношениям неминуемо причиняется ущерб²⁹⁰.

Здоровье, выступающее как дополнительный объект доведения до самоубийства, в данном случае должно рассматриваться как совокупность физиологических и психологических особенностей человека, целостность и нормальное функционирование которых нарушается при негативном воздействии оказываемом, виновным лицом, на потерпевшего.

«Достоинство – вещь неосязаемая. Но без него не дано подняться ни человеку, ни нации, ни государству. Без достоинства нет своего мерила происходящего, своей собственной оценки окружающего мира, явлений и процессов, происходящих в нем.» ... «Понимание достоинства исходит из абсолютной ценности каждого человека, вне зависимости от того, какое положение он занимает и какую непосредственную пользу он приносит»²⁹¹. Утрата личностью осознания своей ценности, занижение самооценки приводит к возникновению психологической неустойчивости, повышенной восприимчивости и неспособности противостоять негативным воздействиям, оказываемым другими лицами, что взаимосвязано с возникновением деструктивных поведенческих особенностей у лица, подвергшегося такому воздействию.

В подтверждение данной точки зрения необходимо обратиться к судебной практике.

Приговором О-го городского суда С-кой области, гражданка И. осуждена по ст. 110 УК РФ. Из приговора следует, что И., проживая совместно со своей несовершеннолетней дочерью А., на постоянной основе злоупотребляла спиртными напитками, вела аморальный образ жизни, унижала и оскорбляла свою

²⁸⁹ Уколова Ю.А. Проблемы квалификации доведения до самоубийства как преступного деяния: дис. ... канд. юрид. наук 12.00.08. М., 2008. С. 69.

²⁹⁰ Семернева Н.К. Квалификация преступлений (части Общая и Особенная): научно-практическое пособие. М.: Проспект; Екатеринбург: Издательский дом «Уральская государственная юридическая академия», 2017. С. 39.

²⁹¹ Спицнадель В.Н. Достоинство человека как величайшая ценность воспитания (честь и достоинство Личности – выше материальных благ) // Ученые записки Международного банковского института. 2011. № 3. С. 130.

дочь перед сверстниками и соседями, тем самым причиняя сильные душевные переживания и моральные страдания, кроме того, находясь в состоянии алкогольного опьянения оказывала психическое насилие выраженное в оскорблениях унижающих человеческое достоинство своей несовершеннолетней дочери в течение длительного периода времени. Несовершеннолетняя А. проходила реабилитацию в социально-реабилитационном центре для несовершеннолетних, однако, после возвращения домой, психотравмирующая ситуация не была окончена по причине ежедневного распития спиртных напитков матерью И. Постепенное накопление отрицательных эмоций, отсутствие, по мнению А., альтернативы, а также невозможность противостоять сложившейся психотравмирующей ситуации, возникновение устойчивого желания избежать систематического унижения человеческого достоинства, в совокупности послужили толчком к принятию решения о совершении самоубийства, и его реализации. Несовершеннолетняя А. причинила себе смерть через повешенье²⁹².

Таким образом, принимая во внимание изложенное, автор приходит к следующим выводам: непосредственным объектом преступного деяния, предусмотренного ст. 110 УК РФ, выступает жизнь человека по той причине, что решение об окончании жизни исходит от самого потерпевшего, однако возникает оно после негативного воздействия оказываемого на его честь, достоинство и здоровье.

²⁹² Приговор Охинского городского суда Сахалинской области по делу № 1-121/2015 года [Электронный ресурс] // РосПравосудие. Режим доступа <https://rospravosudie.com/> (дата обращения 10.02.2018).

*Быстрова Н.С., соискатель кафедры криминалистики,
заместитель начальника Межмуниципальный отдел МВД России
на особо важных и режимных объектах
г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области,*

**Особенности обстоятельств, подлежащих доказыванию
при расследовании незаконной банковской деятельности,
осуществляемой путем обналичивания и (или) транзитирования**

В целях изучения обстоятельств, которые подлежат доказыванию при расследовании незаконной банковской деятельности, необходимо определить, что на сегодняшнем этапе развития законотворческой деятельности обозначают понятием «банковская деятельность», и какие особенности есть при доказывании обстоятельств именно в этой сфере.

Сочетание терминов «банковская деятельность» применяется в целом ряде законов, таких как Закон о банках (ст. 2 и 3), Закон о Банке России (ст. 77), УК РФ (ст. 172 и 173), Законе РСФСР от 4 июля 1991 г. «Об иностранных инвестициях» в ред. от 10 февраля 1999 г. (ст. 20), Федеральном законе от 14 июля 1995 г. «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации» (ч. 3 ст. 8), Федеральном законе от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах» в ред. от 13 июня 1996 г. (ст. 1), Федеральном законе от 10 июля 1996 г. «О порядке внесения, рассмотрения и принятия Федерального закона «О федеральном бюджете на 1997 год» (ст. 13) и некоторых других. То есть мы можем говорить о том, что существует целый ряд правовых отраслей, где это понятие применяется, однако четкого определения его до сих пор не прописано ни в одном нормативно-правовом акте. «Банковская деятельность» – это достаточно комплексное понятие из-за принадлежности к разным банковским категориям, отсюда вытекают определенные сложности для дефиниции данного словосочетания с точки зрения создания законных актов, то есть на законодательном уровне.

Отсутствие единообразно признаваемого определения банковской деятельности тормозит законотворческую работу в целом, так как не позволяет четко прописать все необходимые элементы нормативного акта. И кроме того, необходимо не только обозначить и прописать это понятие, но и отделить его от некоторых смежных терминов, чтобы не возникало двоякости в прочтении того или иного закона.

Для выведения обобщенного определения, которое можно было бы в дальнейшем использовать при создании нормативно-правовых актов, необходимо рассмотреть соотносимые с этим понятием термины, не совпадающие с ним по смысловому объему и наполнению. При таком сравнении появляется возможность создать единое понятие для различных банковских категорий, где оно употребляется.

Смежными понятиями к банковскому делу можно считать следующие: «банковское дело» (ст. 21 Закона о Банке России); «банковские услуги» (ст. 30 Закона о банках); «банковская сфера» (ст. 8 Закона о Банке России); «сфера

банковских услуг» (ст. 32 Закона о банках); «банковская практика» (ст. 836 и др. ГК РФ); «банковские правила» (некоторые статьи ГК РФ); «оперативная деятельность кредитных организаций» (ст. 55 Закона о Банке России).

Основной закон, в котором прописаны организации, имеющие право осуществлять банковскую деятельность, это Закон о банках. В 1 ст. данного закона установлены определения нескольких соответствующих организаций, в том числе «кредитная организация», «банк», «небанковская кредитная организация» и «иностранный банк».

Так, в определении кредитной организации указывается, что она имеет право осуществлять банковские операции при наличии соответствующей лицензии от Банка России. Следовательно, можно сделать вывод о том, что понятия «банковская деятельность» и «банковские операции» пересекаются.

Кроме того, к этим понятиям примыкает термин «прибыль», так как это основное назначение такого рода организаций – получение прибыли в ходе своей деятельности. Если исходить из этого факта, то можно рассматривать банковскую деятельность как часть предпринимательской деятельности.

То есть можно вывести определение банковской деятельности, обобщив имеющиеся элементы в законных актах, которое обязательным условием включает систематическое осуществление банковских операций (которые перечислены в ст. 5 Закона о банках и ст. 45 Закона о Банке России) на основании полученной от Банка РФ лицензии, согласно федеральному законодательству. Сам Банк РФ осуществляет банковскую деятельность на основании собственно Закона о Банке России.

В основном все исследователи, которые занимаются изучением банковской сферы или классификацией банковской деятельности, не приводят специально выведенного на основе различных аналитических материалов ее определения. Однако существует общепризнанная дефиниция этого понятия, которую на данном этапе развития банковских организаций необходимо корректировать и дополнять: «Банковской деятельностью (банковскими операциями) являются в смысле данной статьи (имеется в виду ст. 172 УК РФ) все виды деятельности (операций), осуществление которых в соответствии с прямыми императивными предписаниями федерального законодательства и нормативными актами Банка России возможно только после регистрации кредитной организации и получения разрешения (лицензии) Банка России».

Не являются банковской деятельностью те виды операций, для осуществления которых не требуется регистрации в качестве кредитной организации и получения специального разрешения (лицензии) Банка России.

Данное определение имеет место на существование, однако необходимо обговорить два важных момента, которые здесь не учитываются. Самый главный из них – это деятельность самого Банка России. Она тоже относится к банковской, однако в вышеприведенной дефиниции не прописана.

Кроме того, нельзя забывать о том, что существуют виды деятельности, для осуществления которых лицензия Банка России необходима, но которые при этом не являются банковскими. Самая часто востребованная из них – это брокерская как вид профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг.

Так, в ст. 52 Закона о рынке ценных бумаг (вступившего в силу 22.04.1996) прописано, что кредитные организации могут заниматься по полученной лицензии на осуществление банковских операций в течение одного года профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг.

Если учесть вышеуказанные пробелы, изучить более подробно соответствующие нормативные акты, то на основании проведенного анализа можно вывести четкое определение понятия «банковская деятельность», которое впоследствии должно быть включено в изменения необходимых законов.

Особенности и дефиниция незаконной банковской деятельности прописаны в ст. 172 Уголовного кодекса РФ: «...противоправное систематическое действий (бездействий), связанных с оказанием банковских услуг». Временные отрезки, на протяжении которых эта деятельность осуществлялась, не имеют значения. Квалифицирующими признаками незаконных банковских операций можно считать следующие:

- 1) если они были совершены организованной группой;
- 2) если в результате был получен доход в крупном размере;
- 3) если преступление совершено ранее судимом за схожую незаконную деятельность лицом.

На сегодняшний день одной из наиболее востребованных является банковская операция по обналичиванию и транзитированию денежных средств, соответственно растет число уголовных преступлений при осуществлении данных видов банковской деятельности.

Главные эффекты от вышеуказанных деяний заключаются в уводе денежных средств от налогообложения и сокрытии полученной путем совершения экономических преступлений прибыли.

Обналичивание, то есть проведение операций по выводу денежных средств из безналичной в наличную форму, и транзитирование, то есть транзит денежных средств между физическими и юридическими лицами, по факту незаконными не являются, если совершаются в рамках установленного законодательства.

Однако стремление лиц, совершающих преступление, получить наибольшую выгоду приводит к тому, что вышеуказанные операции проводятся с нарушением Уголовного кодекса РФ, а именно ст. 171 и 172.

Квалифицироваться данные преступления могут либо как незаконная банковская деятельность, тогда они подпадают под действие ст. 172 УК РФ, предусматривающей наказание за проведение и выдачу наличных средств за вознаграждение физическим или юридическим лицам банковскими организациями без соответствующей регистрации (лицензии), либо как незаконная предпринимательская деятельность, и в этом случае совершаемые преступления подлежат наказанию, согласно ст. 171 УК РФ.

В современной судебной практике все чаще незаконные действия по обналичиванию и транзитированию денежных средств квалифицируются по ст. 171 УК РФ, так как не всегда присутствует и не всегда можно доказать непосредственное участие в преступлении банковского работника. А без этого элемента невозможно классифицировать совершенное незаконное деяние как банковскую операцию.

Кроме того, в ходе расследования вышеназванных видов уголовных преступлений нельзя упускать из вида смежные составы преступления: незаконное образование (создание, реорганизация) юридического лица (ст. 173 УК РФ), незаконное использование документов для образования (создания, реорганизации) юридического лица (ст. 173 УК РФ), легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем (ст. 174 УК РФ), легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления (ст. 174 УК РФ), изготовление или сбыт поддельных кредитных либо расчетных карт и иных платежных документов (ст. 187 УК РФ), совершение валютных операций по переводу денежных средств в иностранной валюте или валюте Российской Федерации на счета нерезидентов с использованием подложных документов (ст. 193 УК РФ), организация преступного сообщества (преступной организации) или участие в нем (ней) (ст. 210 УК РФ).

Существует определенный перечень обстоятельств, упорядоченных уголовно-процессуальным законом, которые, независимо от типа совершенного преступления, подлежат доказыванию в процессе следственного производства. Однако в сфере преступлений, касаемых банковской деятельности, в том числе путем обналичивания и транзитирования денежных средств, существуют свои особенности при доказывании необходимых обстоятельств.

Чем больше в расследуемом деле доказанных обстоятельств, тем меньше в итоге будет вариативность следственных версий, и сам процесс расследования и его задачи будут оптимизированы.

При проведении установления виновности лиц, совершивших рассматриваемый вид незаконной банковской деятельности, необходимо проанализировать и доказать обстоятельства, которые можно условно, согласно этапам проведения расследования, разделить на три блока.

Первый блок включает в себя те обстоятельства, которые случились до совершения непосредственно преступления. В эту группу входят такие элементы, как поиск существующих банков, компаний или создание подложных организаций, фирм-однодневок для вывода или транзита денежных средств в обход системы налогообложения Российской Федерации; подготовка необходимых документов и счетов для перечисления прибыли.

Второй блок обстоятельств, подлежащих доказыванию, состоит из элементов, которые происходят непосредственно во время совершения преступления и сопутствуют ему. Это такие обстоятельства, как поступление денежных средств из различных источников для дальнейшего обналичивания; факт перевода денег со счета на счет физического или юридического лица; обнаружение связи между совершенным преступным деянием и наступлением реального ущерба у того или иного лица или государства; определение размера этого ущерба, а также совершение сопутствующих действий, которые способствуют проведению незаконной операции, например подкуп должностного лица, коммерческий подкуп и т. д.

В третий блок обстоятельств входят элементы, характерные для окончательного завершения проведения расследования, такие как доказательство сте-

пени вины подозреваемого; мотивы, которые побудили совершить преступное деяние; характеристика личности, позволяющая более полно провести изыскание и дополняющая дело смягчающими или отягчающими обстоятельствами.

Трудности при проведении расследования и доказывании необходимых обстоятельств совершенного преступления заключаются главным образом в том, что для обналичивания и транзитирования денежных средств злоумышленники используют различные схемы, для обнаружения и анализа которых требуются дополнительные ресурсы, в том числе законодательные, документальные и временные.

В ходе исследования материалов по имеющимся раскрытым преступлениям, связанным с обналичиванием и транзитированием денежных средств, было выявлено несколько существующих типов незаконных схем, которые применяют преступники.

Классифицировать разнообразные схемы представляется возможным по трем признакам:

- 1) по числу банковских и иных организаций, которые участвовали в преступном деянии;
- 2) по вариантам прихода денежных средств на счета для дальнейшего их вывода;
- 3) по способам снятия денег в конце преступной схемы.

Каждый тип изученных схем имеет свои особенности и подвиды, характерные для того или иного незаконного деяния.

С точки зрения количества принимающих участие в преступлении организаций на современном этапе все чаще применяется схема, в которой задействовано несколько банковских организаций, занимающихся каждая своим этапом незаконной сделки. При такой схеме отследить весь процесс прохода денежных средств крайне сложно, так как принимать участие в ней может не один десяток фирм-однодневок, специально созданных для проведения операции обналичивания или транзитирования.

Такой вариант, как участие в полном цикле совершения незаконной сделки только одного банка, сейчас встречается крайне редко, так как для него необходимо задействовать коррупционные связи в высших правоохранительных органах.

Денежные средства для дальнейшего их обналичивания могут поступать в соответствующую организацию различными способами:

- 1) путем их перевода от другой банковской или иной организации или из хранилищ Банка России;
- 2) путем их покупки у компаний, которые занимаются предпринимательской деятельностью, но скрывают свои реальные доходы от государства, или по конверсионным сделкам у других банковских учреждений.

Снятие наличных средств происходит по следующим преступным схемам:

- 1) реально существующие физические лица, которые со своих расчетных или депозитных счетов, пополняемых юридическими лицами, снимают наличность, в том числе при помощи пластиковых карт;

2) использование физических лиц или представителей юридических лиц – анонимных фирм, которыми предъявляются к оплате ценные бумаги (в основном векселя и чеки), как реально существующих эмитентов, так и фирм-однодневок;

3) участие индивидуальных предпринимателей, которые объясняют необходимость снятия наличных ведением собственного бизнеса;

4) использование представителей юридических лиц – анонимных фирм для снятия наличности по основаниям «выдача на другие цели» или «на закупку сельхозпродукции»;

5) участие представителей некоммерческих организаций (разнообразных фондов, союзов и т. п.), которые обосновывают снятие наличных исполнением задач, прописанных в уставе.

Учитывая все возможные варианты проведения преступной схемы по обналичиванию и(или) транзитированию денежных средств, для упрощения процесса доказывания необходимых обстоятельств дела и расследования незаконного деяния представляется целесообразным разработать обобщенную систему проведения предварительного следствия, которая будет состоять из нескольких соподчиненных и взаимосвязанных элементов,:

1. Необходимо выяснить, с какого этапа проведения операции началось нарушение закона, получены ли денежные средства, которые проводятся по преступной схеме законным путем в ходе законной предпринимательской деятельности.

2. Далее надо выявить способ преступного действия; обналичивание или транзитирование средств было осуществлено; в какой валюте и в каком объеме проводились банковские операции.

3. Как фактически осуществлялся прием денег для дальнейшего их использования, какие документы были использованы по данному вопросу, насколько юридически правомерно они были оформлены.

4. Выявить время и место начала операции обналичивания или транзитирования.

5. Доказать причастность тех или иных сотрудников банковской или иной организации, на каких руководящих или служебных уровнях проходила операция незаконного обналичивания или транзитирования.

6. После выявления подложных документов необходимо выяснить, где они были изготовлены и кем подписаны.

7. При участии в преступной схеме фирм-однодневок необходимо выявить лиц, которые участвовали в их создании и регистрации. Каким образом была осуществлена эта регистрация и вносились ли далее изменения в ЕГРЮЛ.

8. Выявить организатора преступления и по возможности большинство участников незаконной банковской операции, установить их роли, круг обязанностей и компетенций. Исследовать обстоятельства на предмет степени вовлечения тех или иных лиц в круг группы злоумышленников. Установить причастность лиц, умысел которых не очевиден, выявить смягчающие и отягчающие обстоятельства для наказания каждого из участников схемы.

9. Также необходимо выяснить обстоятельства способствующие совершению преступлений, которые могли бы быть провоцирующими фактами при создании преступной схемы, с целью их устранения и дальнейшего недопущения.

Приведенная выше программа по установлению обстоятельств подлежащих доказыванию при расследовании незаконной банковской деятельности в виде обналичивания или транзитирования денежных средств не является исчерпывающей. Ведь на практике в каждом конкретном уголовном деле, могут быть выявлены индивидуальные особенности и следственные ситуации, которые требуют дополнительных следственных и процессуальных действий.

*Громадская Н.В., старший преподаватель
кафедры криминологии
Санкт-Петербургский
университет МВД России*

Особенности исполнения наказания в виде принудительных работ

Федеральным законом Российской Федерации от 7 декабря 2011 году № 420 ст. 44 (Виды наказаний) Уголовного кодекса РФ дополнена пунктом «з¹» принудительные работы. Однако, условия для исполнения и назначения судьями указанного уголовного наказания созданы лишь с 1 января 2017 года.

Положения ст. 53.1 УК РФ устанавливают, принудительные работы – альтернативное лишению свободы наказание, назначаемое за преступления небольшой или средней тяжести; за совершение преступления впервые, если срок наказания, назначенный судом, не превышает пяти лет. Принудительные работы назначаются на срок от двух месяцев до пяти лет, с удержанием из з/платы осужденного от 5 до 20%²⁹³.

Законодателем РФ в п. 7 ст. 53.1 УК РФ определены категории осужденных, которым указанное уголовное наказание назначаться не может, это:

- беременные женщины;
- инвалиды 1 или 2 группы
- женщины, имеющие детей, возраст которых менее 3 лет;
- женщины, старше 50 лет;
- мужчины старше 60 лет;
- несовершеннолетние;
- военнослужащие.

В главе 8.1. УИК РФ Исполнение наказания в виде принудительных работ в статье 60.1 определено, что «Осужденные к принудительным работам отбывают наказание в специальных учреждениях – исправительных центрах, расположенных в пределах территории субъекта Российской Федерации, в котором они проживали или были осуждены»²⁹⁴.

В соответствии с Распоряжением Правительства РФ²⁹⁵ от 12.11.2016 г. № 2392-р «О создании федеральных казенных учреждений» для исполнения принудительных работ в январе 2017 года на территории Российской Федерации открыто четыре исправительных центра: в Приморском и Ставропольском крае, Тамбовской и Тюменской области. Исправительные центры открываются на базе реформированных или перепрофилируемых исправительных учреждений (воспитательных колоний и колоний-поселений). Исправительный центр,

²⁹³ Уголовный кодекс Российской Федерации 2017 года. – Москва : Эксмо, 2017. – 223 с.

²⁹⁴ Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации : текст с изменениями и дополнениями на 15 января 2017 года. – Москва: Эксмо, 2017. – 112 с.

²⁹⁵ Распоряжение Правительства РФ от 12.11.2016 г. № 2392-р «О создании федеральных казенных учреждений». Официальный текст [Электронный ресурс] // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения 21.03.2018 г.).

расположенный в Тюменской области рассчитан на 100 мест, в Ставропольском крае на 144 места, в Тамбовской области на 70 мест, в Приморском крае на 150 мест. Распоряжением Правительства РФ²⁹⁶ от 25.01.2018 г. № 90-р «О создании федеральных казенных учреждений» в апреле 2018 года вводятся в эксплуатацию два исправительных центра в республике Саха (Якутия) и Татарстане.

Ведомственным приказом²⁹⁷ предусмотрено создание участков исправительных центров на территории действующих исправительных колоний и колоний-поселений.

Так, участки исправительных центров для осужденных к принудительным работам открываются:

- в Республике Башкортостан (в г. Уфе) при колонии-поселении (КП-5) – на 100 мест;
- в Забайкальском крае при ИК-10 (г. Краснокаменск) – на 50 мест;
- в Самарской области при ИК-10 (поселок Волжский) – на 35 мест;
- в Смоленской области при ИК-1 (поселок Анохово) – на 55 мест;
- в Архангельской области при ИК-21 (поселок Североонежск) – на 50 мест;
- в Новосибирской области (г. Новосибирск) при ИК-8 – на 92 места;
- в Карелии (г. Сегежа) при ИК-7 – на 50 мест. То есть уже на первом этапе возможностью применения этого вида наказания будут охвачены все федеральные округа – появится 896 мест для осужденных к этому новому виду наказания по всей стране.²⁹⁸ В ближайшие годы планируется открыть по одному исправительному центру в каждом регионе страны.

На сегодняшний день не хватает мест в исправительных центрах для тех, в отношении которых судами могли быть избраны принудительные работы, поэтому суды информируются о лимитах наполнения того/иного ИЦ.

Приказом Министерства юстиции Российской Федерации от 29 декабря 2016 года № 329 утверждены Правила внутреннего распорядка исправительных центров уголовно-исполнительной системы, состоящие из 11 разделов и 11 приложений. В котором регламентированы вопросы приема осужденных в исправительный центр, условий содержания; перечислены права и обязанности осужденных; условия содержания, водворенных в помещение для нарушителей; предусмотрено время подъема; утренней и вечерней проверки; отбоя.

²⁹⁶ Распоряжением Правительства РФ от 25.01.2018 г. № 90-р «О создании федеральных казенных учреждений». Официальный текст [Электронный ресурс] // Доступ СПС «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения 21.03.2018 г.).

²⁹⁷ Приказ Минюста России от 8 апреля 2014 г. № 67 «Об утверждении порядка создания при исправительных учреждениях уголовно-исполнительной системы изолированных участков, функционирующих как исправительные центры». Официальный текст [Электронный ресурс] // Доступ из СПС «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения 21.03.2018 г.).

²⁹⁸ См.: интервью с заместителем директора Федеральной службы исполнения наказаний (ФСИН) России Валерием Александровичем Максимова. [Электронный ресурс] // Доступ из http://www.topnews.ru/news_id_94429.html. (Дата обращения 20.03.2018 г.).

Вид следования осужденного к месту расположения исправительного центра зависит от того, применялась ли к последнему в период расследования уголовного дела мера пресечения, содержание под стражей или нет. В первом случае осужденный следует из следственного изолятора в исправительный центр под конвоем, во втором – самостоятельно, за счёт государства.

Со дня прибытия осужденного в исправительный центр исчисляется срок отбывания наказания (принудительные работы), в который засчитывается весь период (количество дней/месяцев) нахождения гражданина в СИЗО (в случае применения в отношении последнего меры пресечения – содержание под стражей), из расчета – 1 день содержания под стражей и следования под конвоем, за один день принудительных работ.

В исправительный центр осужденный пребывает с предписанием, являющимся основанием приёма осужденного в исправительный центр. Комплекс мероприятий, связанных с приёмом осужденного в учреждение проводится оперативным дежурным и сотрудниками дежурной смены.

Каждому, вновь прибывшему осужденному, определяется спальное место в жилых комнатах общежитий, выдаются постельные принадлежности.

Обеспечение питанием, обувью и одеждой осужденных, не имеющих собственных материальных средств осуществляется за счет средств федерального бюджета²⁹⁹.

Осужденные к принудительным работам проживают в общежитии на территории ИЦ по предусмотренному распорядку дня (кроме того возможно проживание последнего за территорией учреждения).

Положения УИК РФ предусматривают меры поощрения и взыскания, применяемые к указанной категории.

Меры взыскания:

- нарушения трудовой дисциплины;
- правил проживания в центре;
- нарушения общественного порядка;
- неявка на регистрацию в ИЦ³⁰⁰.

Меры поощрения:

- выговор;
- отмена права проживания за пределами исправительного центра;
- водворение в помещение для нарушителей до пятнадцати суток.

При неоднократном нарушении (три нарушения в течение года) правил принудительных работ, по ходатайству дисциплинарной комиссии ИЦ, суд может заменить данное наказание на лишение свободы³⁰¹.

²⁹⁹ Постановление Правительства Российской Федерации от 25.05.2012 № 514 «Об утверждении норм обеспечения одеждой, обувью и питанием осужденных к принудительным работам при отсутствии у них собственных средств». Официальный текст [Электронный ресурс] // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения 21.03.2018 г.).

³⁰⁰ Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации. Официальный текст [Электронный ресурс] // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения 21.03.2018 г.). Ст. 60.13.

³⁰¹ Там же. Ст. 60.14.

Злостные нарушения:

- употребление спиртных напитков, наркотических средств и психотропных веществ;
- мелкое хулиганство;
- неповиновение сотрудникам ИЦ или оскорбление при отсутствии признаков преступления;
- самовольное оставление территории ИЦ;
- опоздание в ИЦ более чем на 24 часа³⁰².

Осужденные трудоустраиваются администрацией ИЦ и работают в учреждениях и организациях, получая з/плату и распоряжаясь последней по своему усмотрению, самостоятельно приобретая продукты питания на территории ИЦ и за её пределами и питаюсь в столовой.

Досуг осужденные могут проводить за территорией ИЦ. Основное требование – явка на вечернюю проверку. Ограничения – работать в организациях и учреждениях, определенных администрацией ИЦ (не допускается самостоятельное увольнение или трудоустройство осужденным).

Проживание с семьей за территорией исправительного центра, (но на территории муниципального образования), разрешается осужденным, не имеющим нарушений внутреннего распорядка ИЦ, и отбывшим не менее 1/3 срока наказания, обратившимся с письменным заявлением к начальнику учреждения. Положительное решение вопроса оформляется постановлением начальника ИЦ. Осужденному для решения срочных социально-бытовых вопросов (по личному заявлению) может быть предоставлен краткосрочный выезд за пределы учреждения до 5 суток. Кроме того, осужденные к принудительным работам имеют право на отпуск. В правилах внутреннего распорядка ИЦ УИС закрепляют положение о предоставлении ежегодного оплачиваемого отпуска (18 календарных дней).

Рассматривая особенности исполнения принудительных работ, следует сказать следующее: принудительные работы применяются в качестве альтернативы лишению свободы, исполняются исправительными центрами, создаваемыми на базе реформированных или перепрофилируемых исправительных учреждений Федеральной службы исполнения наказаний РФ. В ближайшие год, полтора планируется создание исправительных центров во всех федеральных округах.

³⁰² Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации. Официальный текст [Электронный ресурс] // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения 21.03.2018 г.). Ст. 60.15.

*Епифанов Б.В., канд. юрид. наук., профессор
профессор кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета
МВД России*

Уголовный проступок и общественная опасность преступления: соотношение понятий

В отечественной уголовно-правовой науке в последнее время активно обсуждается идея о целесообразности включения в законодательство такой категории как уголовный проступок³⁰³.

Отмеченная мысль для развития доктрины уголовного права России не нова³⁰⁴.

Какова социальная обусловленность воплощения этого института в жизнь? Многими юристами отмечается, что чрезмерное расширение круга уголовно-правовых запретов связано с противодействием отдельным негативным поступкам людей, которые не представляют большой общественной опасности, криминализация их не всегда соответствует упомянутым в теории уголовного права социально-психологическим и системно-правовым принципам формирования круга преступных деяний³⁰⁵.

Так, например, Федеральным законом от 3 апреля 2017 г. № 60-ФЗ в УК РФ введена ст. 267.1 Действия, угрожающие безопасной эксплуатации транспортных средств. В диспозиции упомянутой статьи зафиксировано: совершение из хулиганских побуждений действий, угрожающих безопасной эксплуатации транспортных средств, – наказывается штрафом в размере от ста пятидесяти тысяч до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет, либо ограничением свободы на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок³⁰⁶.

Судя по имеющейся в данной статье санкции, – это преступление не большой тяжести. Именно такие уголовно-правовые деликты и задумываются законодателем перевести в разряд уголовных проступков.

Что вызывает сомнение в необходимости возможности перевода таких преступлений в уголовные проступки? Прежде всего, довольно абстрактное описание признаков объективной стороны упомянутого состава. Какие конкретно действия законодателем криминализированы, насколько они общественно опасны, какова их распространенность?

³⁰³ Лебедев В.Н. Председатель Верховного Суда РФ. Общество нуждается в декриминализации // Российская газета. 2016. № 212 (7080). 20 сентября.

³⁰⁴ Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву. Вып.1. 1887. С. 78-79; Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М., 1969. С.148-149; Рогова Е.В. Уголовный проступок в истории отечественного законодательства // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2011. Вып. 3. С. 101-110.

³⁰⁵ Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация). М., 1982. С. 198.

³⁰⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации. Москва: Проспект, 2017. С. 233.

При конструировании дефиниции уголовно-правовой нормы законодатель должен опираться на принцип справедливости, то есть на правильное, точное, истинное, недвусмысленное отражение содержания обозначенного правового понятия, о котором идет речь в уголовном законе³⁰⁷.

Безосновательная криминализация неочевидно для граждан и правоприменителя общественно-опасных деяний может привести к бессистемности уголовного законодательства, нарушению законности при привлечении виновных к ответственности.

Не произошло ли при принятии этого закона нарушение ещё и такого принципа криминализации как принцип беспробельности закона и избыточности запрета³⁰⁸?

Проблема разграничения проступков и преступлений, по мнению Ч. Беккариа, не так проста. Он, например, различал проступки уголовные и полицейские. Уголовные, по его мнению, направлены на разрушение самого общества, полицейские же формулируются положительными законами и из естественного права не проистекают³⁰⁹.

Этим же Федеральным законом от 3 апреля 2017 г. № 60-ФЗ в ст. 213. Хулиганство был внесен пункт в) и в действующей редакции содержание нормы звучит следующим образом: 1. Хулиганство, то есть **грубое** нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, совершенное: на железнодорожном, морском, внутреннем, водном или воздушном транспорте, а также на любом ином транспорте общего пользования, – наказывается ... принудительными работами на срок до пяти лет либо лишением свободы на тот же срок. То есть это преступление средней тяжести и его общественная опасность вполне очевидна.

Пленум Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 45 «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений» разъясняет: при решении вопроса о наличии в действиях подсудимого **грубого** нарушения общественного порядка, выражающего явное неуважение к обществу, судам следует учитывать способ, время, место их совершения, а также их интенсивность, продолжительность и другие обстоятельства³¹⁰.

Если в составе хулиганства речь идет о грубом нарушении общественного порядка, то в ст. 267.1 Действия, угрожающие безопасной эксплуатации транспортных средств не просматривается чётко степень опасности нарушения порядка поведения лиц на транспорте, которая образует общественную опасность, присущую преступлению. Какие это действия? В чём они конкретно проявляются? В чём они выражаются? В диспозиции данной статьи не прописано.

³⁰⁷ См.: Язык закона / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1990. С. 107.

³⁰⁸ Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация). М., 1982. С. 235.

³⁰⁹ Там же. С. 193.

³¹⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 45 «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений». Бюллетень Верховного Суда РФ № 1, 2007 г. п. 1. С. 5.

Представляется, что такое деяние как уголовный проступок должно будет иметь меньшую степень общественной опасности, чем преступление и, по замыслу законодателя, займет промежуточное место между административным правонарушением, которое не обладает таким признаком как общественная опасность, и преступлением.

В ст. 2.1 КоАП РФ дается понятие административного правонарушения, которое определяется как противоправное, виновное действие (бездействие)³¹¹. Административное правонарушение, очевидно, не обладает общественной опасностью присущей преступлению, речь идет лишь о вредоносности этого деяния.

Этимологически – проступок понимается как провинность, прегрешение, нарушение правил, законов; запрещенное властью действие. Проступки подлежат вообще более полицейскому взысканию, а преступление судебному³¹².

Общественная опасность преступления, понимаемая как свойство совокупности трех его признаков (элементов): объективной стороны, субъекта и субъективной стороны³¹³ вполне применима и к толкованию общественной опасности уголовного проступка. Главное отличие его от преступления, как это уже ранее отмечалось, заключается в меньшей степени общественной опасности.

Желание законодателя смягчить положение виновного, совершившего уголовный проступок, который будет характеризоваться отсутствием такого вида наказания, как лишение свободы, сокращенным сроком давности привлечения лица к ответственности, отсутствием таких негативных последствий как судимость, вполне вписывается в контекст либерализации уголовной политики на современном этапе.

Рассуждая о тесной связи уголовного проступка (в системе мер противодействия преступности), с преступлениями и административно-правовыми деликтами, не следует забывать и положения Конституции РФ³¹⁴. Согласно ст.21 Основного закона достоинство личности охраняется государством и ничто, даже идея о переводе отдельных преступлений небольшой тяжести в категорию уголовных проступков, не может быть основанием для его умаления.

Декриминализация отдельных преступлений, таких как оскорбление, побои вступает в явное противоречие с положениями Конституции РФ³¹⁵.

Следует согласиться с мнением В.В. Лунеева, который верно отмечает, что подобное законотворчество не имеет исторической, экономической, криминологической, социологической и сугубо научно-правовой базы и традиции.

³¹¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. СПб., 2012. С. 6.

³¹² Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. М., Русский язык, 1978. Т. 3. С. 515.

³¹³ Елифанов Б.В. Общественная опасность преступления как фундаментальная и интегративная категория уголовного права: подходы к законодательной дефиниции / Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. № 4 (76) 2017. С. 92.

³¹⁴ Конституция Российской Федерации. М., 1993. Ст. 21.

³¹⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации. – М., Проспект, 2017. С. 73-82.

Оно не устойчиво, ситуационно, поверхностно, научно не обоснованно и, как результат всех этих пороков, не эффективно и даже криминогенно³¹⁶

Положения Конституции РФ о защите чести и достоинства личности подтверждены рекомендациями Пленума Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан и юридических лиц». В постановлении Пленума разъяснено право потерпевшего обратиться в суд с заявлением о привлечении виновного к уголовной ответственности за посягательство на честь и достоинство³¹⁷.

Претворяя в жизнь идею о введении уголовного проступка, необходимо четко понимать общественную опасность преступления и общественную опасность проступка с тем, чтобы законные права и интересы граждан не были нарушены, когда речь идет о защите их чести и достоинства.

³¹⁶ См.: Лунеев В.В. Истоки и пороки российского уголовного правотворчества. М., Юрлитинформ, 2014. С. 216.

³¹⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан и юридических лиц» / Бюллетень Верховного Суда РФ № 4. 2005 г.

*Иванов И.И., д. ю. н., профессор
заведующий кафедрой уголовного процесса
и криминалистики Университета
при межпарламентской ассамблее ЕврАзЭС*

Преподавание криминалистики в высшей школе: традиции и новации

28 февраля 2018 года Президент Российской Федерации В.В. Путин в своем выступлении на заседании расширенной коллегии МВД России публично заявил о том, что в связи со снижением общего уровня раскрываемости преступлений в стране до 43% ключевой принцип неотвратимости уголовного наказания реализуется не в полной мере, что, безусловно, тревожит и общество и граждан Российской Федерации, и абсолютно не должно устраивать сами органы внутренних дел³¹⁸.

Статистические показатели преступности и правонарушений, опубликованные на информационном ресурсе Министерства внутренних дел Российской Федерации демонстрируют ежегодное поступательное снижение общего количества зарегистрированных преступлений. Однако достоверность этих цифр вызывает большие сомнения, поскольку с 2014 года на информационном портале МВД РФ вообще прекратили публиковать сведения о количестве поданных в правоохранительные органы страны заявлений и сообщений о преступлениях³¹⁹!

Профессор А. Ф. Волынский полагает, что сложившаяся негативная ситуация в сфере борьбы с преступностью возникла в основном в результате некачественно проведенной реформы уголовного судопроизводства.

По его мнению, это выражается в том, что в содержании Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации ныне серьезно ограничена процессуальная независимость следователя, создан многоуровневый круг контролирующих и надзирающих органов, что приводит зачастую к массовой дезориентации сотрудников следственного аппарата и чувству растерянности в ходе расследования конкретных преступлений³²⁰.

Однако результаты законотворческой деятельности и данные судебно-следственной практики не подтверждают обоснованность указанных выше доводов профессора А. Ф. Волынского.

Содержание многочисленных поправок, внесенных в УПК РФ по настоящее время, напротив, свидетельствует как раз том, что в законодательном процессе наблюдаются явная тенденция к постоянному совершенствованию правового обеспечения деятельности участников уголовного процесса со стороны

³¹⁸ Замахина Т. Владимир Путин поставил задачи перед МВД // <https://rg.ru/autor-Tatiana-Zamahina/>.

³¹⁹ Состояние преступности в Российской Федерации за январь-декабрь 2017 года // Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации.

³²⁰ Волынский А.Ф. Организация расследования преступлений и криминалистика // Вестник криминалистики. 2014. № 4(52). С. 31-32.

обвинения и линия поведения, направленная на фактическое игнорирование законодателем вопросов оптимизации института защиты прав и законных интересов личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения³²¹.

Согласно статистическим данным, опубликованным Верховным судом Российской Федерации, в 2014 году из общего количества лиц, по уголовным делам, рассмотренным российскими судами, было оправдано 0,54% подсудимых (3920 человек), в 2015 году – 0,43% подсудимых (3130 человек), и в 2016 году – 0,36% (2642 человека). При этом почти 70% от числа всех уголовных дел в стране ежегодно рассматриваются российскими судами в особом порядке, без проведения судебного следствия³²².

На наш взгляд, общее снижение раскрываемости преступлений в стране, во-первых, вызвано неспособностью ныне действующих норм и институтов уголовно-процессуального права (в частности, стадии возбуждения уголовного дела) обеспечить эффективную реализацию законного права каждого гражданина Российской Федерации на судебную защиту от преступных посягательств и своевременное возмещение вреда, причиненного конкретным преступлением, а также на защиту от необоснованного привлечения к уголовной ответственности и осуждения.

Во-вторых, отечественные специалисты отмечают, что сегодня научно-технический прогресс, социальные, экономические и политические изменения в стране объективно влияют на структуру и характер преступности, а значит, требуют разработки новых научно обоснованных методик борьбы с ней.

По их мнению, под влиянием изменений в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве сегодня появилась насущная необходимость разработки в криминалистике и внедрения в судебно-следственную практику новых, технических средств, тактических и методических приемов борьбы с преступностью³²³.

Профессор Т.В. Аверьянова пишет, что в связи с включением в уголовный закон принципиально новых составов преступлений, связанных с переходом страны к рыночной экономике, с новыми информационными технологиями и компьютерной техникой, объем предстоящей деятельности для специалистов по корректировке существующих и разработке новых частных методик расследования преступлений является значительным. Она полагает, что при разработке частных методик расследования отдельных видов преступлений, а в конечном итоге при обучении студентов, следует четко представлять, кому они адресованы.

По ее мнению, преподавание частных методик расследования в том виде, в котором они ныне присутствуют в большинстве учебников по криминалисти-

³²¹ Иванов И.И. Участие адвоката-защитника в уголовно-процессуальном доказывании: проблемы, тенденции, перспективы // Уголовное право, уголовный закон: теория и практика: сб. научных статей/под ред. В. И. Тюнина. СПб. 2017. С. 103-105.

² Романова О., Челищева В., Байдакова А. Перед кем вы оправдываетесь? // Новая газета. 11 августа 2017 года // <https://www.novayagazeta.ru/articles/2017/08/11/73453-pered-kem-vy-opravdyvaetes>.

³²³ См.: Шишкина Е. В. Криминалистика и новые образовательные стандарты // Российское право: образование, практика, наука. 2016. № 3 (93). С. 63.

ке, с их громоздкими книжными криминалистическими характеристиками, изложением дискуссионных и проблемных вопросов, привело к тому, что фактически остаются скрытыми пути их практической реализации при раскрытии и расследовании преступлений.

Ей представляется, что в изложении вопросов частных криминалистических методик следует ограничиться лишь алгоритмизацией действий следователя и оперативного сотрудника, которые должны представлять собой лаконичные, общепринятые алгоритмы их действий в общепринятых ситуациях³²⁴.

В этой связи возникает обоснованный вопрос, а готовы ли вообще отечественные специалисты к созданию учебно-методических материалов, которые должны быть максимально приближены к современным реалиям практики раскрытия и расследования преступлений и использованы не только в образовательном процессе, но и востребованы в сфере борьбы с преступностью?

В соответствии со сложившимися научными представлениями система криминалистики состоит из четырех элементов или частей:

- общей теории криминалистики;
- криминалистической техники;
- криминалистической тактики;
- криминалистической методики расследования преступлений³²⁵.

Однако некоторые специалисты в угоду своим авторским амбициям считают возможным издавать учебно-методическую литературу, содержание которой отнюдь не способствует развитию отечественной криминалистики и ее частных теорий.

Анализ содержания многочисленных учебников криминалистики, изданных в Российской Федерации после 2000 года по настоящее время, показывает, что ряд отечественных авторов отошли от преподавания криминалистики в соответствии с системой учебного курса, традиционно сложившейся во второй половине XX века.

Так, красноярским специалистом профессором В.Е. Карнауховым издан курс криминалистики, в котором вся система криминалистики изложена в разрез со сложившимися научными представлениями о структуре учебного курса³²⁶.

Московский автор профессор А.Г. Филиппов издал ряд учебников криминалистики для юридических вузов, в содержании которых пытается изложить вопросы организации раскрытия и расследования преступлений и криминалистических версий раздельно от системы научных положений криминалистической тактики³²⁷.

³²⁴ См.: Аверьянова Т.В. Некоторые проблемы совершенствования профессиональной подготовки слушателей вузов МВД // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2014. №4-2. С. 4-5.

³²⁵ Белкин Р. С. Курс криминалистики в 3 т. Т. 1: Общая теория криминалистики. М. Юрист. 1997. С. 390; Возгрин И. А. Введение в криминалистику: История, основы теории, библиография. СПб. Юридический центр Пресс. 2003. С. 77.

³²⁶ Курс криминалистики. Общая часть. М. 2000. С. 19.

³²⁷ Иванов И. И. Криминалистическая превенция (комплексное исследование генезиса, состояния, перспектив). Дис... д-ра юрид. наук. СПб. 2004. С. 282–283.

В этой связи профессор И.А. Возгрин отмечал, что такая структурная перестройка необоснованно ломает исторически сложившуюся целостную взаимосвязанную систему криминалистики, неверно характеризует содержание криминалистической тактики и криминалистической методики расследования преступлений, а также вносит в нее чужеродный управленческий элемент, выходящий за пределы объекта и предмета этой науки³²⁸.

Профессор Т.В. Аверьянова считает, что следует осторожно и критически относиться к различным методическим новшествам, когда в курсе криминалистики необоснованно выделяются целые новые разделы, а содержание существующих перегруппировывается не во имя эффективности их преподавания, а в угоду личным авторским амбициям³²⁹.

Негативным моментом в развитии отечественной криминалистической науки стало принятие решения Министерством образования и науки Российской Федерации о выделении криминалистики в самостоятельную научную специальность 12.00.12. В отрыве от науки уголовного процесса, криминалистика вряд ли способна одна создавать эффективные средства и методы противодействия конкретной преступной деятельности, поскольку данная проблема в целом имеет комплексный характер.

Современные учебники и иные учебно-методические материалы по криминалистике имеют множество недостатков. Поскольку объем данной статьи ограничен, остановимся на описании одного из них.

В соответствии с требованиями Федеральных государственных образовательных стандартов по специальностям 40.03.01 Юриспруденция (уровень бакалавриата) и 40.05.01 Правовое обеспечение национальной безопасности (уровень специалитета), утвержденных приказами Министерства образования и науки Российской Федерации от 01 декабря 2016 года № 1511 и от 19 декабря 2016 года № 1614, каждый выпускник, освоивший образовательную программу, должен быть готов решать профессиональные задачи в сфере предупреждения, выявления, пресечения, раскрытия и расследования преступлений³³⁰.

В содержании федеральных государственных образовательных стандартов указано, что учебная дисциплина криминалистика относится к базовой части программ бакалавриата и специалитета и должна преподаваться каждому обучаемому вне зависимости от профиля программы, который он осваивает.

³²⁸ Возгрин И.А. Введение в криминалистику: История, основы теории, библиография. СПб. Юридический центр Пресс. 2003. С. 82.

³²⁹ Аверьянова Т.В. Некоторые проблемы совершенствования профессиональной подготовки слушателей вузов МВД // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2014. № 4-2. С. 6.

³³⁰ См.: Приказ Министерства образования и науки РФ от 01 декабря 2016 г. № 1511 Об утверждении федерального государственного образовательного стандарта высшего образования по направлению подготовки 40.03.01 Юриспруденция (уровень бакалавриата); Приказ Министерства образования и науки РФ от 19 декабря 2016 г. № 1614 Об утверждении федерального государственного образовательного стандарта высшего образования по направлению подготовки 40.05.01 Правовое обеспечение национальной безопасности (уровень специалитета).

Следовательно, в ходе преподавания учебного курса криминалистики педагоги обязаны сформировать у каждого выпускника профессиональные компетенции в сфере предупреждения, выявления, пресечения, раскрытия и расследования преступлений. Тем более, что большинство отечественных специалистов (в том числе и мы) сегодня определяют криминалистику как науку о закономерностях механизма преступления, возникновения информации о преступлении и его участниках, собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познании этих закономерностей специальных средствах и методах судебного исследования и предотвращения преступлений³³¹.

В реальности же в содержании большинства учебников криминалистики, изданных массовыми тиражами в последнее десятилетие, нет ни единого упоминания о том, какие же технические средства, тактические и методические приемы предотвращения преступлений разрабатываются собственно в криминалистике и реализуются в процессе раскрытия и расследования конкретных преступлений.

Таким образом, мы обозначили одну из многих проблем, которые сегодня возникают в процессе обучения студентов в высшей школе. И она в принципе вполне разрешима. Некоторым специалистам надо только прекратить строить себе нерукотворные памятники и не раскачивать лодку, в которой мы все плывем. Негативные последствия такой «деятельности» уже привели к тому, что дисциплина уголовный процесс в номенклатуре научных специальностей существует и развивается в отрыве от криминалистики и теории оперативно-розыскной деятельности. Уровень подготовки каждого выпускника юридического вуза в области раскрытия, расследования и предотвращения преступлений в первую очередь зависит от готовности самого педагогического сообщества к развитию в системе современного образования.

³³¹ См.: Белкин Р. С. Курс криминалистики в 3 т. Т. 1: Общая теория криминалистики. М. Юрист. 1997. С. 112.

*Калис Е.Б., канд. юрид. наук.,
доцент кафедры уголовного права
и уголовного процесса СПбГЭУ, доцент*

Квалификация преступлений против жизни и здоровья со специальным субъектом

Уголовный закон устанавливает ответственность и за умышленные, и за неосторожные преступления против жизни и здоровья главой 16, ст. 105-125 УК РФ, из которых пять составов осуществляются специальным субъектом путем невыполнения или ненадлежащего выполнения своих обязанностей, а два состава (ст. 106 и 123 УК РФ) путем совершения запрещенных действий.

Общим для всех указанных составов преступлений является видовой объект посягательства, но другие признаки позволяют выделить две группы преступлений данного вида:

- по признакам объективной стороны: повлекшие общественно опасные последствия (материальные составы) (ч. 2 ст. 109, ч. 2 ст. 118, ч. 4 ст. 122, ст. 124 УК РФ) и создающие угрозу такого причинения (формальные составы) (ст. 123, 125 УК РФ);
- по признакам субъективной стороны: неосторожные (ч. 2 ст. 109, ч. 2 ст. 118, ч. 4 ст. 122, ст. 124 УК РФ) и умышленные (ст. 123, 125 УК РФ);
- по признакам субъекта: связанные с профессиональной деятельностью) (ч. 2 ст. 109, ч. 2 ст. 118, ч. 4 ст. 122, ст. 124 УК РФ) и не имеющие такого признака в качестве обязательного (ст. 106, 123, 125 УК РФ).

Такое разделение дает возможность выделить для анализа признаки, общие для преступлений одной группы, что позволяет определить предмет доказывания, необходимость при квалификации устанавливать именно эти признаки, проанализировать особенности квалификации рассматриваемых составов.

Невыполнение или ненадлежащее выполнение профессиональных обязанностей причиняет вред различным общественным отношениям и наиболее опасными последствиями является причинение вреда здоровью и жизни человека, а в некоторых случаях влечет множественные жертвы. Неисполнение своих профессиональных обязанностей в различных сферах деятельности нарушает различные общественные отношения, а в случаях причинения вреда и интересам личности, влечет уголовную ответственность по иным составам преступления (например, по ст. 143, 215-217, 263 УК РФ и др.) Именно эта группа преступлений вызывает проблемы при квалификации, что требует более подробного анализа.

Невыполнение или ненадлежащее выполнение своих профессиональных обязанностей влечет уголовную ответственность только в случае причинения в результате этого тяжкого вреда здоровью или смерти потерпевшего. Необходимо установить причинную связь между деянием (действием или бездействием) и наступившим последствием.

Таким образом, необходимо установить:

1. круг профессиональных обязанностей в данном конкретном случае – какие конкретно действия должно было выполнить лицо или какие действия оно не должно было совершать
2. наступившие общественно опасные последствия являются следствием именно этого общественно опасного деяния, а не вызваны другими причинами
3. установить время, место, обстановку осуществления деяния и наступления последствия, что влияет на определение необходимости совершения обязательных действий и возможности осуществления лицом своих профессиональных обязанностей.

Установление указанных выше объективных признаков требует специальных познаний, что вызывает необходимость проведения различных экспертиз. Именно признаки объективной стороны дают основание для дальнейшего анализа субъективной стороны преступления. Необходимость специальных познаний у лиц, осуществляющих расследование, вызывает необходимость создания специальных групп, подготовленных для расследования дел конкретной специфики, в конкретной отрасли. Особенно важно это при расследовании ятрогенных преступлений. На проведенном в октябре 2017 года в Следственном комитете РФ совещании, посвященном расследованию ятрогенных преступлений, руководителем СК РФ А. Бастрыкиным было обращено внимание на необходимость создания с этой целью в академии Следственного комитета обучающей программы с привлечением специалистов Минздрава.

Субъективная сторона преступлений, связанных с невыполнением или ненадлежащим выполнением своих профессиональных обязанностей с уголовно-правовой точки зрения характеризуется неосторожной формой вины к наступившим в результате такого деяния общественно опасным последствиям. Неосторожность может быть как в виде преступного легкомыслия, так и в виде преступной небрежности.

В первом случае субъект предвидит возможность наступления общественно опасных последствий своего деяния (действия или бездействия), не желает их наступления и без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывает на предотвращение этих последствий. При этом предвидение возможности последствий основывается и на профессиональных знаниях виновного. Не имеет значение опыт работы и уровень образования этого лица, если было установлено, что оно выполняло свои профессиональные обязанности. Интеллектуальный элемент преступного легкомыслия включает осознание лицом нарушения им установленных правил (порядка поведения), которые оно должно было соблюдать.

Во втором случае субъект не предвидит возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), хотя по необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти последствия.

Таким образом, преступления против жизни и здоровья, связанные с ненадлежащим выполнением или невыполнением своих профессиональных обязанностей, являются неосторожными, хотя нарушением ими установленных правил может осуществляться сознательно.

Неосторожная форма вины к причиненным последствиям определяет и категорию этих преступлений: только предусмотренные ч. 3 ст. 109 и ч. 4 ст. 122 УК РФ относятся к преступлениям средней тяжести (максимальное наказание до 4 лет лишения свободы по ст. 109 и до 5 лет по ст. 122 УК РФ с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 3 лет), а остальные преступления относятся к преступлениям небольшой тяжести (наказания максимум до 3 лет лишения свободы с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 3 лет). На определение категории преступлений не влияет множественность потерпевших, т.к. она определяется понятием «двух и более лиц».

Установление конкретного отношения к своим профессиональным обязанностям и к наступившим в результате неисполнения этих обязанностей общественно опасным последствиям определяет и квалификацию. Так, 17.06.2015 года апелляционным постановлением Ленинградского областного суда была изменена квалификация действий врача-хирурга МУЗ «Сланцевская ЦРБ», обвиняемого в неоказании помощи больному по ч.2 ст.124 УК РФ. Он был признан виновным в причинении смерти по неосторожности вследствие ненадлежащего исполнения своих профессиональных обязанностей.

Субъектом рассматриваемых преступлений являются лица, обладающие правом осуществлять профессиональную деятельность и обязанные выполнять предусмотренные для этой деятельности требования, правила, инструкции. Так, например, приговором Выборгского районного суда СПб от 31.01.2012 г. гр. С.Д. была признана виновной в совершении преступления, предусмотренного ч.2 ст. 109 УК РФ, признав, что ею, тренером-преподавателем по плаванию, была допущена преступная небрежность, что привело к смерти Ш.А. При этом суд обоснованно сослался на положение должностной инструкции тренера-преподавателя по плаванию и типовую инструкцию по проведению занятий по плаванию в бассейне, согласно которым С.Д. была обязана проводить постоянный контроль за находящимися в воде, нести полную ответственность за жизнь и здоровье занимающихся.

Медицинские работники осуществляют свою деятельность на основании Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (ФЗ от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ), Постановления Правительства от 16.04.2012 г. «О лицензировании медицинской деятельности», должны иметь сертификат специалиста, а с 2017 года свидетельство об аккредитации специалиста, которые свидетельствуют о достижении его обладателем уровня теоретических знаний, практических навыков и умений, достаточных для самостоятельной (медицинской или фармакологической) деятельности. Сертификат (аккредитация) действует на территории РФ 5 лет. Закон отмечает, что осуществление медицинской деятельности с грубым нарушением влечет ответственность работника. Специфика медицинской деятельности обуславливается тем, что она направлена на жизнь и здоровье человека, заключается во вмешательстве в организм человека и способна причинить вред здоровью и жизни. Уголовно-правовой оценке подвергаются факты соблюдения или несоблюдения признан-

ных медицинским сообществом правил предоставления медицинских услуг, из которых не все закреплены ведомственными нормативными актами. В диспозиции ч. 1 ст. 124 УК РФ субъект определен, как лицо, обязанное оказывать больному медицинскую помощь в соответствии с законом или со специальным правилом. Это позволяет отнести к субъектам этого преступления не только медицинских работников, но и иных лиц, в обязанности которых на основании должностных инструкций входит оказание медицинской помощи.

Следует согласиться с мнением ученых, отмечающих, что отсутствие официальной статистики преступлений, совершаемых при оказании медицинских услуг, не позволяют не только точно определить их количество, динамику, правильность квалификации, но и выяснить причины и условия, способствовавшие их совершению. В приведенной И.И. Нагорной в монографии «Уголовно-правовая охрана жизни и здоровья человека при оказании медицинских услуг: сравнительно-правовой анализ» (Москва, 2014) таблице указано количество осужденных за преступления, связанные с оказанием медицинских услуг с 2009 по 2013 годы, отражающее рост таких преступлений (например с 112 в 2009 г. до 122 в 2013 по ч. 2 ст. 109, с 36 до 52 по ч.2 ст. 118 за тот же период времени). Однако, невозможно по этим данным определить причины, способствовавшие совершению этих преступлений, уровень профессиональной подготовки виновных.

Уголовный закон предусматривает возможность лишения виновных в преступлении права заниматься профессиональной деятельностью до 3 лет. После отбытия наказания лицо имеет право осуществлять свою профессиональную деятельность. На основании ст. 86 УК РФ судимость за преступления небольшой или средней тяжести погашается по истечении 3 лет после отбытия наказания. Полагаем, что при получении аккредитации такими лицами должно устанавливаться и отношение их к совершенному ранее нарушению правил оказания медицинских услуг, какие меры были приняты для недопущения в дальнейшем такого нарушения. Возможно подтверждение знаний и навыков в конкретном виде медицинской деятельности.

Таким образом,

- для правильной квалификации рассматриваемых преступлений требуются специальные познания, что вызывает необходимость специальной подготовки лиц, осуществляющих расследование,
- необходимо в соответствующих ведомственных документах указать четкий круг обязанностей, правила осуществления профессиональной деятельности, оказания медицинских услуг,
- с целью профилактики рассматриваемых преступлений, осуществить анализ судебно-следственной практики, статистики, позволяющие установить динамику, причины и условия этих преступлений,
- при восстановлении права на занятие профессиональной деятельностью после отбытия наказания, предусмотреть дополнительную проверку знаний лица всех необходимых нормативных документов, определяющих его профессиональные обязанности.

*Корсикова Н.А., канд. юрид. наук.
доцент кафедры криминологии
Санкт-Петербургского университета
МВД России*

*Павлик Е.М., канд. юрид. наук.
преподаватель кафедры криминологии
Санкт-Петербургского университета
МВД России*

**Уголовно-правовые аспекты противодействия преступлениям,
совершаемым при управлении транспортными средствами
в состоянии алкогольного опьянения**

Одной из важнейших социально-экономических и демографических задач Российской Федерации является обеспечение безопасности дорожного движения. Огромный моральный и материальный ущерб наносит как обществу в целом, так и отдельным гражданам высокий уровень аварийности на автомобильном транспорте. Вместе с тем, как показывает статистика, в последнее время резко участились и случаи управления транспортом лицами в состоянии алкогольного опьянения. Только по вине водителей, управляющих автотранспортными средствами в нетрезвом состоянии из зарегистрированных преступлений на транспорте указанной категории лиц совершается почти 50% всех дорожно-транспортных происшествий. Совершается и большое количество дорожно-транспортных происшествий по вине пешеходов, находившихся в состоянии алкогольного опьянения.

Зачастую, дорожно-транспортные правонарушения, совершенные в состоянии алкогольного опьянения, влекут за собой тяжкие последствия, как для самих водителей, так и для иных участников дорожного движения. Сам факт нахождения водителя в нетрезвом состоянии за управлением транспортного средства делает управление транспортным средством небезопасным и повышает вероятность совершения дорожно-транспортного происшествия, повлекшего за собой тяжкий вред здоровью или смерть.

Согласно данным Госавтоинспекции МВД России, за период с января по декабрь 2017 года на территории Российской Федерации было совершено 169432 дорожно-транспортных происшествий, что на 2,5 % меньше по сравнению с 2016 годом (173694 дорожно-транспортных происшествий), а раненных на 4,2 % меньше – 215374 человек. Количество погибших в дорожно-транспортных происшествиях за 2017 год составляет 19 088 человек (сократилось на 5,1 % по сравнению с 2016 годом)³³². Однако каждое четвертое дорожно-транспортное происшествие со смертельным исходом случилось по вине водителей транспортных средств, находящихся в состоянии алкогольного опьянения. Несмотря на то, что за последние годы идет общая тенденция снижения количества совершенных дорожно-транспортных происшествий, достаточно

³³² Официальный сайт ГИБДД. URL: <http://www.gibdd.ru/stat/>. (Дата обращения 19.03.2018).

высоким остается общее количество раненных и погибших людей в результате ДТП.

Вышеперечисленные обстоятельства указывают на необходимость усилить профилактические меры, касающиеся предупреждения данных видов правонарушений, особенно в части правовых профилактических мер. Сравнивая санкции, предусмотренные законодательством Российской Федерации за правонарушения и преступления, совершенные водителями транспортных средств в состоянии алкогольного опьянения с законодательством зарубежных стран, то можно прийти к выводу, что наказания за подобные правонарушения в зарубежных странах гораздо строже, чем в России. Проанализировав следственно-судебную практику, мы пришли к выводу, что осужденные за данные преступления (в том числе совершенные в состоянии алкогольного опьянения) в некоторых случаях отбывают уголовное наказание не связанное с лишением свободы или отбывают наказания, в местах лишения свободы с средним от 1–3 лет, что на наш взгляд является слишком лояльной мерой наказания.

На наш взгляд, введение новой нормы в Уголовный кодекс РФ, такой как ст. 264.1 УК РФ – нарушение правил дорожного движения лицом, подвергнутому ранее административному наказанию (иными словами уголовная ответственность наступает за повторное нарушение правил дорожного движения в состоянии алкогольного опьянения, если лицо ранее привлекалось по ст. 12.26 КРФАП либо к уголовной ответственности по ст. 264 УК РФ (ч. 2, 4, 6 – то есть в состоянии алкогольного опьянения), либо по этой же статье – 264.1 УК РФ, положительно повлияла на ситуацию, связанную с нарушениями правил дорожного движения водителями транспортных средств в состоянии алкогольного опьянения³³³. По мнению Баранчиковой М.В., одной из главных проблем, возникающих при квалификации деяния по ст. 264.1 УК РФ, является установление признаков субъекта преступления³³⁴.

В соответствии с законом, лицом, находящимся в состоянии опьянения, признается не только лицо, управляющее транспортным средством, в случае установления факта употребления этим лицом вызывающих алкогольное опьянение веществ, но и лицо, управляющее транспортным средством, не выполнившее законного требования уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения. Практика квалификации действий лиц, отказывающихся от прохождения медицинского освидетельствования, по ст. 264.1 УК РФ в случаях, когда первоначальный факт их привлечения к административной ответственности был связан с аналогичным отказом, складывается сложно. Правоприменитель не всегда учитывает примечание к ст. 264 УК РФ, где такой факт отказа приравнивается к доказанному состоянию опьянения. Объективная сторона преступления, предусмот-

³³³ Павлик Е.М. Система профилактики преступности: современное состояние, проблемы и перспективы развития // материалы ежегодной всероссийской научно-практической конференции 25 октября 2017 года. С. 143.

³³⁴ Баранчикова М.В. Уголовная ответственность за нарушения правил дорожного движения, совершенные водителями в состоянии опьянения, и проблемы их квалификации // Вестник Калининградского филиала СПбУ МВД России № 1 (67), 2017. С. 24-28.

ренного ст. 264.1 УК РФ, заключается в управлении автомобилем, трамваем либо другим механическим транспортным средством лицом, находящимся в состоянии опьянения. Факт нахождения лица, управляющего транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения, в каждом случае должен быть установлен путем освидетельствования и документально оформлен. Факт нахождения нетрезвого водителя за рулем стоящего транспортного средства не образует состава преступления, рассматриваемого нами вида. Ответственность за данные преступления наступает независимо от промежутка времени, в течение которого водитель, находящийся в состоянии опьянения, управлял транспортным средством, и расстояния, которое он при этом проехал. Для квалификации деяния по ст. 264 УК РФ необходимо учитывать особенности субъективной стороны содеянного, поскольку установление формы вины позволяет отличить преступления данного вида от смежных составов преступлений против жизни и здоровья. Так, проблемы квалификации могут быть связаны с тем, что виновный, имея умысел на убийство или причинение тяжкого вреда здоровью потерпевшего, использует транспортное средство как орудие совершения преступления. В таких случаях квалификация должна осуществляться по ст. 105 либо по ст. 111 УК РФ в зависимости от характера наступивших последствий и направленности умысла виновного. В настоящее время общепризнано, что совершение преступления, предусмотренного ст. 264 УК РФ, носит неосторожный характер. Важным элементом уголовно-правовой оценки деяния остается неосторожное отношение виновного к наступившим в результате нарушения им правил последствиям. В свою очередь, субъективная сторона преступления, предусмотренного ст. 264.1 УК РФ, предполагает наличие только прямого умысла. Лицо осознает, что управляет транспортным средством в состоянии опьянения, причем делает это повторно и желает этого.

На наш взгляд, данный факт, позволяет лицам, находящимся в состоянии алкогольного опьянения за рулем транспортного средства избежать уголовной и административной ответственности. Также, существуют сложности в правоприменительной практике, в частности установления объективной и субъективной стороны состава преступления.

Таким образом, подводя итог, следует отметить, что за 2017 год по сравнению с 2016 годом совершенных правонарушений на территории Российской Федерации, связанных с нарушением правил дорожного движения сократилось на 2,5 %, однако, количество погибших и лиц, получивших увечья, остается по-прежнему высоким. Каждое четвертое дорожно-транспортное происшествие со смертельным исходом случилось по вине водителей транспортных средств, находящихся в состоянии алкогольного опьянения. За подобные правонарушения и преступления в странах Европы наказание значительно строже, чем в России. Вышеперечисленные обстоятельства указывает на необходимость совершенствования законодательства в этой сфере.

*Крайнова Н.А., канд. юрид. наук,
декан юридического факультета СПбГЭУ,
доцент*

Уголовная политика в сфере ресоциализации осужденных в системе уголовной политики государства

Вопросы уголовной политики, формулирование дефиниций, анализ места и роли данного уголовно-правового явления в настоящее время относятся к числу наиболее актуальных и обсуждаемых в профессиональной юридической среде. И это обусловлено, прежде всего той функцией, степенью социальной значимости, которые имеет постановка и разрешение данных вопросов. Ведь от того, насколько логично и верно будет выстроена уголовная политика государства зависит очень важный итог: эффективность противодействия преступности, показателем чего является уровень преступности.

В научной литературе представлено достаточно большое количество терминологических определений «уголовная политика». По сути, можно говорить о том, что исследователь, обращаясь к феномену уголовной политики, в большинстве случаев формулирует собственное определение данной категории, что обусловлено, как представляется, многогранностью и неоднозначностью самого словосочетания «уголовная политика». Самыми распространенными трактовками следует считать употребление данного термина в узком смысле и отождествление уголовной политики с уголовно-правовой политикой. В качестве примера такой точки зрения можно привести мнение П.Н. Панченко о том, что «...советская уголовная политика есть направление деятельности государства по руководству уголовно-правовой борьбой с преступностью»³³⁵.

Понимание уголовной политики в широком смысле, как системы, включающей в себя все грани противодействия преступности, в современной уголовно-правовой доктрине более распространено. Наиболее приемлемым представляется определение, сформулированное в работе А.И. Коробеева. А.В. Усса, Ю.В. Голика, основанное на понимании уголовной политики, как «генеральной линии, определяющей основные направления, цели и средства воздействия на преступность путем формирования уголовного, уголовно-процессуального, исправительно-трудового законодательства, практики его применения, а также путем выработки и реализации мер, направленных на предупреждение преступлений»³³⁶. Безусловно, данное определение нуждается в уточнении с учетом требований актуального времени: ушедшее в прошлое исправительно-трудовое законодательство заменено на уголовно-исполнительное, в рамках определения мер, направленных на предупреждение преступности, следует говорить о криминологическом направлении уголовной политики. Кроме того, в современной

³³⁵ Панченко П.Н. Предмет и система научных основ советской уголовной политик. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1990. С. 7.

³³⁶ Коробеев А.И., Усс А.В., Голик Ю.В. Уголовно-правовая политика: тенденции и перспективы. Красноярск. 1991. С. 7.

науке высказывается мнение о том, что сам термин «уголовная политика» безнадёжно устарел, но, тем не менее, может быть использован, «ибо ничего более емкого, современного юридическая наука пока не выработала»³³⁷. Обобщая изложенное, следует отметить, что какие бы дефиниции и пассажи не использовались в целях определения термина «уголовная политика», неизменной остается ее сущностная характеристика: уголовная политика формирует генеральную линию, общую стратегию противодействия преступности³³⁸. Не вдаваясь в целом в сложившийся дискурс относительно истории возникновения уголовной политики, как науки, как социального феномена, терминов и определений, в настоящий момент следует признать жизнеспособность и необходимость формулирования данного понятия в научной доктрине, социальную потребность и актуальность выработки концептуальных положений развития современной уголовной политики.

Итак, уголовная политика есть политика в области противодействия преступности. Следует отметить, что в настоящее время в отношении обозначения реакции государства и общества на преступность используются различные термины: это «предупреждение», «борьба», «управление», «социальный контроль», «противодействие». Безусловно, каждая из данных формулировок несет свою смысловую нагрузку. Анализируя сущность и инструментальный эффект использования указанных терминов, Д.А. Шестаков совершенно обоснованно говорит о предпочтительности употребления термина «противодействие преступности», «который ориентирует не столько на владение информацией о преступности (ее созерцание), сколько на активные меры против нее»³³⁹. И действительно, говоря об уголовной политике в целом, как о генеральной линии, объемлющей стратегию и тактику реагирования государства и общества в отношении криминальных угроз, необходимо акцентировать внимание на постановке задач, формулировании целей уголовной политики, имея в виду тезис о существовании преступности, как социального явления, тщетности попыток полного искоренения преступности, необходимости реагирования на преступность со стороны, как государства, так и общества.

Уголовная политика – политика государственная, но политика, прежде всего, социальная. Не умаляя значения и роли уголовного права в формировании уголовной политики, следует отметить и влияние различных организаций и

³³⁷ Колоколов Н.А. Уголовная политика государства: в поисках «дорожной карты» // Уголовное судопроизводство. 2017. № 2. С. [Электронный документ]. – Режим доступа: ИПС Консультант плюс. Дата сохранения 26.12.2017 г.

³³⁸ Аналогичное суждение высказывает в своей работе П.Н.Панченко: «Несмотря на различия в объеме содержания. Сущностная основа уголовной политики и политики борьбы с преступностью одна и та же. Состоит она в том, что уголовная политика формирует главную линию, стратегические и тактические направления борьбы с преступностью». П.Н.Панченко Советская уголовная политика. Томск. 1988. Цит. По Ревин В.П., Жариков Ю.С., Ревина В.В. Уголовная политика: учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт. 2017. С. 12.

³³⁹ Шестаков Д.А. Криминология: Новые подходы к преступлению и преступности: Криминогенные законы и криминологическое законодательство. Противодействие преступности в изменяющемся мире: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. С. 246.

институтов общества, в том числе региональных и международных. Как отмечается в научной литературе, «политика, в том числе и уголовная, превращается, таким образом, в более широкое поле, где перекрещиваются и обсуждаются интересы не только государства, но также общества и мира в целом³⁴⁰». Такого рода суждения основаны на объективных реалиях, происходящих в настоящее время мировых социально-политических процессах. И роль правовых конструкций, концепций формирования уголовной политики, основанных на признании приоритета права, взаимодействия и взаимопроникновения права и уголовной политики, востребованы в настоящий момент как никогда.

Существующие в научной доктрине положения о том, что уголовная политика вырабатывается, формируется и реализуется в рамках всего социума (общества и государства) позволяют говорить о содержательных элементах и уровнях уголовной политики. Некоторые авторы в отношении содержательных элементов употребляют термин «аспекты уголовной политики»³⁴¹, что, как представляется, не меняет сути. К числу содержательных элементов уголовной политики следует в самом общем виде отнести разработку теоретических основ, позволяющих сформулировать концептуальные положения уголовной политики, законодательное закрепление идей, целей, задач, форм реализации уголовной политики, правоприменительная деятельность субъектов реализации уголовной политики, профилактическая деятельность гражданского общества, отдельных его институтов. Что касается уровней уголовной политики, то, как представляется, здесь логичнее выглядят рассуждения не об уровнях уголовной политики³⁴², а об уровнях реализации уголовной политики. Здесь можно говорить о федеральном, региональном и местном уровнях реализации уголовной политики.

Реализация уголовной политики обусловлена целями и задачами уголовной политики, которые формируются на основе концепции или идеологии противодействия преступности. В основе формирования любой идеологии могут быть положены два основных метода регулирования: императивный либо диспозитивный³⁴³. Различные сочетания инструментария, используемого в рамках «претворения в жизнь» данных методов, образуют существование разнообразных парадигм противодействия преступности. Как отмечает профессор Д.А.Шестаков, «среди парадигм можно выделить психолого-воспитательную, социальную, реститутивную и репрессивную. Соотношение репрессивной с нерепрессивными парадигмами является важным показателем уровня цивилизации, на котором находится общество. Чем выше стоит общество на ступенях цивилизации, тем в большей мере отдает оно предпочтение гуманным мерам в ущерб применению силы»³⁴⁴.

³⁴⁰ Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Указ. соч. – С. 25.

³⁴¹ Ревин В.П., Жариков Ю.С., Ревина В.В. Указ. соч. С. 20-21.

³⁴² См., например, Ревин В.П., Жариков Ю.С., Ревина В.В. Указ. соч. С. 21.

³⁴³ По сей день человечество не придумало ничего нового в данном направлении, да и вряд ли возможно здесь изобрести еще какой-нибудь «велосипед», кроме методов «кнута и пряника».

³⁴⁴ Шестаков Д.А. Указ. Соч. С. 249.

Рассматривая феномен уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных, очевидным выглядит тот факт, что нерепрессивные парадигмы противодействия преступности заложены в основу концепции уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных. Признание положения о том, что можно и нужно противодействовать преступности, не преследуя цели возмездия (кары) за совершенное преступление, и в этой связи заменяя репрессию как метод воздействия, гуманными методами, основанными на возможности возвращения бывшего преступника к законопослушной жизни, положено в основу парадигмы «противопреступной социализации». Именно указанная парадигма является определяющей в целях конструирования концепции уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных.

Что касается вопроса о том, как следует определять саму уголовную политику в сфере ресоциализации осужденных, то здесь уместным, на наш взгляд, является обращение к дифференциации уголовной политики по направлениям ее реализации.

В научной литературе направления уголовной политики анализируются применительно к объекту воздействия. Так, Волкова О.В., анализируя понятие уголовной политики в сфере защиты личной свободы человека, определяет уголовную политику в данной сфере как направление уголовной политики, предлагая под данным термином понимать «уголовную политику по противодействию отдельным видам преступлений, исходя из объектов уголовно-правовой охраны»³⁴⁵. Данный подход представляется вполне логичным. И с этих позиций направление противодействия преступности со стороны лиц, ранее подвергавшихся мерам уголовно-правового воздействия, десоциализированным и нуждающимся в ресоциализации, следует обозначить как уголовная политика в сфере противодействия рецидивной преступности.

Формулируя определение уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных, определяя ее место в системе уголовной политики государства, следует, как представляется, несколько иначе расставлять акценты. Безусловно, уголовную политику в сфере ресоциализации осужденных следует рассматривать в контексте уголовной политики в сфере противодействия рецидивной преступности (как объекта воздействия, уголовно-правовой охраны), но подразумевая именно тактику противодействия преступности, точнее, методологическую основу противопреступной деятельности.

Определение уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных именно как методологической основы противопреступной деятельности, представляется очевидным и с позиции диалектического подхода к познанию социализации, десоциализации и ресоциализации как социальных явлений.

Основываясь на диалектическом подходе, можно выделить уголовную политику в сфере социализации (например, несовершеннолетних делинквентов, асоциальных индивидуумов) и уголовную политику в сфере ресоциализации бывших осужденных. Такой подход позволяет определить понятие уголовной

³⁴⁵ Волкова О.В. Уголовная политика в сфере защиты личной свободы. Автореф. Дис. ... к. ю. н. М. 2014. С. 8, 11.

политики в сфере ресоциализации осужденных, определить ее сущностные и содержательные характеристики, место в системе уголовной политики. Безусловно, анализ вопроса о сущности уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных возможен только с позиций представлений об уголовной политике в широком смысле, ибо здесь необходимо принять как факт «полинормативность уголовной политики»³⁴⁶.

Применительно к анализу исследуемой категории характеристика полинормативности проявляется в максимальной степени, ибо перечень правовых инструментов, которые могут быть использованы в рамках нерепрессивных парадигм, весьма широк.

Таковы основные, концептуальные идеи относительно места уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных в системе уголовной политики государства. Определение уголовной политики в сфере ресоциализации осужденных, как методологической основы противопреступной деятельности, предполагает в дальнейшем формулировку основных подходов, принципов, направлений такой деятельности, что в конечном итоге позволит более эффективно реализовывать деятельность, направленную на предупреждение преступлений.

³⁴⁶ Как отмечает Г.Ю.Лесников, «...уголовная политика имеет полинормативную основу». См. Лесников Г.Ю. О современных тенденциях уголовной политики России // Российский криминологический взгляд. 2006. № 2. С.102.

*Мезенцев И.В. преподаватель
Санкт-Петербургского университета
технологий управления и экономики,
адвокат Адвокатской Палаты Ленинградской области*

Защитник как субъект доказывания в уголовном процессе

Субъекты доказательственного права в уголовном процессе являются предметом исследования многих ученых. Например, суд как субъект доказывания рассматривался Т.И. Андрюченко, М.М. Васягиной, Р.В. Костенко, Е.А. Лавровой, С.Г. Маняевым, М.А. Медведевым, В.А. Середневым, А.М. Угрениновой и др. Следователь и дознаватель как субъекты доказывания были предметом исследования в работах Э.К. Арутюнова, С.И. Захарцева, А.М. Игнатовой, К.М. Исоева, Д.В. Ким, Э.Б. Магомедова, Е.В. Писарева, К.И. Попова, А.А. Тарасова, Н.Б. Ходжаева и др. Адвокат и защитник как субъекты доказывания рассматривались в трудах: В.Д. Арсеньева, Г.Ф. Горского, Л.Д. Кокорева, П.А. Лупинской, В.А. Нечаевой, П.С. Элькиндр и др.

Почти каждый участник уголовного судопроизводства может предоставлять доказательства. Но не каждый субъект может осуществлять процесс по их сбору. Например, это могут делать следователи и дознаватели, защитники, но не вправе свидетели, законные представители.

Справедливо ли это? Отчасти, да, каждый должен заниматься своим делом.

Как говорится, «каждому своё, каждому – по заслугам». Более того, процесс оценки доказательств находится вне правового поля стороны защиты. Несмотря на закрепленное на законодательном уровне право защитника собирать доказательства, реализация данного права на практике обнаруживает множество нерешенных проблем, сложностей, которые требуют должного внимания и теоретического осмысления. Так, добытые защитником доказательства могут быть проигнорированы с учетом «внутреннего убеждения судьи, присяжных заседателей, прокурора, следователя, дознавателя основанного на законе и совести». Процедура собирания защитником или адвокатом не регламентирована УПК РФ, что свидетельствует о том, что такое собирание допустимо лишь не процессуальным путем, исключая параллельное расследование, и как следствие, о невозможности достижения элементов состязательности на досудебном производстве.

Что согласно УПК РФ относится к доказательствам?

Законодатель выделил 7 видов (ст. 74 УПК РФ), куда относятся:

- 1) показания подозреваемого, обвиняемого;
- 2) показания потерпевшего, свидетеля;
- 3) заключение и показания эксперта;
- 4) заключение и показания специалиста;
- 5) вещественные доказательства;
- 6) протоколы следственных и судебных действий;
- 7) иные документы.

Законодатель не стал делить доказательства на те, сбором которых занимается сторона обвинения и сторона защиты, но предусмотрел обязательное условие доказательствам – соблюдение процессуальной формы. Защитник и адвокат не наделены таким правом, поэтому отнесение защитника к субъектам доказывания носит лишь декларативный характер.

Этому посвящена ст. 86 УПК РФ, где четко регламентированы действия, которые может выполнить потерпевший, подозреваемый, обвиняемый, гражданский истец, ответчик, их представители (они вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств).

Гораздо шире представлены права защиты (ч. 3 ст. 86 УПК РФ).

Так, защитник вправе собирать доказательства путем:

- получения предметов, документов и иных сведений;
- опроса лиц с их согласия;
- истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций.

Весомым доказательственным значением, на наш взгляд, обладают предметы, документы и иные сведения, поскольку они не могут быть трансформированы (изменены) в сторону обвинения (в случае допроса ранее опрошенных лиц адвокатом).

Поэтому задачи, поставленные перед защитником, заключаются, прежде всего, в поиске неоспоримых доказательств к которым могут быть отнесены видеозапись и фотоизображения.

В России широко стали применяться видеорегистраторы, осуществляющие съемку событий, способные также отражать дату и время действия. Запись, сделанная на такой аппаратуре, при необходимых условиях может быть отнесена к вещественным доказательствам. И промедление по ее изъятию может привести к уничтожению важных сведений, учитывая тот факт, что запись (в большинстве случаев) осуществляется циклично, стирая предыдущую информацию. Каким образом защитник вправе изъять ее при наличии согласия собственника записи?

Законодатель, к сожалению, не разъяснил порядок получения предметов. И на практике сведения и предметы могут быть истребованы только по адвокатскому запросу установленного образца, в соответствии с п. 1 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатах в Российской Федерации» Срок исполнения данного запроса составляет 30 суток. Либо по инициативе адвоката органом предварительного следствия и дознания в ходе проведенного осмотра места происшествия, выемки или обыска.

Другое дело, если защитник самостоятельно обнаружил данный источник видеосъемки, то есть в отсутствии владельца.

В этом случае по его ходатайству данная видеозапись может быть изъята у защитника в ходе проведения выемки.

Также имеется возможность предоставить такую запись в судебном заседании на стадии судебного следствия.

Но признание доказательства допустимым гарантировано не будет, поскольку адвокат не вправе привлекать понятых, способных зафиксировать процесс его приобретения. И без их показаний суду сложно сделать вывод о законности их добычи.

Вместе с тем, разумнее было бы предоставить защитнику полномочия по изъятию предметов путем составления процессуальных документов.

Как указывает Березин А.А., таким документов мог бы быть акт. «К примеру, при отказе следователя в удовлетворении ходатайства о проведении следственного эксперимента или, скажем, проверки показаний на месте можно попытаться приобщить к материалам уголовного дела фотографии с места происшествия с воссозданием на них обстановки, интересующей сторону защиты. Для наделения таких фотографий признаками относимости, допустимости и достоверности, присущими доказательствам, целесообразно составить какой-либо документ, которым бы фиксировалось проведение фотосъемки в определенном месте и в определенное время. В частности, таким документом может являться акт фотографирования или проведения фотосъемки, заверенный подписями присутствовавших при его проведении лиц. Фотографии будут являться приложениями к такому акту. Вероятность того, что следственный орган либо суд удовлетворят ходатайство о приобщении такого документа к материалам дела, будет невелика, но все же стоит попытаться»³⁴⁷.

Учитывая, что отечественное законодательство определено как состязательное, то следует должным образом закрепить правила адвокатского расследования, обеспечивающие равную юридическую силу собранных доказательств со стороной обвинения, в том числе возможность применения ряда мер принудительного характера. На сегодняшний день последнее исключено и адвокат может осуществить опрос только в том случае, когда опрашиваемое лицо согласено давать объяснения.

Также для обеспечения равенства в сборе доказательств необходимо предусмотреть положение, что «иные документы» и «вещественные доказательства» могут предоставлять в том числе стороной защиты и иметь равное доказательственное значение для суда.

Изменения в части объема полномочий защитника и адвоката являются важной гарантией защиты прав участников процесса, обеспечения состязательной модели уголовного процесса, обеспечения должной реализации функции субъекта доказывания.

³⁴⁷ Березин А.А. Защита прав граждан адвокатом в уголовном процессе [Электронный ресурс] («Статут», 2014) [КонсультантПлюс]) – дата обращения 30.03.2018 г.

*С.А. Роганов, докт. юрид. наук,
профессор кафедры уголовного права
и уголовного процесса СПбГЭУ,
профессор*

Проблемы процессуального статуса иных участников уголовного процесса

Разработка научной концепции государственной политики борьбы с преступностью неразрывно связано с совершенствованием отраслевого права, особенно уголовно-процессуального права, где каждый отдельный его институт ориентирован на свой определенный участок общественных отношений. Одним из таких и является институт иных участников уголовного процесса, среди которых особое процессуальное внимание заслуживает понятой.

Понятой является участником уголовного судопроизводства, выполняющий функцию содействия правосудию. Назначение понятого в досудебном производстве состоит в удостоверении факта совершения определенного следственного действия, его содержания, хода и результатов, т.е. он является участником процесса, способствующим собиранию доказательств. Однако участие последнего в ходе раскрытия и расследования преступлений до настоящего времени недостаточно регламентировано законодательством, в частности уголовно-процессуальным.

Необходимо отметить, что идея участия понятых в уголовном процессе имеет исторические традиции, однако ее реализация на практике в нашей стране была и остается непростым делом.

Анализ литературных источников и следственной практики свидетельствуют о неоднозначном подходе к участию понятого в уголовном процессе. Это приводит к проблемным ситуациям, которые возникают в процессе производства по уголовным делам. Перечислим наиболее важные из них.

Во-первых, законодатель не последователен и не категоричен в своих действиях по совершенствованию диспозиции ст. 170 УПК РФ. Напрашивается вопрос: почему при производстве обыска, выемки изъятие электронных носителей информации, личном обыске и предъявлении для опознания участие понятых является обязательным условием их проведения? А при *большинстве* (выделено нами – С.Р.) других следственных действий отсутствие понятых допустимо заменять техническими средствами фиксации хода и результатов таких действий. Какие критерии при этом использовал законодатель остается большой загадкой. Можно предположить, что законотворец сам не верит в объективность проведения правоприменителем, например, обыска без понятых. Полагаем, что в законе должен быть один категоричный ответ: или понятые участвуют в следственных действиях (за исключением допроса, очной ставки, назначения и производства экспертизы), или данный уголовно-процессуальный институт необходимо исключить из УПК РФ. К сожалению, наш менталитет не позволит нам двигаться по пути англо-саксонской системы права. В судах Российской Федерации показания полицейского ставятся под большое сомнение на предмет их допустимости.

Видеокамеры и цифровые фотоаппараты не всегда способны заменить понятых: техника морально устаревает, аккумуляторные батареи не способны на длительную работу, специалистами не соблюдаются методы и виды съемки. Так, например, замена источника питания в видеокамере и, как следствие, приостановление видеозаписи, будет являться основанием для выдвижения контрверсий стороной защиты.

Участие понятых в производстве следственных действий, в большей части, носит формальный характер. Это можно объяснить тем, что: интересы понятых не всегда совпадают с публичными интересами; не соблюдаются этические нормы следователем (дознатель) при привлечении лица в качестве понятого. Не надо видеть в понятых гарант законности проведенного следственного действия. Необходимо принимать во внимание их недобросовестность: пассивность в следственных действиях, не последовательность и непредсказуемость показаний в суде.

Во-вторых, анализ уголовных дел показал, что адвокаты в судебных прениях заявляют ходатайство об исключении доказательства как недопустимое на том основании, что гражданин повторно участвовал в следственных действиях по конкретному уголовному делу. Судьи не однозначно разрешают такие ходатайства, то есть толкование п. 2 ч. 2 ст. 60 УПК РФ не является единообразным. Если гражданин первый раз участвовал в следственном действии, то он уже является участником процесса. А закон запрещает участникам уголовного судопроизводства быть понятым. Таким образом повторное участие в следственных действиях одного и того же понятого по конкретному уголовному делу является неправомерным.

В-третьих, кодифицированный закон не в полной мере регламентирует вопрос об ответственности понятых. Имеет место коллизия норм ч. 2 ст. 11 УПК РФ, которая допускает возможность применить к недобросовестному понятому иных мер процессуального принуждения (обязательство о явке, привод, денежное взыскание) и ст. 112 и 113 УПК РФ, регламентирующие процессуальный порядок их применения, но в числе участников, к которым может быть реализованы эти меры, понятой не назван.

В случае неисполнения своих процессуальных обязанностей на понятого может быть наложено денежное взыскание в размере до двух тысяч пятьсот рублей. Такая ответственность может наступить только после подтверждения своей подписью разъясненных ему прав и обязанностей. Однако, если имеет место мотивированный отказ от дальнейшего участия в следственном действии, например, психологический аспект восприятия фрагментов тела потерпевшего, то к ответственности понятой не может быть привлечен (в отличие от самовольного оставления места обыска). Если гражданин отказывается участвовать в качестве понятого, то он просто не исполняет свой гражданский долг и в такой ситуации недопустимо его привлекать к ответственности.

В-четвертых, непременным условием участия понятого в производстве следственного действия является его добровольность. На практике мы видим, что должностным лицам органов предварительного расследования с большим трудом удается привлечь граждан в качестве понятых. Причиной тому, как нам

видится, является правовой нигилизм значительного числа граждан, который проявляется в неуважительном отношении к праву, в том числе и к положениям, содержащимся в УПК РФ. Использование повелительных способов вовлечения граждан в качестве понятых приводит, в конечном итоге, к получению не объективных показаний этих лиц, которых приходится допрашивать в качестве свидетелей. Особенно это касается тех уголовных дел, где обвинение основано на показаниях таких свидетелей, ранее вовлеченных, например, при производстве осмотра места происшествия в качестве понятых.

Таким образом, действующие нормы института понятых не в полной мере соответствуют общим тенденциям современной уголовно-процессуальной политики Российской Федерации. Необходимо все же признать, что проблема участия понятого в уголовном судопроизводстве еще не решена, а потому нуждается в дальнейшем исследовании.

*Семенов К.П., канд. юрид. наук.
доцент кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета
МВД России*

**Жестокое обращение с животными
в форме причинения психических страданий:
постановка проблемы криминализации самостоятельного деяния**

Согласно диспозиции ч. 1 ст. 245 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее УК РФ), изложенной в редакции Федерального закона от 20.12.2017 № 412-ФЗ «О внесении изменений в ст. 245 и 258¹ Уголовного кодекса Российской Федерации и ст. 150 и 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», под жестоким обращением с животным необходимо понимать совершение субъектом любых деяний в целях причинения животному боли и (или) страданий, в том числе совершенных из хулиганских или из корыстных побуждений, если в результате этих деяний животному причиняется смерть или увечье³⁴⁸. О какой боли и страдании животного, в аспекте причинности их возникновения, идет речь? Очевидно, что первопричиной боли и страданий животного является оказываемое на него физическое воздействие со стороны субъекта. То, что животное испытывает физическую боль и страдания становится понятным наблюдателю по воспроизводимым звукам и телодвижениям животного, которыми оно демонстрирует переживаемый физический дискомфорт. Восприимчивость и проводимость животным физической боли понятной человеку является результатом сложности нервно-психического и физиологического строения его позвоночного организма³⁴⁹. Кроме того, наблюдателю очевидно, что избранный способ непосредственно совершаемого субъектом деяния в отношении животного неизбежно является для него приносящим боль и страдания. По этим признакам деяние относимо к жестокому, поскольку избранный субъектом способ его совершения, поведение животного в момент оказываемого на него воздействия, а также последствия от его совершения неизбежно доставляют животному физическую боль и подобное деяние способно привести к гибели или увечью животного, поскольку приводит к необратимым и невосполнимым последствиям для его организма.

Законодательно сформулированная диспозиция ч. 1 ст. 245 УК РФ в части применения союзов «и (или)», связывающих термины «боль» и «страдания», позволяют предполагать, что причиной страданий животного может явиться воздействие на его психику, что вполне допустимо с учетом сложности нервно-физиологического строения организма позвоночных животных к которым от-

³⁴⁸ Федеральный закон от 20.12.2017 № 412-ФЗ «О внесении изменений в статьи 245 и 258¹ Уголовного кодекса Российской Федерации и статьи 150 и 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Ст. 1. [Электронный ресурс] // Правовой сайт «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru> (дата обращения: 23.03.2018).

³⁴⁹ Семенов К.П. К вопросу о предмете преступления, предусмотренного статьей 245 Уголовного кодекса Российской Федерации // Мир юридической науки. – 2016. – № 3. – С. 50.

носятся млекопитающие (звери) и птицы, являющиеся предметом преступного жестокого обращения³⁵⁰. Вряд ли воздействие на психику животного может вызвать физическую боль, но вполне может вызвать психические страдания. Если таковые способны привести к гибели или увечью животного, то тогда придется признать существование своеобразной формы жестокого обращения с животным как воздействие на его психику. Но в таком случае возникает еще одна проблема, связанная с пониманием общественностью переживаемых животным психических страданий. Ведь, зачастую воздействие на психику животного носит неочевидный характер, например, лишение животного возможности общения с объектом своей привязанности. Неочевидными могут выглядеть и переживаемые животным психические страдания, которые оно способно передавать в объективную реальность издаваемыми звуками или телодвижениями. А наступление смерти или увечья животного от переживаемых психических страданий выглядит совсем невероятным событием, неподдающимся человеческому осознанию. Но это совсем не означает, что какое-либо явление не существует в природе, если оно не познано человечеством. Таковые явления необходимо понимать и осмысливать, признавая их наличие и приходя к выводу, что они существуют в природе независимо от нас и наших знаний о нем.

Одним из способов жестокого обращения с животными признается такая форма преступного бездействия как длительное лишение животного воды и пищи³⁵¹. При этом никакого внешнего физического воздействия, причиняющего физическую боль или страдания, на животное не производится. Очевидно, что голодное и обезвоженное животное будет испытывать страдания, но вопрос о природе происхождения этих страданий (физических или психических), по нашему мнению, остается открытым. Безусловно, традиционно сложившееся мнение теоретиков и практиков будет настаивать на физической природе происхождения страданий животного, поскольку его организм не получает физического питания. Но это не означает, что организм животного испытывает только физический дискомфорт, поскольку природа происхождения желаний на удовлетворение пищевых потребностей имеет психическую основу, которая, по нашему мнению, в случае их неудовлетворения может явиться причиной для психических страданий. Значит и механизм психических страданий, приводящий к гибели животного, становится уместным.

Для совершения попытки признания психических страданий формой жестокого обращения с животными необходимо обратиться к относительно новой отрасли научных знаний, каковую представляет когнитивная этология, являющаяся частью биологических знаний. Вообще, этология изучает поведение животной особи в естественной для данного вида среде обитания³⁵². Когнитивная

³⁵⁰ Семенов К.П. К вопросу о предмете преступления, предусмотренного статьей 245 Уголовного кодекса Российской Федерации. Указ. соч. С. 51.

³⁵¹ Уголовное право России. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.М. Мацкевича, Н.Г. Кадникова. – М.: Союз криминалистов и криминологов, Криминологическая библиотека, Российский криминологический взгляд, 2015. С. 751.

³⁵² Зорина З.А., Полетаева И.И. Зоопсихология. Элементарное мышление животных: Учебное пособие / З.А. Зорина, И.И. Полетаева. – М.: Аспект Пресс, 2012. С. 9.

этология, в свою очередь, изучает рассудочную поведенческую деятельность животных, основанную на их элементарном мышлении³⁵³. Основоположник теории биологической эволюции известный английский ученый-натуралист XIX в. Чарльз Дарвин, изучая эмоциональный мир животных, выделил шесть базовых, врожденных эмоций, свойственных позвоночным животным, а именно: гнев, страх, счастье, грусть, отвращение и удивление. Более поздние исследования ученых-этологов добавили к этому списку еще десять эмоций, которые способны переживать позвоночные животные, транслируя свои психические состояния в окружающую действительность, что позволяет их выделять и идентифицировать человеком, обладающим специальными познаниями, а именно: ревность, презрение, стыд, смущение, симпатия, вина, гордость, зависть, восхищение и негодование³⁵⁴. Способность позвоночных животных переживать столь разнообразный спектр эмоций показывает на сложность организации их психики и способность к проявлению поведения, подчиненного рассудочно-эмоциональному переживанию различных психических состояний. Эти психические состояния позвоночные животные переживают в различных условиях внешней среды. То есть, изменяя условия внешней среды без оказания физического воздействия на позвоночное животное, можно вызвать у него различные эмоциональные состояния как результат их рассудочной деятельности. Значит, теоретически можно влиять на психику животного посредством изменения факторов внешней среды. Если эти факторы будут являться психотравмирующими для животного, то можно вызвать у него состояние психического страдания, способного привести к самым разнообразным последствиям, вызывающим как патологические изменения в организме животного, так и запускающими механизмы наступления смерти животного. А это означает, что внешние воздействия на психику животного, без непосредственного оказания на него физического воздействия, способны вызвать психические страдания, приводящие к последствиям преступного жестокого обращения с животным, что может указать на наличие признаков состава преступления, предусмотренного ст. 245 УК РФ.

Как здесь не вспомнить трагическую судьбу собаки, описанную в повести Г.Н. Троепольского «Белый Бим Черное ухо»³⁵⁵. Похожая история произошла в Екатеринбургском аэропорту Кольцово в наши дни. Владелец болонки бросил свою собаку в аэропорту, поскольку ее по формальным основаниям отказались принять на борт самолета для перелета вместе с хозяином. Собака испытала стресс от разлуки с хозяином и вскоре погибла от холода на улице. Никакой информации об ответственности владельца за гибель животного сообщено не было. Видимо поступок хозяина собаки остался без правовой оценки³⁵⁶.

О том, что домашние животные способны испытывать депрессии, стрессы и нервные срывы по причинам недостаточно благоприятных внешних условий их содержания, обеспечиваемых владельцами, что порой требует участия

³⁵³ Бекофф М. Эмоциональная жизнь животных. – СПб.: ИГ «Весь», 2010. С. 45.

³⁵⁴ Там же. С. 23–24.

³⁵⁵ Троепольский Г.Н. Белый Бим Черное ухо. – М.: Детская литература, 1979. – 319 с.

³⁵⁶ Жестокое обращение с собакой / Оставили умирать [Электронный ресурс] // Сайт «5-знак отличия». Новости. URL: <http://www.5-tv.ru/news/201701> (дата обращения: 12.01.2017).

зоопсихологов в судьбе и психическом здоровье животных, сообщают средства массовой информации³⁵⁷. А какие невероятные вопли издавали 80 тысяч живых и здоровых кур, почувствовав свою обреченность на гибель в мясорубке, когда их живьем конвейером отправили на перемолку в кормовую мясокостную муку на Климовской птицефабрике Волгоградской области³⁵⁸. Подобными примерами проявления разумного поведения животных, оказавшихся в условиях неблагоприятного психического воздействия, изобилует объективная действительность. Автор настоящей статьи сам явился очевидцем трагического исхода для животного, оказавшегося в условиях неблагоприятного психического воздействия. В семье, в условиях клетки, жила домашняя декоративная крыса. Очень забавное и добродушное существо, отличавшееся эмоциональным реагированием на громкие звуки, которые могли позволять себе малолетние дети. В один из дней, когда дети позволили себе наиболее громкое присутствие рядом с клеткой, крыса повела себя странно. Она стала бегать по кругу, прихрамывая на переднюю и заднюю лапки ближайшие к центру описываемого ею круга. А через несколько дней крыса сдохла. Знакомый ветеринар объяснил, что нервная система у крысы очень нежная и слабо устойчива к внешним психическим раздражителям. Поэтому громкий близкий звук спровоцировал у нее инсульт и быструю гибель. Инсульт отразился увечьем для животного в результате его психического страдания.

Таким образом, для восприятия психических страданий животного как формы жестокого обращения с ним необходимо понимание общественностью возможности неблагоприятного исхода для здоровья и жизни позвоночного животного, оказавшегося в условиях негативного воздействия на его психику внешними раздражителями. Действующая уголовно-правовая норма содержит необходимые признаки, позволяющие адекватно квалифицировать подобные деяния со стороны субъекта. Необходимо создавать прецеденты привлечения субъектов к уголовной ответственности и нарабатывать судебную практику.

³⁵⁷ Ловкова Д. Бывают ли у животных нервный срыв и депрессия / Психологические проблемы требуют внимания хозяев и ветеринаров // Метро. – 2012. – 01 июня.

³⁵⁸ Колядина Е. Жирафа спасли. А кто спасет курицу? // Метро. – 2014. – 20 февраля.

*Солодовник В.В., канд. юрид. наук.
старший преподаватель кафедры
общеправовых дисциплин
Ленинградского областного филиала
Санкт-Петербургского университета
МВД России*

*Лебедев А.Н. старший преподаватель
кафедры общеправовых дисциплин
Ленинградского областного филиала
Санкт-Петербургского университета
МВД России*

Выявление и преодоление противодействия расследованию при производстве осмотра места происшествия

Следы противодействия расследованию, как правило, отражаются в материальной обстановке и наиболее эффективно выявляются при проведении отдельных следственных действий: осмотра места происшествия, освидетельствования, обыска, проверки показаний на месте и следственного эксперимента, а также в результате производства судебных экспертиз. Чем искуснее преступником исполнен прием противодействия, тем более опытным и наблюдательным должен быть следователь, чтобы выявить из механизма совершения преступления признаки противодействия, преодолеть это противодействие.

Большое значение в выявлении признаков противодействия имеет качественное производство осмотра места происшествия, потому что именно это следственное действие производится, как правило, на первоначальном этапе расследования и позволяет в полном объеме изучить обстановку места преступления, выявить, зафиксировать и изъять следы совершения или сокрытия преступления, а также признаки различных приемов противодействия расследованию.

Ярким примером противодействия расследованию может быть деятельность организованных преступных групп и организаций, члены которых осуществляют маскировки и инсценировки при совершении тяжких и особо тяжких преступлений, связанных с убийствами, разбоями, кражами. Данные преступные действия всегда имеют отражение в материальной обстановке и в сознании очевидцев, поэтому любой факт противодействия может быть выявлен сотрудниками правоохранительных органов. При осмотре места происшествия следователь должен отделить следы сокрытия преступления и противодействия расследованию следователя от следов преступления и соответствующим образом их оценить, в результате чего первые могут стать источниками доказательств по делу, потому что свидетельствуют о мотивах преступника, связях между членами организованной преступной группы. Мы поддерживаем точку зрения Р.Ш. Осипян, который пишет, что нередко именно следы противодействия являются «нитью Ариадны», приводящей к заказчику преступления, который пытается заранее предугадать все действия следователя при обнаружении признаков инсцениро-

вок и таким образом может раскрыть свое участие в организации совершения преступления³⁵⁹.

Лидер организованной преступной группы (далее – ОПГ), как правило, остается в стороне от совершения преступления рядовыми членными преступной группы. Доказать его причастность к совершению преступления очень сложно. На местах происшествия не могут быть обнаружены его следы, так как он там физически не присутствует. Там могут быть обнаружены только следы исполнителей. Руководство преступной деятельностью лидер ОПГ осуществляет путем планирования и подготовки совершения преступления, координации действий всех членов преступной группы, в том числе и через посредников, сокрытии следов преступления и лиц, его совершивших, а также организации противодействия расследованию.

Действиями членов ОПГ лидер руководит, нередко используя средства мобильной связи, находясь на значительном расстоянии от места совершения преступления. При расследовании данной категории преступлений необходимо также использовать возможности современной техники. Мы полностью поддерживаем точку зрения Н.Г. Шурухунова, который пишет, что при расследовании преступлений, совершенных ОПГ, должна изыматься информация о соединениях между абонентами³⁶⁰. Так, получение информации о соединениях между абонентами позволит выявить связи рядовых членов ОПГ и их лидеров, а также других сообщников. Кроме того, возможно получить сведения о местонахождении абонента с привязкой его нахождения к ближайшей приемопередающей базовой станции (биллинг). При помощи такого биллинга можно опровергнуть ложное алиби подозреваемого, выдвинуть и проверить различные следственные версии, установить другие обстоятельства, имеющие значение для хода расследования. Следователь при необходимости может достаточно четко вычислить места, откуда лидер ОПГ посредством мобильной связи отдавал какие-либо указания. В ряде случаев в ходе следствия удастся вычислить конкретные строения, откуда осуществлялся очередной сеанс связи по мобильному телефону, и кому предназначался сигнал по телефону.

На наш взгляд, следует проводить осмотр не только места преступления или обнаружения следов преступления, но и места, где находился лидер ОПГ и откуда он осуществлял руководство совершением преступления. Такими местами могут являться офис, квартира, участок местности, телефонный автомат и пр. В ходе осмотра этих мест можно обнаружить и изъять вещественные доказательства (документы, планы, схемы), уличающие его в организации преступной группы (сообщества). Так же могут быть установлены свидетели организации преступной деятельности, может быть снята информация с устройств видеонаблюдения, информация переписки по электронной почте или социальным сетям. При изучении дан-

³⁵⁹ Осипян Р.Ш. Криминалистические аспекты преодоления противодействия расследованию преступлений как составная часть следственной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. – Калининград, 2009. – С. 110-111.

³⁶⁰ Шурухунов Н.Г. Следственные действия последующего этапа расследования фальшивомонетничества: практическое значение и тактико-технологические основы // Российский следователь. – 2014. – № 5. – С. 15.

ных объектов могут быть установлены другие преступные связи лидера ОПГ, может быть обнаружено имущество, добытое в результате преступной деятельности и т.д.

Также факт причастности лидера ОПГ к подготовке и организации преступления доказывается установлением факта его причастности к орудиям преступления, огнестрельному или холодному оружию, которое применялось при совершении преступлений, а также к другим предметам, которые исполнитель использовал при совершении преступления. В связи с этим обнаружение при осмотре места происшествия следов лидера ОПГ является одной из задач следователя. В последующем по изъятым на месте происшествия объектам могут быть назначены судебные экспертизы для установления факта прикосновения конкретного лица к определенным предметам. В качестве примера можно привести случай, когда организатор преступления передает оружие исполнителю, снабжает планами, схемами, фотографиями места, где должно быть совершено преступление.

Немаловажным условием выявления следов противодействия при осмотре места происшествия является умение следователя определить относимость обнаруженных следов к совершенному преступлению.

А.В. Ушенин пишет, что при оценке относимости следа к совершенному преступлению имеет значение обнаружение некоторых совокупностей следов:

- следов, которые образовались в результате действий преступников по совершению преступления, а также потерпевших, очевидцев;
- следов, возникших вследствие умышленных действий заинтересованных лиц для инсценировки обстановки места происшествия после изучаемого события;
- следов, которые образовались случайно и к не имеет отношения к совершенному преступлению (например, случайно проехавшая машина уничтожила следы на почве)³⁶¹.

Следователь должен осуществить мысленное моделирование и выделить следы, оставленные до совершения преступления, следы оставленные преступником и следы, оставленные после совершения преступления, как преступником, так и лицами, не имеющими никакого отношения к преступлению.

При осмотре места происшествия следователь не только обнаруживает следы преступления, но и осуществляет мыслительную деятельность по оценке данных следов и сопоставлению их с другими обстоятельствами расследуемого преступления. Например, следователь, проводя осмотр места происшествия по факту кражи из помещения путем пролома в стене, обратил внимание на тот факт, что с другой стороны стены мебель была отодвинута на другие места (об этом свидетельствовали следы на полу). Следователем была выдвинута версия об инсценировке кражи, которая подтвердилась в ходе расследования. При осмотре места происшествия по фактам убийств необходимо обращать внимание на признаки, свидетельствующие об изменении положения трупа на месте происшествия, на которое указывают трупные пятна, кожные ссадины посмертного происхождения. При сопоставлении этих признаков с другими обстоятельствами совершенного

³⁶¹ Ушенин А.В. Распознавание и разоблачение инсценировок и фальсификаций при расследовании преступлений: автореф. дис... к.ю.н. Ижевск, 2004. С. 14.

преступления, эти признаки не впишутся в логический ход произошедшего события. Их можно будет определить как «негативные обстоятельства», которые надо как-то объяснить.

Противодействие расследованию при осмотре места происшествия может также осуществляться путем маскировки тайников с целью сокрытия предметов, имеющих отношение к преступлению. Подготовка различных тайников и хранилищ включает в себя также их маскировку. Для этого в обстановку места происшествия могут вноситься некоторые изменения: декоративные каминные, раздвижные стенки, полы и потолки с двойным дном. Особое место в способах маскировки занимает сокрытие предметов и веществ, изъятых из гражданского оборота (наркотические вещества, оружие, боеприпасы). Для их транспортировки используют имеющиеся в автомобиле полости и целенаправленно изменяют кузовные детали автомобиля, оборудуя в кузове полости для помещения и транспортировки наркотиков. Так, в ходе пограничного и таможенного контроля сотрудников правоохранительных органов должно насторожить отличие по загрязненности одного из колес автомобиля от трех остальных. Это может свидетельствовать о том, что данное колесо установлено недавно и в нем может быть оборудован тайник, в который помещены наркотические средства.

В целях преодоления противодействия, а также выявления различных приемов сокрытия преступления, маскировки, инсценировки следователь должен знать и использовать в своей деятельности методики выявления указанного противодействия. При этом следователь не должен во всех случаях действовать шаблонными методами, потому что для выявления сложных инсценировок и маскировок шаблонные методы не всегда являются достаточными. Необходим креативный, творческий подход к решению стоящих перед следователем задач.

*Степанова О.Ю., преподаватель кафедры
предварительного расследования
Санкт-Петербургского университета МВД
России*

Основные детерминанты преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы личности несовершеннолетних

Совершению преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности несовершеннолетних способствуют ряд причин, а так же условий, которые порождают данное явление. Среди них следует выделить следующие группы: социально-экономическую, биофизиологическая и морально-этическую.

По мере увеличения разрыва в уровне дохода населения возрастает виктимность широких слоев общества, особенно несовершеннолетних.

Социальное неблагополучие – одна из причин преступного поведения в сексуальной сфере. Большая часть сексуальных преступников – «выходцы» из маргинальных слоев. Не бедность, а быстрый скачкообразный переход от достатка к бедности, порождает отсутствие возможности удовлетворять свои потребности и нужды человека.

Устойчивая ситуация, при которой долгое время не удовлетворяются основные потребности ребенка носит название социальная депривация. Рост полусирот и сирот – основной показатель социальной депривации в России. И в данном случае следует говорить о социальном сиротстве как об общественно опасном явлении.

По статистическим данным количество детей сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на территории РФ в 2017 г. составляет 54,5 тыс., в 2016 г. – 58 168 человек.

Насилие, в том числе и сексуального характера, в отношении данной категории имеет распространённый характер. О данном факте свидетельствуют примеры из практики. Так, в детском доме Кировского района г. Санкт-Петербурга выявлен факт совершения сексуального насилия в отношении шести подопечных. Преступление, предусмотренное ч. 3 ст. 132 УК РФ было совершено 10 лет назад сотрудниками данного учреждения³⁶².

Большая часть жертв от сексуальных посягательств – дети из неблагополучных семей. Отмечается слабая работа органов опеки и попечительства, недостаточно эффективна работа и органов местного самоуправления, а также профилактическая деятельность органов внутренних дел.

Педагогическая запущенность беспризорных и безнадзорных несовершеннолетних способствует появлению психических расстройств, связанных с перенесенными стрессами, насилием, унижениям и т.д. Искажается представление о нормальных интимных отношениях, взаимоотношениях между мужчиной и женщиной.

³⁶² Дело пахнет воспитателями сирот. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: www.fontanka.ru/2017/04/24/154/ (дата обращения 26.03.2018 г.).

Алкоголизация подрастающего поколения – еще одна проблема современного общества, последствием которой выступает совершение ими либо в отношении них преступлений, в том числе и сексуального характера. Так, при совершении преступлений в состоянии алкогольного либо наркотического опьянения в г. Санкт-Петербурге было совершено в 2017 г. – 13%, в 2016 г. – 12% преступных посягательств, в 2015 г. – 15%³⁶³.

Сама природа человека обуславливает совершение преступлений против половой неприкосновенности и против половой свободы, а именно желание удовлетворить свои физиологические потребности.

Психологические, а в ряде случаев психические проблемы лица, выступают причинами совершения половых преступлений против несовершеннолетних.

Сексуальная жизнь – одна из загадочных тайн природы, общества и личности. Судебные психиатры и сексопатологи рассматривают половое влечение к детям как психосексуальное расстройство³⁶⁴. В медицинской литературе их называют перверсиями, извращениями. Одна из таких – педофилия.

Международный классификатор болезней 10-го пересмотра (МКБ-10) содержит наиболее полное определение педофилии, под которой понимается «расстройство сексуального предпочтения детей, зачастую препубертатного или раннего пубертатного возраста»³⁶⁵. Различают ложную и истинную педофилию. Истинная педофилия – единственно приемлемый способ удовлетворения сексуальных потребностей, где действия происходят с детьми. При замещающей педофилии по мимо извращенного удовлетворения потребностей возможны и нормальные сексуальные контакты.

Отличие сексуальных девиаций от сексуальных перверсий в том, что они являются непатологическими отклонениями от общепринятых норм полового поведения.

Удовлетворение сексуальных потребностей не всегда является основным мотивом совершения данных преступлений. В ряде случаев преступник пытается унижить жертву, подавить её волю, удовлетворить чувство собственного достоинства³⁶⁶.

³⁶³ Городской информационно-методический центр Семья. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: <http://www.homekid.ru/analiticheskie-materialyi-o-polozhenii-detej-i-semej-v-sankt-peterburge.html> (дата обращения: 26.03.2017 г.).

³⁶⁴ Свирин Ю. Биологический (генетический) фактор как одно из условий преступного поведения // Российская юстиция. 1996. № 12. С. 22 – 24; Щербаков А.И. Структурный феномен личности преступника в современной криминологии: автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2001. С. 13; Антонян Ю.М., Афанасьева О.Р., Гончарова М.В., Рачицкая В.А., Тимошина Е.М., Шиян В.И. Личность преступника и профилактика преступлений: монография. М: Проспект, 2017. С. 137–138.

³⁶⁵ Международная классификация болезней 10-го пересмотра // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: <http://mkb-10.com/> (дата обращения 03.04.2018 г.).

³⁶⁶ Актуальные проблемы уголовного права и криминологии: материалы XI ежегодного межвузовского круглого стола, посвященного Дню российской науки, 19 февраля 2016 г. Ставрополь: СФ КрУ МВД России, Сервисшкола, 2016. С. 44–45.

В настоящее время наблюдается трансформация половой морали российского общества. Изменилось отношение к сексу до замужества, беспорядочным половым связям, к институту семьи в целом. Пропаганда секса и насилия захлестнула СМИ и Интернет. Современные средства связи позволяют обмениваться сообщениями, содержащими картинки непристойного содержания. 45% несовершеннолетних подвергаются сексуальным домогательствам посредством информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе Интернета³⁶⁷.

Нравственная и духовная деградация прослеживается не только у взрослых людей, но и у подростков. Средний возраст беременности несовершеннолетних по России составляет на 2017 г. – 13,6 лет. Популярность имеют и аборты среди несовершеннолетних девушек.

Раннее образование детей в области секса способствует достижению целей «педофильского лобби». Европейские стандарты, реализуемые в образовании во многих странах Европы, признаны ядром определения политики по указанному вопросу в области здравоохранения и образования. Вызывание у детей интереса к сексу, деформация черты нормальности сексуальных отношений способствует росту их безнравственности, повышение уровня виктимного поведения, следовательно, может повлечь увеличение числа преступлений, совершаемых в отношении несовершеннолетних.

Не существует одной главной причины совершения преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности несовершеннолетних. Их необходимо рассматривать комплексно, в совокупности, что позволит наиболее эффективно разработать механизмы борьбы с этим опасным явлением.

³⁶⁷ Сдай педофила. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: <http://www.pedofilov.net/analytics/> (дата обращения 03.04.2018 г.).

*Чабукиани О.А., канд. юрид. наук,
доцент кафедры уголовного права
и уголовного процесса СПбГЭУ, доцент*

Взгляд отечественных криминалистов на этапы совершения преступлений

На протяжении всей истории отечественной криминалистики ученые пытались максимально полно помочь в раскрытии и расследовании преступлений. Дореволюционный период характеризовался разъяснением знаний о приемах ведения следствия, попытками анализа методов собирания и использования доказательств. А.А. Квачевский в работе «Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 г.», «Об уголовном преследовании и об истребовании вознаграждения за вред и убытки от преступления: Теоретическое и практическое руководство» описывает ряд способов совершения преступлений, свойственные им следы, поиска приемы собирания улик.

А.П. Чебышев-Дмитриев поднимает вопросы покушения на совершение преступления, стадий совершения преступлений в целом. Так, выделял следующие ступени, преодолеваемые преступником: 1) замысел (возникает вследствие определенной потребности); 2) последовательная деятельность виновного, которая охватывает осуществление умысла, т.е. приготовление к нарушению права; осуществление намерения, т.е. действительное произведенное нарушение права; осуществление цели, ради которой совершено преступление. Приводя такое разделение, А.П. Чебышев-Дмитриев анализирует проблемы наказуемости негодного покушения, неисполнимости покушения³⁶⁸.

Таганцев Н.С. в лекциях по уголовному праву отводил большое внимание приготовлению к преступлению, которое рассматривал в трех группах: 1) подготовка выполнения; 2) подготовка пользования плодами преступного деяния; 3) подготовка безнаказанности. Дается попытка разделения таких понятий как приготовление и покушение. Так, существенный признак покушения, по его словам, можно искать или в характеристике воли, стремящейся к посягательству, либо в характеристике преступной деятельности (субъективная и объективная теории).

Г.Е. Колоколов также исследовал вопросы разграничения приготовления от покушения на преступление. В работе «К учению о покушении» (1884 г.) он писал, что определение правильных границ имеет не только теоретическое, но и практическое значение, потому что первое не является наказуемым, а второе является действием наказуемым, по крайней мере в тех случаях, в которых реализации умысла препятствуют внешние условия, не зависящие от воли преступного субъекта. Г.Е. Колоколов, проанализировав литературу по данному

³⁶⁸ Бессонова И.В. «Опыты по уголовному праву» А. Чебышева-Дмитриева: разработка проблем покушения (к 150-летию со дня опубликования работы) // Труды Оренбургского института (филиала) Московской государственной юридической академии. 2015. № 25. С. 109-113.

вопросы, сгруппировал все подходы по трем направлениям: 1) теория субъективная (разграничивающая покушение от действий приготавливаемых на основании момента внутреннего, психологического); 2) теория объективная, которая разграничения основывает на внешних свойствах преступной деятельности; 3) теория соединительная, представляющая попытку примирить субъективный взгляд с объективным.

Покушение Г.Е. Колоколов складывал из двух элементов: положительного и отрицательного. Первый из них указывает на признак, отличающий покушение от действий по приготовлению; второй – обозначает тот порог, за которое преступное действие не должно переходить, чтобы не превратиться из покушения в «*delictum consummatum*»³⁶⁹.

После революции криминалистика стала входить в науку уголовного процесса, поэтому основной упор стал на исследование доказательственной базы, правилах проведения следственных действий и иные реалии уголовного судопроизводства.

Весомый вклад внесли Н.С. Бокариус, В.И. Громов, С.М. Потапов, П.С. Семеновский, И.Н. Якимов и др.

Этот период отличается попыткой выделения криминалистических методик, но способу совершения преступлений продолжают уделяться многие работы. Так, И.Н. Якимов выделял четыре криминалистические методики в зависимости от объекта посягательства, но в некоторых случаях он использовал вторым основанием классификации – способ совершения преступления.

В последующем криминалистика начинает развиваться как самостоятельная наука, доказавшая необходимость рассмотрения криминалистической характеристики преступлений, существенно отличающейся от уголовно-правовой и криминологической. Таким различием является выделение не только приготовления, покушения и оконченного преступления, но также сокрытие преступления, его способах и других признаках, о преступнике и его поведении в целом³⁷⁰.

А.Н. Васильев и Н.П. Яблоков предлагали отказаться от классификации преступлений в криминалистической методике по уголовно-правовых характеристикам состава преступления и основываться лишь на криминалистических особенностях, имеющих значение для расследования преступлений, по способы совершения преступления, применяемым орудиям и средствам, механизму формирования доказательств.

Классификацию по способу совершения преступления, по степени сокрытия и маскировки преступления продолжили изучать Г.Г. Зуйков, Р.С. Белкин, И.Ф. Герасимов, А.Н. Васильев, Н.А. Возгрин, В.А. Образцов.

Г.Г. Зуйков рассматривал способ совершения преступления как систему действий по: 1) подготовке; 2) совершению; 3) сокрытию преступления, детер-

³⁶⁹ Колоколов Г.Е. К учению о покушении. М.: Унив. Тип. М. Катков. 1884. С. 189.

³⁷⁰ Абдулжалилов Ш.М., Миронова Е.А. К вопросу о значимости способа совершения и сокрытия преступления как элемента криминалистической характеристики преступления // Nauka-rastudent.ru – 2017. – № 01(037) [Электронный ресурс]. – дата обращения 03.11.2017.

минированных условиями внешней среды и психофизиологическими свойствами личности, «могущими быть связанными с избирательным использованием соответствующих орудий или средств и условий места и времени»³⁷¹.

С.Н. Чурилов рассматривает механизм преступления как сложную динамическую систему, состоящую из трех причинно-следственных звеньев: 1) подготовкой; 2) совершения; 3) сокрытия преступления. При этом, автор уточняет, что при совершении преступления по неосторожности, а также умышленного преступления с внезапно возникшим умыслом первого звена не будет³⁷².

Криминалисты внесли большой вклад не только в разработку методик расследования преступлений, но и в науку уголовного права в части выделения этапов совершения преступления, необходимости разграничения приготовления, покушения, совершения и сокрытия преступления. Работы ученых помогали не только правильно квалифицировать деяния и объективно, полно, всесторонне расследовать уголовные дела, но и влияли на научное толкование этапов совершения преступления, определения размера ответственности за неоконченные деяния.

³⁷¹ Зуйков Г.Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления. Автореф. ... дисс... д.ю.н. 12.00.09. М., 1970. – С. 7.

³⁷² Чурилов С.Н. Методика расследования преступлений. Общие положения. – М., 2009. – 232 с.

*Шкеле М.В., канд. юрид. наук,
доцент кафедры уголовного права
Санкт-Петербургского университета МВД России,
доцент*

**Состав преступления и обстоятельства,
подлежащие доказыванию по уголовному делу**

Понятие состава преступления относится к основополагающим категориям российского уголовного права. Согласно положениям статьи 8 УК РФ основание уголовной ответственности определяется как совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления. Состав преступления является юридическим инструментом, обеспечивающим применение уголовного права в соответствии с разработанным учением о квалификации преступлений. В.Н. Кудрявцев определял квалификацию преступления «как установление и юридическое закрепление точного соответствия между признаками совершенного деяния и признаками состава преступления, предусмотренного уголовно-правовой нормой»³⁷³. В соответствии с принципом *nullum crimen sine lege* именно результат уголовно-правовой квалификации совершенного человеком деяния как преступления, предусмотренного конкретной статьей Особенной части УК РФ³⁷⁴, реализует принцип законности при привлечении к уголовной ответственности. Поэтому значение состава преступления и важность правильной квалификации трудно переоценить. Этим вопросам вполне обоснованно уделяется много внимания в учебниках и в научных работах. Однако, как верно отмечал А.Э. Жалинский, «квалификация преступлений – это, возможно, одна из важнейших уголовно-правовых правоприменительных задач, но во всяком случае не единственная»³⁷⁵.

Применение уголовного права осуществляется в соответствии с нормами уголовного процесса. Общеизвестное деление права на материальное и процессуальное при более глубоком изучении оценивается специалистами как условное, при том, что «представляется очевидным, что эти понятия в праве могут существовать только противопоставляясь друг другу, теряя в отсутствие «напарника» необходимый смысл»³⁷⁶. Поэтому помимо состава преступления следует уделять серьезное внимание и уголовно-правовому (материальному) содержанию такого понятия, которое в ст. 73 УПК РФ определяется как обстоятельства, подлежащие доказыванию.

Первое, что следует отметить, что понятия состава преступления и обстоятельств, подлежащих доказыванию, не тождественны.

³⁷³ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: «Юристъ», 1999. С. 5.

³⁷⁴ Возможно, со ссылкой на статьи 30 и (или) 33 УК РФ.

³⁷⁵ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: «Проспект», 2009. С. 295.

³⁷⁶ Взаимосвязь уголовного и уголовно-процессуального права: монография / под общ. ред. М.Б. Костровой. М.: «Проспект», 2017. С. 36–37.

В состав преступления входят структурированные на четыре элемента, так называемые, обязательные и факультативные признаки: объект преступления, предмет преступления, потерпевший (жертва преступления); общественно опасное деяние в форме действия или бездействия, общественно опасные последствия, причинная связь между ними, место, время, обстановка, орудия, средства, способ совершения преступления; вина в форме умысла или неосторожности, мотив, цель, эмоции; обязательные (физическое лицо, вменяемость, достижение возраста уголовной ответственности) и дополнительные (специальные) признаки субъекта преступления. Как известно, деление признаков состава преступления на обязательные и факультативные носит преимущественно теоретический характер и не предпрещает значения признаков для наличия конкретного состава преступления³⁷⁷. Указанный перечень признаков выработан в рамках учения общей части уголовного права, и нет ни одного признака в представленном перечне, который хотя бы для одного состава преступления не становился обязательным. Даже такой признак, как эмоции, хотя и учитывается в уголовном законе крайне редко, но можно назвать две статьи – ст.ст. 107 и 113 УК РФ – где сильное душевное волнение (аффект) становится обязательным признаком состава преступления.

К обстоятельствам, подлежащим доказыванию, согласно ст. 73 УПК РФ относятся:

- 1) событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления);
- 2) виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы;
- 3) обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого;
- 4) характер и размер вреда, причиненного преступлением;
- 5) обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния;
- 6) обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание;
- 7) обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания;
- 8) обстоятельства, подтверждающие обоснованность конфискации имущества в соответствии со ст. 104.1 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Кроме того, подлежат выявлению также обстоятельства, способствовавшие совершению преступления.

Обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, принято называть предметом доказывания. «Под предметом доказывания в юридической литературе принято понимать обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, представляющие собой совокупность фактических обстоятельств, которые необходимо установить для разрешения уголовного дела по существу»³⁷⁸. В этом смысле мы соприкасаемся в своих рассуждениях с разработанной в уголовном процессе теорией доказательств.

³⁷⁷ См., напр., Шкеле М.В. Обязательные и факультативные признаки состава преступления / Актуальные проблемы уголовной и уголовно-процессуальной политики Российской Федерации: материалы всероссийской научно-практической конференции (Омск, 27 марта 015 г.) Омск: Омская юридическая академия. 2015. С. 26–29.

³⁷⁸ Шаров Д.В. Предмет доказывания в уголовном судопроизводстве: исторический опыт и современные проблемы // Актуальные проблемы российского права. 2014. №11. С. 2603.

Следует согласиться с учеными-процессуалистами, которые отмечают, что предмет доказывания зависит от стадии уголовного процесса³⁷⁹. Но в рамках данной статьи нас интересуют обстоятельства, подлежащие доказыванию, во взаимосвязи с главным вопросом об основании и пределах уголовной ответственности. В этом смысле процессуалисты выделяют и исследуют понятие «главный факт». «Из круга обстоятельств, подлежащих доказыванию, выделяют так называемый главный факт, т.е. совокупность обстоятельств, относящихся к событию, действию (бездействию) и свидетельствующих о вине лица и наступивших последствиях (ст. 5 УК) или о его невинности»³⁸⁰.

Не вызывает сомнения, что все обстоятельства, которые связаны с доказыванием обязательных признаков конкретного состава преступления как основания уголовной ответственности, должны относиться к предмету доказывания в рамках названного главного факта. К таким признакам из перечня статьи 73 УПК прежде всего могут относиться признаки объективной стороны преступления (деяние как факт объективной действительности – событие преступления, связанные с ним время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления, характер и размер вреда, причиненного преступлением); признаки субъективной стороны преступления (форма вины и мотивы преступления), признаки субъекта преступления (обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого).

Вместе с тем, следует отметить, что этот перечень в соотношении с признаками состава преступления не является полным. Необходимо также выявлять обстоятельства, связанные с установлением необходимых признаков объекта преступления, предмета и потерпевшего, кроме того для многих составов преступлений субъективная сторона включает не только вину и мотив, но и цель преступления. Так, например, именно по цели различаются между собой сходные по объективной стороне составы террористического акта и диверсии. Поэтому вполне обосновано мнение, что в ст. 73 УПК РФ обстоятельства, подлежащие доказыванию, представлены в обобщенном виде и не могут рассматриваться как универсальный исчерпывающий перечень применительно к любым преступным деяниям.

С другой стороны, понятно, что некоторые из указанных обстоятельств выходят за рамки состава преступления, однако относятся к предмету доказывания с точки зрения реализации уголовно-правовых принципов дифференциации ответственности и индивидуализации наказания. В первую очередь это касается обстоятельств, характеризующих личность обвиняемого. Установление данных обстоятельств необходимо для выявления обстоятельств, смягчающих либо отягчающих наказание (ст.ст. 61, 63 УК РФ). Однако и иные обстоятельства, которые не учтены в рамках конкретного состава преступления, например, мотив или способ совершения преступления, могут учитываться как смягчающие или отягчающие обстоятельства. А вот двойной учет таких обстоятельств прямо запрещен уголовным законом (ч. 3 ст. 61 и ч.2 ст. 63 УК РФ).

³⁷⁹ Левченко О.В. Обстоятельства, устанавливаемые по уголовному делу // Известия ОГАУ. 2011. №30-1. С. 296–300.

³⁸⁰ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / под ред. П.А. Лупинской. М.: Юрист, 2004. С. 222.

Далее отметим, что вполне обоснованно и очевидно перечень обстоятельств, подлежащих доказыванию, выходит за рамки состава преступления. Сюда следует отнести: обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание; обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания; обстоятельства, подтверждающие обоснованность конфискации имущества в соответствии со ст. 104.1 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Несколько сложнее соотнести с составом преступления обстоятельства, исключаящие преступность и наказуемость деяния. В соответствии с теорией уголовного права и в соответствии со сложившейся судебной практикой считается, что наличие указанных обстоятельств исключает состав преступления.

Таким образом, применение уголовного закона связано не только с квалификацией (установлением наличия либо отсутствия состава преступления), но и с установлением более широкого круга юридически значимых обстоятельств, к числу которых прежде всего относятся обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу. А.Э. Жалинский справедливо отмечал, что в уголовно-правовой литературе понятие материально-правового обвинения употребляется крайне редко³⁸¹. Полагаем, что этот недостаток подлежит устранению. Особенно важным это представляется в образовательном процессе при обучении практических работников (будущих практических работников), связанных с применением уголовного права. «Перекося» при оценке значимости состава преступления по сравнению с иными обстоятельствами, подлежащими доказыванию, приводит к неправомерным приговорам, так как, справедливо предостерегал А.Э. Жалинский, что «суд или сторона обвинения связаны квалификацией деяния, пределами соответствующей статьи Особенной части УК РФ, но обладают почти неограниченным усмотрением по отношению к иным элементам обвинения. А они, в сущности, должны определять индивидуализацию наказания»³⁸².

Вместе с тем, использовать термины обвинение и предмет обвинения применительно к предмету доказывания, определенному в статье 73 УПК РФ, по нашему мнению, не вполне справедливо, поскольку среди доказательств в пользу обвинения там присутствуют и обстоятельства на стороне защиты: обстоятельства, исключаящие преступность и наказуемость деяния; обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание; обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания. Поэтому полагаем, что в уголовном праве следует использовать более общие термины, такие как предмет доказывания или обстоятельства, подлежащие доказыванию.

В заключение хотелось бы подчеркнуть, что введение в более широкий научный оборот обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, в их материальном (уголовно-правовом) значении будет способствовать всестороннему, полному и справедливому расследованию уголовных дел, формированию ответственных и грамотных специалистов в сфере применения уголовного права.

³⁸¹ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: «Проспект», 2009. С. 95.

³⁸² Там же. С. 99.

РАЗДЕЛ VI

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ «КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО»

*Д.Б. Гаганов, юрисконсульт
по административным делам, аспирант
кафедры теории и истории государства
и права Санкт-Петербургского
государственного экономического
университета*

Защита прав граждан в сфере здравоохранения

Важность защиты прав в данной сфере не подлежит сомнению. Большое количество жалоб фиксируется на ненадлежащее качество медицинской помощи.

Но начнём, как говорится, *ab ovo*, от яйца, то есть с конституционного начала. В соответствии со ст. 41 Конституции Российской Федерации каждый имеет право на охрану здоровья. Каждому праву корреспондирует юридическая обязанность.

Как же государство реализует свою обязанность? Правительство Российской Федерации утверждает в целях обеспечения конституционных прав на бесплатную медицинскую помощь Программу государственных гарантий. То есть государство не берёт на себя обязательство предоставить бесплатную юридически обусловленную медицинскую помощь, а создаёт и поддерживает систему правовых гарантий. Данное обстоятельство существенно влияет на степень правовой защищённости граждан в сфере здравоохранения. В указанной Программе происходит конкретизация права каждого на медицинскую помощь (ст. 19 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»). При этом чёткого перечня заболеваний и видов обследования, которые должны предоставляться бесплатно, в Программе нет, что создает возможность неоднозначного толкования законодательства.

При этом на основе указанной неполной конкретизации установлена административная ответственность за не информирование потребителей о возможности получить медицинскую помощь бесплатно в рамках Программы государственных гарантий. Арбитражным судом на основании рассмотрения заявления территориального управления Росздравнадзора устанавливается, что в медицинской организации в доступной форме отсутствует информация о возможности получения соответствующих видов и объемов медицинской помощи без взимания платы в рамках соответствующих программ государственных гарантий, что является нарушением п. 6 части 2 Правил предоставления платных

медицинских услуг населению медицинскими учреждениями. Отметим, что понятие "доступная форма" не раскрыто в Правилах.

Далее отметим неоднозначную ситуацию, способную повлечь формирование серого сектора в здравоохранении. Один из важных признаков явлений серой экономики – невозможность описать их с помощью аппарата обычной экономической и правовой теории. Этот признак относится и к системе здравоохранения.

Мы опираемся далее на предположение об определяющем характере административной ренты в формировании серой экономики здравоохранения. Избегание наказания – это выгода, имеющая характер экономического блага (в рамках неформальных договорённостей для участников административно-рентных отношений), это ресурс, для которого создан определённый рынок, установлены правила игры. Основа для формирования данных ресурсов – административно-управленческая деятельность различных видов.

Во-первых, административно-управленческая деятельность в сфере исполнительного производства: врачебный спор выигран, компенсация морального вреда присуждена, и следует надлежащим образом исполнить решение суда. Исходя из практики, наиболее распространённый вариант препятствия исполнению – согласование действий должника и судебного пристава, простое затягивание при существовании возможности выбора нескольких вариантов без точного определения условий принятия того или иного решения.

Во-вторых, административно-управленческая деятельность в сфере лицензирования: ненадлежащее оказание платных медицинских услуг налицо, предъявлена претензия в соответствии с законодательством о защите прав потребителей. Спустя короткое время лицензиар получает заявление о прекращении действия лицензии, оборудование, соответствующее лицензионным требованиям, было взято в аренду, данные договоры расторгаются, обращать взыскание не на что (создана возможность выбора нескольких вариантов без точного определения условий принятия того или иного решения).

В-третьих, административно-управленческая деятельность в сфере контрольно-надзорной деятельности: участие нескольких государственных органов в данной деятельности (пересечение компетенции Росздравнадзора и Роспотребнадзора), неправомерное расширение полномочий контрольно-надзорного органа.

Пределы административного усмотрения (дискреции) при определении объёма нарушенных прав в сфере здравоохранения регулируются режимом мягких правовых ограничений. Мягкость выражается в том, что не на весь объём достигнутых договорённостей распространяется правовое регулирование, но данный объём нормам права не противоречит, реализация данного режима наиболее проявлена в лицензионном контроле качества и безопасности медицинской деятельности. Применяя во взаимосвязи п. 5.1, 5.1.3. и 5.1.3.2 Положения о Росздравнадзоре, устанавливаем, что Федеральная служба осуществляет полномочия по государственному контролю качества и безопасности медицинской деятельности посредством проведения проверок соблюдения ... медицинскими организациями и фармацевтическими организациями, а также индивиду-

альными предпринимателями, осуществляющими медицинскую и фармацевтическую деятельность, прав граждан в сфере охраны здоровья.

Система административной ренты состоит в том, что писанные правила (формальные правила) создаются в определённой форме и для того, чтобы их было выгодно нарушать, то есть неисполнение данных правил предоставляет конкурентные преимущества. При этом авторы системы административной ренты создают совместными усилиями рынок «индивидуальных прав на нарушение правил». За соблюдением неформальных правил специально не следят, но быстро и неотвратно наказывают за их несогласованное нарушение.

Сформировалось два рынка: рынок административной ренты по блокированию реализации конституционных прав граждан в сфере здравоохранения и рынок административной ренты по лицензированию и прохождению контрольно-надзорных мероприятий.

Видятся следующие решения проблем:

1. В связи с тем, что отсутствует единая правоприменительная практика в судах по делам о ненадлежащем качестве медицинской помощи необходима подготовка разъяснения Верховного Суда по данной проблематике;

2. Перевод статьи 307 УК РФ «Заведомо ложные показания, заключение эксперта, специалиста или неправильный перевод» из спящего состояния в «пробуждённое»;

3. Широкое применение судебно-психологической экспертизы для определения содержания и объёма нравственных страданий при определении размера компенсации морального вреда;

4. Построение уголовно-правового учения о неосторожных врачебных преступлениях;

5. Конкретизация и унификация требований к системе качества и безопасности медицинской деятельности в медицинской организации.

*А.Г. Дроздов, канд. юрид. наук
доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Северо-Западного филиала ФГБОУВО
«Российский государственный
университет правосудия»*

Анализ принципов административного судопроизводства Российской Федерации

Совершенная судебная система государства реальная опора его правового порядка «...хороший суд – основа государственного строя (iustitia fundamentum regnorum)³⁸³. В основе построения судебной системы демократического государства это прежде всего право граждан на эффективную судебную защиту своих прав и свобод. Правосудие составляет жизненное начало общества, поэтому является высшей задачей, которую общество должно выполнить³⁸⁴.

Любое демократическое государство стремится создать совершенные правовые основы, тем самым повысить авторитет Закона, сделать его подлинным защитником прав всех и каждого.

Закон должен вызывать уважение и доверие граждан к действиям государства, быть необходимым и доступным. А в этом случае, его юридически значимое содержание, безусловно, не должно быть расплывчатым, поскольку в противном случае его действие не будет обеспечивать эффективную и справедливую охрану и защиту прав граждан. 8 марта 2015 года был принят Федеральный закон №20 (Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации (далее Кодекс), вступившего в действие с 15 сентября 2015 года³⁸⁵.

Известно, что структурной единицей, составляющей базовый элемент любого кодекса, являются принципы.

Принцип (от латинского *principium* – первоначало, основа) руководящая идея, основное правило поведения, требование, обязанность и т.п.

Аристотель понимал «принцип» в объективном смысле в виде первой величины; то, исходя из чего, нечто существует или будет существовать³⁸⁶.

Правовые принципы – это основы, которые фактически отражают не только особенности национальной правовой системы, а главные важные идеологические и нравственные устои общественной жизни, закрепленные законодательно, они отражают сущность, содержание и порядок реализации правовых предписаний.

Кодекс установил следующие принципы административного судопроизводства:

- 1) независимость судей;
- 2) равенство всех перед законом и судом;

³⁸³ См.: Учебник гражданского процесса \ Е. В. Васьковский. М., 2003. С.18.

³⁸⁴ См.: Из современного правоведения. Рудольф фон Иеринг и Феликс Дан. Ярославль, 1880. С.146.

³⁸⁵ См.: Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации. М., 2017.

³⁸⁶ См.: Логический словарь-справочник. М.: Наука, 1975. С. 477.

- 3) законность и справедливость при рассмотрении и разрешении административных дел
- 4) осуществление административного судопроизводства в разумный срок и исполнение судебных актов по административным делам в разумный срок;
- 5) гласность и открытость судебного разбирательства;
- 6) непосредственность судебного разбирательства;
- 7) состязательность и равноправие сторон административного судопроизводства при активной роли суда.

Это основные идеи, правовые положения, которые, по сути, должны выражать природу и сущность организации и деятельности федеральных судов общей юрисдикции по рассмотрению и разрешению административных дел.

Попытаемся дать оценку отдельным принципам административного судопроизводства.

Рискну утверждать, что содержание ряда принципов административного судопроизводства, изложенных в Кодексе административного судопроизводства Российской Федерации, носит характер декларации, иными словами, добрых намерений, которые фактически никак не влияют (не оказывают воздействие) и не могут влиять на применение судом процессуальных норм.

И прежде всего потому, что нет ответственности за несоблюдение этих принципов и не только.

Предмет регулирования Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, это защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, в том числе административных дел. При этом принципы административного судопроизводства, столь подробно изложенные в статьях 7, 8 и 9 фактически почти всегда не исполнимы, возможно, поэтому эти статьи подробны, расплывчаты, многословны и нерациональны.

О каком равенстве, независимости и справедливости может идти речь, если в процессе оспариваются действия либо государственной структура, либо органа публичной власти? Стороной в процессе является государственная структура либо представитель органа публичной власти.

Вот какую мысль высказывает французский цивилист Реми Кабриак, «Симптоматично, например, что кодексы, разработанные по западным образцам и несущие в современный мир господствующую модель рациональности, медленно, но верно вытесняют кодексы азиатские, по форме настолько сильно отличающиеся от кодексов западных, что человеку, воспитанному на картезианской философии³⁸⁷ они даже могут показаться иррациональными (кодифицированные тексты длинные, полны повторов, статьи, регулирующие один и тот же вопрос, не следуют одна за другой и т.д.)³⁸⁸.

³⁸⁷ См.: Направление западной философии, развивающееся под влиянием идей Р. Декарта, чье имя в латинской транскрипции звучит как Картензий (Cartesius).

³⁸⁸ См.: Реми Кабриак. Кодификация. М.: Статут, 2007. С. 217.

Возможно это наследие прошлого?

А вот как задачи и принципы административного судопроизводства определены в современном Административно-процессуальном Кодексе Эстонской республики:

- задачей административного судопроизводства, прежде всего, является защита прав лиц от противоправной деятельности при осуществлении исполнительной власти;
- административное дело должен разрешать независимый и беспристрастный Суд правильно, честно в течение разумного срока и с минимальными возможными расходами;
- Суд на каждой стадии производства своими разъяснениями обеспечивает, чтобы в связи с правовой неопытностью необходимое для защиты интересов участника процесса заявления или доказательство не остались не представленными, и препятствующие рассмотрению заявления формальные ошибки были устранены;
- Суд толкует заявления участников процесса и исходит при их разрешении из действительной воли заявителя;

Я полагаю, что комментарии излишни. Вот на что следует обратить внимание. Как правило, современные западные законодательные акты включают в себя такие принципы как: запрет произвола, запрет чрезмерности, определенность, запрет злоупотребления правом, запрет произвола, правовой контроль и многие другие кажущиеся нам необыкновенно экзотичными. В заключении приведу один пример.

Заявитель оспаривал управленческое решение Администрации Невского района в Невском суде Санкт-Петербурга. Им было заявлено ходатайство об обращении Невского суда в Конституционный Суд Российской Федерации, с целью получения разъяснения о применении положений закона Санкт-Петербурга «Социальный кодекс» в конкретном деле. В удовлетворении ходатайства было отказано по причине: «Заявитель самостоятельно может обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации». Осуществив в течение года прохождение всех судебных инстанций, заявитель обратился в Конституционный Суд Российской Федерации, определением об отказе в признании не соответствующим Конституции ряда положений «Социального кодекса», тем самым, спор был разрешен. Но это можно было сделать в короткие сроки и без дополнительных затрат как со стороны заявителя, так и государственных затрат. Очевидно, что принцип экономичности, так широко применяемый в европейской практике, следует применять и при рассмотрении судебных дел в Российской Федерации.

*А.Б. Новиков, докт. юрид. наук,
профессор, заведующий кафедрой
теории и истории государства и права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета*

Исполнительная деятельность государства: конституционная концепция и модель реализации

Актуальность вопроса в целом определилась необходимостью развития современной конституционной концепции правового государства и решения сопутствующих острых вопросов. Это такие вопросы, как: 1) административное устройство современного правового государства, в котором реализуются конституционные принципы верховенства права (торжества закона) и разделения властей; 2) конституционная организация «исполнения закона»; 3) выявление механизма «исполнения закона» в правовом государстве; 4) конституционная характеристика «исполнительной деятельности» в правовом государстве.

Подчеркнем, что исследование носит и конституционно-правовой, и административно-правовой характер. Конституционно-правовой характер исследования определяется, прежде всего, современной характеристикой конституционных основ деятельности исполнительной власти с использованием нового подхода.

Новый подход заключается в толковании публичной «исполнительной деятельности» как «администрирования конституционной нормы». Последнее означает действия уполномоченных публичных лиц, направленные на обеспечение «прямого действия Конституции».

Указанный подход использовался для решения главных задач научного исследования – сформулировать конституционно-правовую концепцию исполнительной деятельности в правовом государстве; охарактеризовать конституционно-правовую модель организации исполнительной власти в системе публичного управления (публичной администрации).

Соответственно, элементы конституционно-правовой концепции исполнительной деятельности в правовом государстве выстроены в следующий логический ряд.

Уточняется конституционное содержание принципа разделения властей. Показано, что «разделение властей» осуществляется посредством сложного разграничения функций и полномочий органов, которые функционируют как в традиционной триаде ветвей власти, так и вне ее. При этом принципиальное значение имеет конституционно обусловленное сочетание функций (правовых «ролей») всех органов-акторов – «регулятор», «арбитр», «исполнитель». Такой подход позволяет более четко характеризовать и президентское управление в Российской Федерации в рамках понятия «государственное управление». При этом отпадает надобность «прикреплять» деятельность Президента Российской Федерации к деятельности «исполнительной власти».

На основе конституционных положений о разделении властей и видах судопроизводства «исполнительная деятельность» характеризуется как «исполни-

тельный процесс» в широком смысле. При этом устанавливается оригинальное соотношение понятий «исполнительный процесс» и «административный процесс». Исполнительной власти ставится в соответствие именно «исполнительный процесс». Законодательная власть опирается на законодательный процесс. Судебная власть осуществляет судебные процессы (судопроизводства).

Далее, подчеркнем, что понятие «административная власть» (не используемое в Конституции) получает особую негативную характеристику в концепции «административного государства». Эту концепцию развивает ряд авторитетных авторов. Мы предпринимаем попытку объединить конституционную концепцию правового государства и концепцию «административного государства» посредством определения правового государства как государства «исполнительного», достигающего реализации права в каждой «жизненной ситуации». При этом устанавливается соотношение понятий «исполнительное государство» и «сервисное государство». Эти понятия оказываются в центре современных административно-правовых концепций.

Следующее значимое обстоятельство. В исследовании на основе конституционных принципов преодолено узкое понимание исполнительного производства как порядка принудительного приведения в действие судебных решений и иных актов юрисдикционных органов.

Деятельность ФССП оказывается включенной в масштабную правовую сеть «администрирования конституционной нормы» и не претендует на исчерпание содержания «исполнительное производство».

Механизм «администрирования конституционной нормы», воплощающий прямое действие Конституции, представлен в совокупности конституционных и административных процедур «исполнительной деятельности». Конституционные процедуры «исполнительной деятельности» отличаются тем, что принципиально осуществляются государственными и иными органами, не относящимися к исполнительной ветви власти и не имеющими характерных для последней функций (например, избирательные процедуры по реализации избирательных прав граждан). В новой концепции предлагается рассматривать избирательные процедуры как особый вид публичных услуг.

Доказано, что исполнительная деятельность охватывает более широкую сферу, чем сфера функционирования органов исполнительной власти.

В свою очередь конституционно-правовая модель организации исполнительной власти в системе публичного управления характеризуется обобщенно следующим образом.

Модель государственного управления или конституционная модель администрирования, соответствующая идее правового государства, выстраивается в рамках современной административной реформы. Существует принципиальная взаимосвязь конституционного обоснования административных реформ и конституционной модели администрирования (управления). Конституционное содержание административной реформы – это приведение системы администрирования в соответствие с конституционными принципами народовластия, соблюдения прав и свобод гражданина, законных интересов юридических лиц.

Административная модель правового государства характеризуется как антипод «административного государства». Демоническое «административное государство» «подвергается разгрому» административистами в теории (Бахрах Демьян Николаевич, Денисов Сергей Алексеевич и др), но пока не преодолевается общественными силами на практике.

В рамках административной модели правового государства уточнено понятие «публичная администрация» как обозначение исполнительной ветви власти в системе публичной власти (а не только в системе государственной власти). Представленное направление исследования настраивает новых авторов на осмысление упомянутых сегодня ролей (регулятор, арбитр, исполнитель) в перспективной правовой картине публичной власти.

Далее, еще одна новелла толкования: административная модель правового государства функционирует в особой правовой среде, обозначаемой как «публичная служба». Публичная служба охватывает государственную, муниципальную и иные виды службы, ориентированные на обеспечение выполнения функций публичной власти. Служение праву обусловливает единство публичной службы как деятельности разнообразных аппаратов исполнения. Эти аппараты действуют во всех ветвях власти и вне традиционной триады ветвей власти. С конституционной точки зрения важно, что служение праву выражается посредством исполнения функций публичной власти и посредством обеспечения такого исполнения. Непосредственное исполнение функций публичной власти осуществляется лицами, замещающими «конституционные» публичные должности, а обеспечение функций публичной власти реализуется лицами, замещающими должности государственной и муниципальной службы.

Можно сегодня предположить, что единство публичной службы на основе служения праву представлено «конституционной» службой и «административной» службой.

*С.Н. Пастернак, канд. юрид. наук,
доцент кафедры конституционного права
Санкт-Петербургского государственного
экономического университета*

Проблема формирования органов конституционной юстиции в современных государствах

Порядок формирования состава конституционного суда имеет прямое отношение к таким проблемам, как обеспечение независимости, объективности и эффективного функционирования органа конституционной юстиции. Актуальность указанных вопросов в Российской Федерации на сегодняшний день чрезвычайно высока, что нашло свое отражение в изменениях, внесенных в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»³⁸⁹.

По мнению А. Брюннека, основополагающим условием, обеспечивающим возможность осуществлять конституционное правосудие, является соответствующий целям правосудия выбор судей³⁹⁰.

Сегодня существует несколько моделей формирования конституционных судов:

1) когда в формировании конституционного суда принимает участие только парламент;

2) когда в формировании конституционного суда принимают участие исполнительные органы власти;

3) когда в формировании конституционного суда задействованы несколько субъектов, принадлежащих к различным ветвям власти³⁹¹.

На современном этапе развития исключительно парламент формирует конституционный суд в таких государствах, как Германия, Швейцария, Бельгия, Хорватия, Венгрия, Португалия.

Органы исполнительной власти наряду с парламентом принимают участие в формировании конституционного суда в таких государствах, как Австрия, Франция, Турция. В частности, Президент Турции половину конституционных судей, включая председателя и вице-председателя, назначает по предложению правительства, а другую половину – по предложению каждой из палат парламента³⁹².

Наконец, третья модель формирования конституционного суда применяется в Испании, Болгарии и Италии. В этих государствах часть судей назначает парламент, часть – правительство, и часть – органы судебной власти. В частности, в Болгарии одну треть конституционных судей назначает парламент, одну

³⁸⁹ Федеральный конституционный закон РФ от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» // Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

³⁹⁰ Цит. по кн.: Czeszejko-Sochacki Z. Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym. Warszawa: Wydawnictwo Trybunała Konstytucyjnego, 2003. S. 115.

³⁹¹ Zwierzchowski E. Sądownictwo konstytucyjne. Białystok, 1994. S. 79-81.

³⁹² Там же. С. 80.

треть – президент, и одну треть – совместное собрание судей Высшего Кассационного суда и Высшего Административного суда (ст. 147.1 Конституции Болгарии).

Таким образом, очевидно, что парламент в европейских государствах играет доминирующую роль в формировании конституционного суда. Объяснить это можно, на наш взгляд, влиянием австрийской модели конституционного правосудия, ставшей для многих государств указанного региона образцом.

В странах Центральной и Восточной Европы, например, в Польше порядок формирования органа конституционной юстиции регулируется непосредственно положениями Конституции. Согласно п. 1 ст. 194 основного закона Польши Конституционный Трибунал Польши состоит из 15 судей, избираемых в индивидуальном порядке Сеймом на 9 лет из числа лиц, обладающих юридическими познаниями. Повторное избрание в состав Трибунала не допускается. В соответствии с п. 4 ст. 5 Закона о Трибунале 1997 г. кандидатов на должность конституционного судьи представляет группа депутатов численностью не менее 50 человек или Президиум Сейма. Таким образом, Конституционный Трибунал Польши формируется исключительно Сеймом, в том числе в части представления кандидатур на должности конституционных судей.

Подобный порядок формирования судейского состава органа конституционной юстиции неоднозначно оценивается специалистами. В частности, болгарский конституционалист Н. Неновски считает, что для формирования доверия к конституционному правосудию со стороны различных политических сил целесообразно установление широкого круга лиц и институтов, которые обладали бы правом предлагать кандидатуры на должности конституционных судей³⁹³.

Опыт России в этом смысле представляется более рациональным. Согласно ст. 9 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» предложения о кандидатурах на должности конституционных судей могут вносить члены Совета Федерации РФ, депутаты Государственной Думы РФ, законодательные (представительные) органы субъектов РФ, высшие судебные органы, федеральные юридические ведомства, всероссийские юридические сообщества, юридические научные и учебные заведения.

С другой стороны, в России, как и в Польше, назначение на должности конституционных судей, а, следовательно, формирование органа конституционного контроля, осуществляет один орган – Совет Федерации Федерального Собрания РФ и Сейм соответственно. Между тем, по справедливому замечанию Н.В. Витрука, формирование конституционных судов в равных пропорциях тремя ветвями власти (главой государства, парламентом и высшими судебными инстанциями и/или судейским сообществом) в большей степени обеспечивало бы сбалансированность их состава³⁹⁴.

Проблема формирования состава Конституционного Трибунала исключительно Сеймом неоднократно становилась предметом критики в польской док-

³⁹³ Неновски Н. Конституцията: актуални въпроси на теорията и практиката. София, 2002. С. 79.

³⁹⁴ Витрук, Н.В. Конституционное правосудие. М.: ЮНИТИ, 1998. С. 102.

трине. В частности, З. Чешейко-Сохацкий обоснованно отмечал, что назначение конституционных судей парламентом ставит Трибунал в зависимое положение по отношению к законодательному органу власти³⁹⁵. Парламентское большинство, по его мнению, является политическим критерием при выборах конституционного судьи и может негативно влиять на позицию Конституционного Трибунала³⁹⁶.

Л. Гарлицкий, рассуждая о порядке формирования Трибунала, отмечал, что основным аргументом сторонников назначения конституционных судей на должности парламентом, был тезис о том, что решения конституционного суда оказывают непосредственное влияние на законодательство; передача законодательной власти указанной функции является попыткой уравновесить позиции Трибунала и парламента. «На практике, – писал Л. Гарлицкий, – это эффективнейший способ оказывать влияние на будущую деятельность трибунала, и каждое персональное решение парламента должно приниматься с полным осознанием его политического значения»³⁹⁷.

Попыткой отчасти исправить ситуацию можно считать положение ст. 5 Закона о Конституционном Трибунале, согласно которому постановление Сейма о назначении кандидата на должность судьи Трибунала принимается абсолютным большинством голосов при наличии не менее половины от общего числа депутатов.

Аналогичным образом решается вопрос о назначении судьи Конституционного Суда в России. Согласно ст. 9 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ» назначенным на должность судьи Конституционного Суда РФ считается лицо, получившее при голосовании большинство от общего числа членов (депутатов) Совета Федерации.

Положительное значение принятия решения о назначении конституционного судьи на должность абсолютным большинством голосов парламентариев признается многими исследователями.

В частности, Д. Руссо, рассуждая о системах избрания судей, подчеркнул важность процедуры принятия решения о назначении конституционного судьи абсолютным или квалифицированным большинством голосов парламентариев. При этом он отметил, что в европейских государствах редкая политическая партия имеет абсолютное большинство голосов в парламенте, партийные фракции вынуждены «торговаться» друг с другом, представляя кандидатов в судьи. «Если кандидату партии «А», – пишет Д. Руссо, – для получения абсолютного или квалифицированного большинства голосов в парламенте потребуется поддержка партии «Б», то последняя проголосует за данного кандидата только в том случае, если партия «А» в свою очередь поддержит кандидата от партии «Б». Таким образом, выбор конституционного судьи становится результатом «тор-

³⁹⁵ Czeszejko-Sochacki, Z. Sąd konstytucyjny w systemie organów państwa. (Zakres kompetencji) // Studia i Materiały. T. II: Sądownictwo konstytucyjne. Z. 1. Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 1996. S.33.

³⁹⁶ Czeszejko-Sochacki, Z. Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym. Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2003. S.126.

³⁹⁷ Garlicki, L. Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej. Warszawa: PWN, 1987. S. 72, 97.

говли и сделки» между политическими партиями. Необходимость заключения политического соглашения, по мнению Д. Руссо, исключает монополизацию назначения конституционных судей одной политической партией и гарантирует участие в этой процедуре всех основных политических сил страны³⁹⁸.

Соглашаясь с Д. Руссо, З. Чешейко-Сохацкий писал, что соглашение парламентских сил для преодоления порога в 2/3 голосов парламентариев является гарантией объективного выбора судей конституционного суда³⁹⁹.

С этим выводом трудно спорить, однако в условиях доминирования одной политической партии, имеющей большинство мест в обеих палатах парламента, как в России, объективность выбора судей конституционного суда становится сомнительной. Допуская такую возможность, З. Чешейко-Сохацкий писал, что избранные конституционные судьи должны отстраниться от партийной зависимости и без оглядки на мнение политических сил, их избравших, действовать и выносить решения объективно, подчиняясь только конституции, поскольку «обеспечивая верховенство конституции, сами должны быть ей верны»⁴⁰⁰.

Изменение порядка формирования органа конституционного контроля по образцу государств, в которых кандидаты на должности конституционных судей предлагаются различными субъектами, представляется нам механизмом, в большей степени гарантирующим независимость и объективность конституционного правосудия.

³⁹⁸ Rousseau D. Sądownictwo konstytucyjne w Europie / przeł. M. Granat. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1999. S. 40-41.

³⁹⁹ Czeszejko-Sochacki Z. Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym. Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2003. S.128.

⁴⁰⁰ Czeszejko-Sochacki, Z. Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym. – Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, 2003. – S.128.

*Л.Ю. Свистунова, канд. юрид. наук,
доцент, доцент кафедры
конституционного права Санкт-Петербургского
экономического университета*

Процедура изменения границ между субъектами Российской Федерации: проблемы законодательного регулирования

Самостоятельность и независимость, суверенитет любого государства или государственного образования всегда имеет конкретные и четкие пространственные пределы своего распространения – государственную границу. Именно параметрами границы определяется юрисдикция государственных органов и в целом ареал действия публичной власти, выступающей основным конституирующим признаком любого государства.

Вопрос урегулирования политико – правового статуса государственной границы всегда являлся вопросом первостепенной важности независимо от режима и формы государственного устройства, а также степени исторически сложившихся добрососедских отношений с сопредельными государствами и участия в различного рода союзах (объединениях) государств.

Федеративная форма государственного устройства, на наш взгляд, возлагает еще большую ответственность в вопросе обустройства границ, и предполагает обеспечение баланса между общегосударственным интересом и социально – экономическими и историческими особенностями расселения населения на территории такого государства.

Одним из естественных этапов становления любого государства как самостоятельно функционирующей системы органов публичной власти является утверждение государственных границ и обеспечение их признания иными государствами. Более того, именно процесс определения границ территорий является отправной точкой формирования международного сообщества независимых государств, важнейшим принципом сосуществования которых всегда оставался принцип территориальной целостности, означающий, в том числе, необходимость соблюдения и защиты границ. Исторически в числе одних из первых в сфере международного публичного права появились соглашения, затрагивающие вопросы установления и признания границ между сопредельными государствами. Процесс их формирования имеет непрерывный характер. Таким образом, возникает некий парадокс, согласно которому, несмотря на естественное стремление народов к защите своих границ (как государственных, так и внутригосударственных), к обеспечению стабильности их места прохождения, последние, тем не менее, в силу различных причин геополитического характера все же претерпевают изменения. В этом смысле современный этап развития международного сообщества не является исключением. Территориальные споры, связанные с определением и согласованием границ, постоянно возникают и являются предметом многочисленных дискуссий, проходящих в политико – правовой плоскости. Некоторые изменения границ, направленные на расширение территории государства, имеют скорее позитивный характер, потому как пред-

полагают развитие новых территорий и в целом связаны с реализацией экономических интересов государства. В качестве наиболее яркого примера современности следует привести спор об арктических территориях и соответственно определении границ юрисдикции каждого государства, претендующего на часть этого привлекательного своим ресурсным потенциалом региона. Другие же споры, наоборот, предполагают увеличение территории государства (или отдельного субъекта государства) за счет отчуждения части территории другого государства (субъекта), зачастую вызванные представлением претендующей стороны о восстановлении исторического *status quo* границы. И в том и в другом случае в целях обеспечения максимально справедливого и верного разрешения спора о месте прохождения границы должна быть подготовлена развитая нормативная база, которая бы исчерпывающим образом регулировала все процедурные и содержательные аспекты данного вопроса. Отсутствие подобной базы может привести к серьезным негативным последствиям в виде конфликта и дестабилизации обстановки в приграничных населенных пунктах. Особо острыми всегда с точки зрения обеспечения внутригосударственной стабильности являются случаи возникновения спора о границе между субъектами государства.

Как правило, регламентация правового статуса государственной и (или) внутритерриториальной границы осуществляется на уровне нормативных правовых актов, обладающих высшей юридической силой – конституций, уставов. Такой подход абсолютно оправдан в связи с чрезвычайной важностью непосредственно самого вопроса обеспечения территориальной целостности государства, прежде всего, путем защиты границ, и исключения практически любой возможности изменения последней в «упрощенном» законодательном порядке или на основании чьего – либо усмотренческого решения (уровень ведомственного подзаконного нормотворчества).

Все вышесказанное в равной степени относится и к Российской Федерации. Вопросы законодательного регулирования и доктринального осмысления конституционно-правового статуса границы субъекта Российской Федерации составят предмет исследования в рамках настоящей статьи.

В соответствии с п. «н» ст. 71 Конституции РФ определение статуса и защиты государственной границы относится к исключительному ведению Российской Федерации. Согласно ч. 3 ст. 67 Конституции РФ границы между субъектами могут быть изменены с их взаимного согласия. При этом на уровне основного закона Российской Федерации отсутствует норма, которая бы содержала определение либо понятие «государственная граница», либо «граница между субъектами». Подобное умолчание существенно усложняет все процедурные моменты, связанные с изменением границ, вплоть до возможности признания решений по подобным изменениям недействительными.

В соответствии со ст. 1 Закона Российской Федерации «О Государственной границе Российской Федерации» от 1 апреля 1993 г. № 4731-1 государственная граница Российской Федерации определяется как линия и проходящая по этой линии вертикальная поверхность, определяющие пределы государственной территории (суши, вод, недр и воздушного пространства) Российской Федерации,

то есть пространственный предел действия государственного суверенитета Российской Федерации. Отдельного нормативного правового акта, которым бы аналогичным образом определялось содержание понятия «граница субъекта РФ», к сожалению, в настоящее время не существует. Подобный пробел в федеральном законодательстве способствует появлению на уровне законодательства субъектов РФ норм, которые абсолютно неправомерно либо полностью отождествляют содержание понятия «государственная граница» с определением «границы субъекта Российской Федерации», либо вовсе отсутствует необходимая норма – дефиниция (например, Республика Татарстан, Чеченская Республика, Республика Северная Осетия – Алания, Нижегородская область и т.д.). В первом случае неправомерность определения границы между субъектами как линии и проходящей по этой линии вертикальной поверхности, определяющие пределы территории субъекта РФ, как совершенно верно отмечает А.Н. Чертков противоречит, прежде всего, Конституции РФ, согласно ч. 1 ст. 67 которой воздушное пространство и недра не входят в состав территории субъекта Российской Федерации. Территория Российской Федерации включает в себя территории ее субъектов, внутренние воды и территориальное море, воздушное пространство над ними (ч. 1 ст. 67 Конституции РФ). Следовательно, территории субъекта РФ не принадлежат внутренние воды, территориальное море и воздушное пространство, поскольку они непосредственно входят в состав территории Российской Федерации.

В целом, согласившись с вышеприведенным выводом и продолжив логику указанного аргумента, т.е. путем еще более широкого толкования ч. 1 ст. 67 Конституции РФ, верным представляется вывод, согласно которому территория субъектов – это и есть территория Российской Федерации, т.е. из территории РФ складывается территория субъектов РФ путем ее распределения между ними с учетом факторов историко-политического характера. Иными словами, абсолютно независимых территорий субъектов РФ, в строгом смысле слова и не существует, существует единая территория Российской Федерации. В таком случае граница субъекта Российской Федерации – это скорее линия, которая отделяет, прежде всего, публичную власть на региональном уровне, линия, разграничивающая юрисдикцию субъектов. В подтверждение указанного довода следует обратиться к ст. 73, 76 Конституции Российской Федерации, которые устанавливают пределы – «границы» юрисдикционной деятельности органов государственной власти субъекта Российской Федерации. В то же время юрисдикционная деятельность должна иметь четкие, осязаемые пределы действия в пространстве – территорию своего распространения.

В отечественной науке конституционного права ведется спор относительно того, как конкретно должны именоваться границы между субъектами РФ. Одни ученые – конституционалисты предлагают использовать наименование «административно – территориальные», другие – «государственные границы». Подобное разделение точек зрения, на наш взгляд, предопределено тем, как ученые определяют конституционно-правовой статус субъекта Российской Федерации. Некоторые конституционалисты рассматривают субъекты в качестве административно-территориальных единиц, соответственно, они и определяют

наименование границы как административно-территориальной. Другие же, исходя из прямого толкования положений конституций субъектов РФ, квалифицируют последние как государства, следовательно, и границы при таком подходе обозначаются как государственные.

Представляется, что с точки зрения терминологической точности при решении вопроса о наименовании границы РФ верным является обращение к ч.3 ст.67 Конституции РФ, в соответствии с которой «границы между субъектами РФ могут быть изменены с их взаимного согласия». Таким образом, граница между субъектами – это линия, отграничивающая юрисдикцию одного субъекта РФ от юрисдикционной деятельности другого.

Территориальные споры и проблема определения места прохождения границы между субъектами Российской Федерации является достаточно острой и актуальной. Причин возникновения и развития столь сложной ситуации, которую не могут разрешить на протяжении многих лет, несколько. Во-первых, отсутствие на законодательном уровне единой картографической документации, которая бы позволила максимально точно определить место расположения границы между субъектами Российской Федерации. Утверждение указанных картографических сведений позволило бы, как минимум, на будущее если не исключить или прекратить территориальные споры и вопросы, связанные с определением места прохождения границы, то, по крайней мере, минимизировать. Сам процесс подготовки информации, безусловно, не простой. Установление «исторической правды» о месте прохождения границы при том, что фактическое ее расположение может не совпадать с представлением населения об историческом status quo, требует взвешенного правового подхода, способного обеспечить защиту национальных и социально-экономических интересов населения каждого из субъектов Российской Федерации. Но тем не менее, федеральные органы исполнительной власти, руководствуясь п. «б» ч. 1 ст. 71 Конституции РФ, предусматривающей отнесение федеративного устройства и территории к вопросам исключительного ведения Российской Федерации, имеют весь необходимый арсенал полномочий, с тем, чтобы утвердить на будущее и законодательно закрепить границы между субъектами Российской Федерации в пределах фактически сложившихся. Указанный подход, на наш взгляд, является наиболее оптимальным с точки зрения эффективности и обеспечения последующего соблюдения границ. Эффективно потому, что сами субъекты Российской Федерации, имеющие многолетний спор относительно места прохождения границ, очевидно, не смогут на уровне регионального законодательства единообразно разрешить территориальные споры. В то же время у органов исполнительной власти, являющихся вышестоящими по отношению к органам субъектов РФ, имеются полномочия для обеспечения соблюдения установленных границ.

Совершенно очевидным представляется положительное разрешение вопроса о необходимости принятия отдельного нормативного правового акта, который бы всесторонне и полно регламентировал непосредственно и саму процедуру изменения границ между субъектами Российской Федерации. При этом следует подчеркнуть, что в целях обеспечения единообразного подхода к указанному вопросу последний должен быть исключительно предметом регулиро-

вания на уровне федерального законодательства. Законы субъектов, являющиеся равнозначными с точки зрения юридической силы, могут совершенного поразному определить процедуру изменения одной и той же смежной границы (либо путем проведения референдума, либо посредством принятия соответствующего решения высшим представительным органом субъекта РФ), что, в свою очередь, повлечет невозможность выбора какого-то одного нормативного акта в качестве приоритетного. В целях формально-юридического обоснования указанной позиции, в соответствии с которой исключительно федеральное законодательство должно регулировать вопросы изменения границ между субъектами РФ, можно обратиться соответственно к п. «б» ст. 71 Конституции РФ.

Отдельные нормы, затрагивающие в той или иной степени вопрос изменения границ, «разбросаны» по различным федеральным законам и законам субъектов Российской Федерации. Так, в Федеральном законе от 06 октября 1999 г. №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в подп. «е» п.3 ст. 5 указано, что к числу основных полномочий высших законодательных органов субъекта Российской Федерации относится утверждение соглашения об изменении границ субъекта Российской Федерации. При этом согласно ст. 26.9 того же федерального закона не допускается передача указанного полномочия федеральным органам государственной власти.

Системный анализ норм вышеперечисленных и иных нормативных правовых актов свидетельствует об отсутствии единой законодательно урегулированной процедуры получения согласия субъекта РФ на изменение границы. В указанных актах законодатель чаще всего ограничивается декларативной нормой, указывающей на орган, принимающий решение об утверждении соглашения об изменении границы субъекта РФ. Более того, применительно к данному этапу формального утверждения соглашений законом также не предусмотрено какой бы то ни было конкретики в части определения последствий отказа в утверждении соответствующего соглашения со стороны органа государственной власти субъекта РФ или того же Совета Федерации Федерального Собрания РФ. Подобное умолчание, на наш взгляд, абсолютно недопустимо, прежде всего, в контексте порядка юридического оформления столь значимого и стратегически важного вопроса как изменение границ субъекта Российской Федерации. Только подробно регламентированная процедура утверждения решения об изменении границ как окончательный этап, предполагающий изменение «контура» федеративного устройства, может выступать в качестве гаранта недопустимости каких – либо ошибок в рассматриваемом вопросе.

Подводя итог всему вышеизложенному, следует отметить, что для федеративного государства с многонациональным субъектным составом, с совершенно различными показателями уровня социально-экономического благополучия, вопрос правового урегулирования изменения границ не должен оставаться в плоскости теоретических исследований и доктринального спора. Необходим единый федеральный нормативный правовой акт, который бы наиболее полно и всесторонне урегулировал все процедурные и концептуальные аспекты принятия и утверждения вопроса изменения границы между субъектами Российской Федерации.

РАЗДЕЛ VII

СТАТЬИ УЧАСТНИКОВ СЕКЦИИ «ФИНАНСОВОЕ ПРАВО»

*Е.М. Андреева, канд. юрид. наук, доцент
кафедры финансового права СПбГЭУ*

Прямое финансирование взаимной передачи полномочий субъектов публичной власти в Российской Федерации: правовые аспекты

Под прямым финансированием взаимной передачи полномочий субъектов публичной власти в Российской Федерации следует понимать, прежде всего, финансирование как таковое, то есть процесс (деятельность) по передаче (перечислению) финансовых средств от одного субъекта финансовых правоотношений к другому. Указанный процесс одновременно следует признать финансовым правоотношением. Прямым мы называем его потому, что оно предполагает перемещение финансовых ресурсов непосредственно от одного лица к другому. В этом смысле, прямое финансирование и есть синоним термина «финансирование» как такового.

Прямое финансирование в комментируемой сфере имеет ряд особенностей, которые следует рассмотреть подробнее. Во-первых, отличительной чертой названных отношений является целевой характер перечисляемых денежных средств. Так, они направляются на финансирование взаимной передачи полномочий субъектов публичной власти в Российской Федерации, а именно на покрытие расходов (расходных обязательств) публично-правового образования – делегата, исполняющего переданные государственные (муниципальные) полномочия. Указанные расходы можно объединить в следующие группы:

- первая группа – это расходы на администрирование или управленческие расходы по исполнению делегированных полномочий – на содержание помещений, связь, расходные материалы, оплату труда государственных и иных служащих, и пр.;

- вторая группа – это расходы собственно на выполнение переданных функций – на выплаты физическим и юридическим лицам (пособия, бюджетные инвестиции и пр.), на закупки (оборудования, технических средств, медицинских препаратов и пр.), на проведение необходимых мероприятий (в области охраны леса, животного мира, водных объектов и пр.).

Во-вторых, особенностью финансирования рассматриваемого процесса является его субъектный состав. Собственно, правоотношения по финансированию возникают между участниками самого делегирования – публично-правовыми образованиями разного уровня, их можно назвать «делеганты» и «делегаты». Могут передаваться на другой уровень публичной власти:

- 1) исключительные полномочия Российской Федерации;
- 2) полномочия по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации;
- 3) собственные полномочия субъектов Российской Федерации;
- 4) исполнительно-распорядительные полномочия федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Федерации;
- 5) полномочия органов местного самоуправления.

Например, по проведенным автором подсчетам, по состоянию на 1 января 2018 года федеральный центр передал регионам исполнение порядка 50 федеральных мандатов в области лесных, водных отношений, социальной защиты населения, осуществления государственного контроля и надзора⁴⁰¹. Ежегодно этот список уточняется и пересматривается.

Необходимо также учесть, что некоторые публично-правовые образования не могут делегировать свои мандаты. Как следует из пункта 6 ст. 26.3 Федерального закона от 6 октября 1999 года №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», субъект Российской Федерации не вправе наделять местные сообщества собственными полномочиями⁴⁰². Также не предусмотрена передача полномочий муниципальных образований федеральному центру и субъектам Российской Федерации. Есть ограничения по взаимному делегированию полномочий между различными видами муниципальных образований, в частности, муниципальный городской округ не вправе передавать свои полномочия муниципальному району, либо муниципальному поселению и наоборот. В законодательстве также не установлена возможность «горизонтального» делегирования.

Исходя из сказанного, сторонами, участвующими в прямом финансировании взаимной передачи полномочий субъектов публичной власти, следует считать Российскую Федерацию, субъектов Российской Федерации, муниципальные образования. Безусловно, автор представил лишь модель таких отношений, поскольку на самом деле в движении финансовых потоков могут быть задействованы множество субъектов. Так, денежные средства могут передаваться от Российской Федерации субъектам Российской Федерации, а затем в процессе субделегирувания полномочий могут поступить муниципальным образованиям. Кроме того, сам процесс финансирования многогранен и в нем участвуют отдельные органы государственной власти, местного самоуправления, а также государственные (муниципальные) учреждения, выполняющие делегированные полномочия и получающие финансовые средства для реализации соответствующих задач.

Соответственно, *в зависимости от роли в рассматриваемом финансовом механизме*, можно выделить субъектов, непосредственно задействованных в процессе финансирования делегированных полномочий, и субъектов кон-

⁴⁰¹ Анализ автора. Данные по состоянию на 1.01.2018 г.

⁴⁰² СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

трольно-надзорной деятельности. При этом, первых по выполняемой функции, следует разделить на:

- субъекты, осуществляющие формирование (расчет) потребностей в финансовых средствах, распределение их по получателям, отражение в бюджете. Как правило, это финансовые органы (Министерство финансов Российской Федерации, финансовые органы субъектов Российской Федерации, осуществляющие составление и организацию исполнения бюджетов субъектов Российской Федерации, финансовые органы муниципальных образований, осуществляющие составление и организацию исполнения местных бюджетов – ст. 6 Бюджетного кодекса Российской Федерации)⁴⁰³;

- субъекты, осуществляющие перечисление финансовых ресурсов (как правило, это структурные подразделения Федерального казначейства);

- субъекты, осуществляющие непосредственное расходование финансовых средств в процессе осуществления делегированных полномочий (как правило, это отдельные отраслевые органы исполнительной власти, местного самоуправления), государственные (муниципальные) организации;

- субъекты, занятые в формировании отчетности и т.д.

Третьей особенностью финансирования взаимной передачи полномочий является источник такого финансирования. Так, средства на компенсацию расходов на исполнение переданных полномочий могут поступать как из бюджета публично-правового образования, делегировавшего часть своих полномочия, так и от третьих лиц – заказчиков соответствующей услуги, осуществляемой в рамках делегирования. Таким образом, комментируемый вид финансирования может быть, *как бюджетным, так и внебюджетным*.

Бюджетное финансирование поступает в виде субвенций – форма межбюджетных трансфертов. Например, в 2018 году в обеспечение исполнения федеральных полномочий, Российская Федерация передала субъектам Российской Федерации 38 различных субвенций⁴⁰⁴.

Положительными чертами бюджетного финансирования делегированных полномочий являются целевой характер выделяемых средств; точный расчет потребностей; возможность отслеживания объемов перечисления, и соответственно, предъявления требований о дополнительном финансировании. Кроме того, облегчен контроль за расходованием рассматриваемых бюджетных средств. Однако имеются и отрицательные стороны. К ним можно отнести трудоемкость, длительность и сложность процесса перечисления денежных средств. Он включает расчет ресурсов в общем и по каждому публичному субъекту в отдельности, согласование, утверждение ассигнований законом (решением) о бюджете, перечисление денежных средств, возврат остатков финансовых ресурсов. Недостатками также являются фактически односторонняя оценка потребности в финансировании; единый порядок финансирования для всех регионов и по всем видам делегируемых полномочий, что не позволяет учесть региональные и другие особенности; невозможность

⁴⁰³ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

⁴⁰⁴ Анализ автора. Данные по состоянию на 1.01.2018 г.

быстрого реагирования на изменение цен, тарифов, недостаток (избыток) денежных средств и пр.

Внебюджетное финансирование осуществляется за счет средств, поступающих от потребителей соответствующих государственных услуг. Так, ст. 28 Федерального закона от 23 ноября 1995 года № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе» предусмотрена оплата заказчиками государственной экологической экспертизы, проводимой субъектами Российской Федерации в рамках исполнения переданных полномочий⁴⁰⁵. В этом случае доходы от их осуществления должны зачисляться в бюджет публично-правового образования, осуществляющего переданные государственные полномочия. Положительной чертой данного способа является самостоятельный расчет потребностей публично-правовым образованием – исполнителем соответствующих полномочий. Соответственно, каждый регион вправе учесть свои особенности при калькуляции затрат. Кроме того, достоинством является маневренность такой системы, что проявляется в возможности оперативной корректировки размера платы, взимаемой с заказчиков, расчетов в связи с изменениями рыночной конъюнктуры, других факторов. Недостатки – сложность финансового контроля, поскольку необходимо осуществлять контроль не только за целевым расходованием, но и за объективностью расчетов, порядком оплаты платежей в счет финансирования публичной функции, непрозрачность финансовых потоков.

Кроме того, и бюджетное, и внебюджетное финансирование делегированных полномочий является преимущественно одноканальным, целевым и безвозвратным. Автор допускает возможность двуканального финансирования переданных полномочий, например, за счет средств вышестоящего бюджета и средств потребителей соответствующих публичных услуг. Так, согласно ст. 7 Федерального закона от 29 декабря 2012 года № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации», полномочия Российской Федерации в сфере образования осуществляются за счет субвенций из федерального бюджета, а также соответствующей государственной пошлины, зачисляемой в бюджет субъекта Российской Федерации⁴⁰⁶. **Невозвратным** финансирование является потому, что предоставленные денежные средства расходуются на обозначенные цели, не подлежат возврату, за исключением неиспользованных остатков.

В заключение отметим, что в настоящее время в Российской Федерации прямое бюджетное финансирование является основным методом финансового обеспечения переданных полномочий субъектов публичной власти. Его правовая регламентация довольно полно осуществлена в главе 16 Бюджетного кодекса Российской Федерации.

⁴⁰⁵ СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4556.

⁴⁰⁶ СЗ РФ. 2012. № 53. Ст. 7598.

*О. Ю. Бакаева, докт. юрид. наук,
профессор кафедры финансового, банковского и
таможенного права Саратовской государственной
юридической академии, профессор*

Иностранная валюта как объект таможенно-правового регулирования: дискуссионные вопросы

Развитие интеграционных процессов в Евразийском экономическом союзе (далее – ЕАЭС) не может происходить в отрыве от совершенствования норм, устанавливающих порядок функционирования таких отношений. Так, с 1 января 2018 года вступил в законную силу Таможенный кодекс ЕАЭС (далее – ТК ЕАЭС), а в ближайшее время начнет действовать обновленный закон о таможенном регулировании.

Одним из спорных вопросов в таможенной сфере следует признать вопрос использования иностранной валюты в процессе правового регулирования таможенных отношений.

Иностранная валюта, безусловно, может применяться в качестве средства расчета при осуществлении внешнеторговых сделок, что обусловлено их трансграничным характером. В п. 2 ст.140 ГК РФ отмечается, что случаи, порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются законом (Федеральным законом «О валютном регулировании и валютном контроле») или в установленном им порядке.

Однако ее использование в качестве некоего эквивалента при регламентации публично-правовых отношений вызывает сомнения. Такие случаи могут быть исключительными. По общему правилу пунктом 1 ст.9 Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле» не налагается запрет на совершение резидентами операций, связанных с осуществлением обязательных платежей (налогов, сборов и других платежей) в федеральный бюджет, бюджет субъекта Российской Федерации, местный бюджет в иностранной валюте. Однако это не означает неограниченной свободы совершения таких операций. В соответствии с п.5 ст.45 НК РФ уплата налогов осуществляется в валюте РФ, за исключением установленных случаев. Например, государственная пошлина за выдачу, продление срока действия и восстановление виз иностранным гражданам и лицам без гражданства может быть уплачена в иностранной валюте по курсу, установленному Центральным банком Российской Федерации на дату ее уплаты (ст. 333.29 НК РФ).

Во всех упомянутых случаях иностранная валюта допускается к обороту как средство платежа, однако в таможенной сфере она выступает и в качестве инструмента, оказывающего весомое влияние не только на форму (способ), но и на объем налоговой нагрузки частных субъектов.

ТК ЕАЭС содержит 17 упоминаний об иностранной денежной единице. В качестве эквивалента используется европейская денежная единица – евро – при установлении, например, критериев включения в государственные реестры для

ряда субъектов (таможенного представителя, таможенного перевозчика, уполномоченного экономического оператора).

Кроме того, основанием ненаправления уведомления в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязанности по уплате таможенных платежей названо и такое, как непревышение неуплаченной размера таможенных платежей в сумме, эквивалентной пяти евро (п.4 ст.55 ТК ЕАЭС). В ст.136 ТК ЕАЭС предусмотрены случаи освобождения от обязанности уплаты таможенных пошлин, налогов. Среди них – при соблюдении определенных условий ввоз товаров общей стоимостью до 200 евро и помещение их под таможенную процедуру выпуска для внутреннего потребления. Евро как эквивалент для установления определенных размеров фигурирует и в других положениях кодекса: при установлении размера обеспечения уплаты таможенных пошлин, налогов (с.146, 287); прекращения обязанности по уплате таможенных пошлин, налогов (ст.225); определении размера страховой суммы при заключении правообладателями договоров страхования ответственности за причинение имущественного вреда в процессе включения объектов в таможенный реестр (ст. 385).

Упоминается в кодексе и американская денежная единица – доллар – при установлении лимита ввоза (вывоза) наличных денежных средств без таможенного декларирования (ст. 260 ТК ЕАЭС).

Никакая иная валюта в кодексе не фигурирует.

И если форма Таможенного кодекса ЕАЭС как международного договора еще может хоть как-то оправдать применение иностранной денежной единицы, то оперирование такой единицей в рамках национального закона (Федерального закона «О таможенном регулировании в Российской Федерации») не только необоснованно, но и противоречит ст.75 Конституции РФ, признающей рубль денежной единицей России.

Наиболее остро ущемляет интересы частных лиц в таможенной сфере установление специфических и комбинированных ставок таможенных пошлин в евро (долларах США). В отношении ввозимых товаров они устанавливаются Евразийской экономической комиссией, а вывозимых – Правительством РФ, т.е. органами, уполномоченными на осуществление своей деятельности государством (государствами).

Не может являться аргументом тот факт, что расчеты по внешнеторговым сделкам в большинстве случаев производятся в иностранной валюте. Такие расчеты (цена сделки) составляют основу таможенной стоимости перемещаемых товаров, а она, как следует из положения п.8 ст.38 ТК ЕАЭС, определяется в валюте того государства-члена ЕАЭС, в котором таможенные платежи подлежат уплате.

Существенные колебания курса валют не дают возможности не только участникам ВЭД, но и физическим лицам спрогнозировать свои риски, ввиду чего возникают задолженности по уплате таможенных платежей. Безусловно, данное положение отражает в первую очередь фискальные интересы государства, поскольку снижает уровень инфляционных рисков, которые впрочем могут быть нивелированы ростом внешнеторговой активности частных субъектов, увеличением международного товарооборота, повышением доверия к публичной власти в целом.

Следует отметить, что колебания курса валют отражаются и на выполнении таможенными органами фискальной функции: это может выражаться как в приросте, как и в снижении поступлений от таможенных платежей. Так, в 2017 году одной из веских причин уменьшения поступлений по вывозной таможенной пошлине на товары, выработанные из нефти, по сравнению с 2016 годом стало снижение курса доллара США по отношению к рублю на 12,3%. Плановое задание в этой части было выполнено Федеральной таможенной службой на 96%⁴⁰⁷.

Особое внимание следует уделить использованию евро в качестве денежной единицы при установлении критериев для включения в реестры таможенных представителей, таможенных перевозчиков, уполномоченных экономических операторов. Так, в ст.407 ТК ЕАЭС указано, что одним из условий включения юридического лица в реестр таможенных перевозчиков выступает обеспечение исполнения обязанностей такого лица на сумму, эквивалентную 200 тыс. евро. Для уполномоченных экономических операторов сумма указанного обеспечения варьируется в размере от 150 тыс. евро до 1 млн евро (ст.436). В качестве способа такого обеспечения, как правило, выбирается банковская гарантия.

Использование в нормативном акте словосочетания «сумма, эквивалентная...» по сути означает, что банковская гарантия в Российской Федерации содержит указание на сумму в рублях. При росте курса евро, девальвации национальной денежной единицы, сумма таможенного обеспечения, указанная в рублях (либо иной валюте стран-членов ЕАЭС), перестает удовлетворять установленному критерию. В данной связи таможенным органом к лицам, осуществляющим деятельность в области таможенного дела, (при отсутствии необходимой корректировки) применяется такая санкция, как исключение из реестра в связи с отсутствием должного обеспечения уплаты таможенных пошлин, налогов.

Кроме того, введение единого требования по таможенному обеспечению в суммах, определяемых на наднациональном уровне, не учитывает разнородной экономической ситуации в странах ЕАЭС и неоднозначно воспринимается частными субъектами в этих государствах. Целесообразно передать решение данного вопроса национальному законодателю, делегировав ему полномочия по установлению сумм таможенного обеспечения для юридических лиц, зарегистрированных на территориях государств-членов ЕАЭС. Однако такая идея требует продолжения действия принципа национального резидентства, не отмененного до настоящего времени.

Интересно, что в отношении таможенных представителей размер таможенного обеспечения был снижен в два раза, по сравнению с ранее действовавшим кодексом (с 1 млн евро до 500 тыс. евро). Одновременно с вступлением в силу ТК ЕАЭС вступило в силу Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 15 сентября 2017 г. № 64, определившее обеспечение исполнения

⁴⁰⁷ См.: Таможенная служба Российской Федерации в 2017 году: справочные материалы к расширенному заседанию коллегии ФТС России // Официальный сайт ФТС России / http://customs.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=7995&Itemid=1845.

обязанностей юридического лица, осуществляющего деятельность в сфере таможенного дела в качестве таможенного представителя, в размере, эквивалентном не менее 500 тыс. евро. При этом, что естественно, в ФТС России стали обращаться таможенные представители с ходатайством о возврате излишней суммы таможенного обеспечения.

В данной связи Федеральной таможенной службой было разъяснено следующее. Возврат обеспечения исполнения обязанностей юридического лица, осуществляющего деятельность в сфере таможенного дела, осуществляется в случаях, определенных п.13 ст. 399 ТК ЕАЭС. Однако изменение ЕЭК размера обеспечения исполнения обязанностей юридического лица, осуществляющего деятельность в сфере таможенного дела, основанием для возврата такого обеспечения не является. При этом возврат предоставленного обеспечения может быть осуществлен в случае замены одного способа обеспечения другим в размере, установленном ЕЭК.

Если обеспечение было представлено в виде банковской гарантии (банковских гарантий) в размере, эквивалентном 1 млн евро, возврат такой банковской гарантии (банковских гарантий) может быть осуществлен при предоставлении нового обеспечения в размере, установленном ЕЭК, в том числе при предоставлении новой банковской гарантии⁴⁰⁸. Таким образом, предлагается замена таможенного обеспечения, а не его возврат.

Одновременно с этим возможный рост курса евро неминуемо приведет к ситуации фактического уменьшения размера таможенного обеспечения по не зависящим от таможенных представителей (таможенных перевозчиков, уполномоченных экономических операторов) причинам. Это может послужить основанием для исключения их из реестра ФТС России.

Стремление к дальнейшему развитию интеграционных процессов должно быть сопряжено со снятием излишних барьеров, в том числе и финансового характера, к числу которых относится и рассматриваемая проблема. Использование в правовой базе Российской Федерации и ЕАЭС иностранной денежной единицы в качестве эквивалента свидетельствует о нестабильной экономической ситуации, ненадежности рубля. Введение в начале 90-х годов XX века во внутренний оборот Российской Федерации доллара США существенно осложнило проведение независимой государственной экономической политики. Буквально через несколько лет публичной властью был взят курс на дедолларизацию экономики, что было отражено в Послании Президента РФ Федеральному собранию в 1996 году.

Полагаю, что нужно постепенно избавляться от «привязки» законодательства ЕАЭС и РФ к иностранной денежной единице. Следует отметить, что по этому пути уже пошла Белоруссия: ее Национальный банк поставил стратегическую задачу по дедолларизации экономики и повышению доверия к нацио-

⁴⁰⁸ См.: О возможности возврата обеспечения уплаты таможенных пошлин, налогов, предоставленного таможенными представителями до вступления в силу Таможенного кодекса Евразийского экономического союза // Официальный сайт ФТС России / http://ved.customs.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=2134:2018-02-13-05-43-26&catid=103:2015-04-10-12-47-29&Itemid=1980.

нальной валюте⁴⁰⁹. Аналогичные меры предпринимает и Казахстан. Решение этой задачи позволит также в полной мере избежать угроз экономической безопасности страны.

Представляется, что введение единой валюты в рамках ЕАЭС не следует форсировать. В противном случае можно получить больше издержек, чем преимуществ. Использование единой (неиностранной) денежной единицы должно происходить в рамках начала становления валютно-финансового союза ЕАЭС и унификации финансового законодательства. Выгодой для частных (а возможно и для публичных) субъектов станет в первую очередь устранение потерь, вытекающих вследствие изменения валютного курса, ликвидация расходов на конвертацию валюты.

В мире известны несколько видов валютных союзов: Евросоюз с денежной единицей евро; Западноафриканский союз (бывшая колониальная федерация Французская Западная Африка) с денежной единицей франк (сегодня курс: 1000 франков – 1,5 евро); Восточно-Карибский союз с денежной единицей восточно карибский доллар и другие. В рамках так называемой «свободной валютной зоны» (ЮАР, Лесото, Свазиленд и Намибия) в качестве денежной единицы используется южноафриканский рэнд. Уход от долларовой «привязки» характерен и для ряда крупных государств: Китая, Бразилии, Южной Кореи и др.

В 2015 году Президент РФ В.В. Путин внес в Государственную Думу законопроект «О ратификации Соглашения о сотрудничестве в области организации интегрированного валютного рынка государств – участников Содружества Независимых Государств»⁴¹⁰. Его принятие предполагает создание механизма, позволяющего отказаться от доллара и евро в качестве промежуточной валюты в расчетах. В долгосрочной перспективе будут расширены возможности использования национальных валют на рынке финансовых услуг и при осуществлении платежей в сфере внешней торговли, что создаст предпосылки для повышения ликвидности рынка валют государств – участников СНГ. Результатом проведения данного политического мероприятия станет максимальное развитие рынков национальных валют, создание предпосылок для унификации единой валютной политики, достижение в конечном итоге общей макроэкономической стабильности в регионе.

Создание единого валютного союза – сложная и весьма амбициозная задача. По мнению С.О. Шохина, процесс создания единого финансового пространства может включать несколько этапов:

- 1) введение универсальной денежной единицы для международных расчетов в рамках ЕАЭС (по типу ЭКЮ);
- 2) создание специализированного банка и клирингового центра для крупных платежных транзакций;
- 3) введение единой валюты и образование единой валютной зоны⁴¹¹

⁴⁰⁹ См.: <https://buhgalter.by/news/show/14874/>

⁴¹⁰ См.: Официальный сайт Президента РФ: <http://kremlin.ru/acts/news/50190>.

⁴¹¹ См.: Шохин С.О. Основы формирования нормативно-правовой базы единой валюты ЕАЭС // Юридический мир. 2016. № 6. С. 62 – 64.

Этот процесс потребует коренной перестройки наднациональных норм и законодательных положений государств-членов ЕАЭС. При этом унификации потребуют не только правовые основы таможенного дела, но и валютного, банковского, гражданского, налогового законодательства. Такой процесс потребует и формирования механизма, обеспечивающего должное функционирование валютного союза, в том числе и эмиссию денежных средств. Эти функции могут быть возложены на Центральный банк ЕАЭС. Пока к проведению в полной мере таких мероприятий государства-члены ЕАЭС не готовы ни в экономическом, ни в юридическом смысле.

Договором о Евразийском экономическом союзе предусмотрены основные направления согласованной валютной политики. В их числе: обеспечение проведения взаимных расчетов между резидентами государств-членов в национальных валютах государств-членов; совершенствование механизма платежно-расчетных отношений между государствами-членами на базе расширения использования национальных валют во взаимных расчетах между резидентами государств-членов; развитие торгов национальными валютами на организованных рынках государств-членов и обеспечение доступа к ним участников валютного рынка государств-членов⁴¹². Названные задачи видятся реально выполнимыми.

В мае 2016 года Высшим Евразийским экономическим советом было принято решение «Об основных ориентирах макроэкономической политики государств – членов Евразийского экономического союза на 2016–2017 годы»⁴¹³. Одним из показателей обеспечения макроэкономической устойчивости названа активизация использования национальных валют государств-членов ЕАЭС. Решение указанной задачи должно происходить через следующие инструменты:

- создание экономических условий, стимулирующих формирование депозитов в национальных валютах;
- введение запрета на установление цен на внутреннем рынке в условных единицах или национальных валютах третьих стран;
- согласование подходов к регулированию валютных правоотношений;
- продолжение работы по созданию условий для расширения использования национальных валют во взаимных расчетах при осуществлении внешнеэкономической деятельности;
- совершенствование механизма платежно-расчетных отношений между резидентами государств-членов;
- усиление координации действий в сфере валютного контроля, осуществляемого в соответствии с валютным законодательством государств-членов.

⁴¹² См.: Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29 мая 2014 г. Приложение № 15. Протокол о мерах, направленных на проведение согласованной валютной политики // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.eurasian-commission.org/>.

⁴¹³ См.: Решение Высшего Евразийского экономического совета от 31 мая 2016 г. № 5 «Об основных ориентирах макроэкономической политики государств – членов Евразийского экономического союза на 2016 – 2017 годы» // Официальный сайт Евразийского экономического союза: <http://eaeunion.org>.

В настоящее время ЕЭК работает над Концепцией формирования общего финансового рынка государств Союза. Предполагается, что он будет способствовать активизации инвестиционного сотрудничества, повышению уровня финансовой глубины стран-участниц ЕАЭС и станет импульсом для их устойчивого экономического роста

Евразийская экономическая комиссия предлагает усилить роль национальных валют при взаиморасчетах. В первую очередь следует осуществлять торговлю стратегическими товарами внутри ЕАЭС в рублях без привязки к доллару. В Комиссии полагают, что расширение такой возможности в торговле между государствами ЕАЭС нужно рассматривать в широком контексте формирования интегрированного валютного рынка как одного из важных элементов общего союзного финансового рынка⁴¹⁴. Интенсификация расчетов требует в первую очередь формирования необходимой нормативно-правовой базы, в том числе в таможенной сфере.

⁴¹⁴ См.: Официальный сайт Евразийской экономической комиссии: <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/15-12-2016-2.aspx>.

*В.В. Бехер, канд. юрид. наук,
зав. кафедрой публичного права
ССЭИ РЭУ им. Г.В. Плеханва*

Роль бюджетной грамотности в развитии общества и государства

Открытость и прозрачность действий государства и муниципальных образований в области бюджета на сегодняшний день можно рассматривать как одно из трендовых направлений их функционирования. «Бюджетная прозрачность предполагает общедоступность информации о направлениях расходования бюджетных средств, состоянии и перспективах развития бюджетной системы Российской Федерации, открытость деятельности органов государственной власти и местного самоуправления при формировании и исполнении бюджетов бюджетной системы. Участие общественности в вопросах формирования и расходования бюджетных средств основано на возможности взаимодействия с органами государственной власти и местного самоуправления в процессе распределения бюджетных ресурсов и обсуждении параметров бюджетов, анализа отчетности об их исполнении»⁴¹⁵.

В самом общем смысле под бюджетной грамотностью зачастую понимают умение граждан правильно читать бюджет (текст нормативного правового акта о бюджете) и правильно толковать его. Так, Т.А. Нигматуллина пишет, что бюджетная грамотность – это ситуация, при которой «каждый гражданин может разобраться в бюджетной политике страны, региона или муниципалитета»⁴¹⁶. При этом, думается, что содержание понятия «бюджетная грамотность» намного шире и включает не только возможность информационного познания бюджета различного уровня, но и способность извлекать из полученных знаний конкретных материальных преимуществ.

Для создания эффективного комплекса мероприятий, направленных на повышения уровня бюджетной грамотности субъектов, необходимо представить ее определение как комплексного явления, исследовать основные элементы, составляющие ее внутреннюю элементную структуру.

Учитывая категориальную системность бюджетной грамотности, целесообразно ее рассматривать с трех точек зрения.

1. Бюджетная грамотность как правовая категория. В бюджетном праве как науке и учебной дисциплине все большее число ученых обращает свое внимание на бюджетную грамотность, обозначая ее в качестве необходимого условия оптимизации бюджетных правоотношений в Российской Федерации.

Думается, что бюджетная грамотность должна стать базовым механизмом в целях реализации закрепленного в ст. 36 Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее – Бюджетный кодекс РФ) принципа открытости (прозрачно-

⁴¹⁵ Бюджетное послание Президента РФ Федеральному собранию от 29 июня 2011 г. «О бюджетной политике в 2012 – 2014 годах» // Парламентская газета. 2011. № 32.

⁴¹⁶ Нигматуллина Т.А. Бюджетная грамотность детей и молодежи как фактор развития человеческого потенциала и социальной компетентности // Финансы Башкортостана. 2015. № 2 (064). С. 47.

сти). Указанная статья в настоящее время закрепляет исключительно обязанность по опубликованию проектов бюджетов, законов о бюджете, в том числе и в сети «Интернет».

Однако в статье отсутствует какое-либо указание на обязанность или возможность проведение образовательных мероприятий по популяризации правовых знаний в области бюджета. Следует согласиться с утверждением, что «обилие публикуемых показателей не всегда дает возможность оценить, как формируется бюджет, каких результатов достигают органы власти при расходовании бюджетных средств и насколько эффективно тратятся средства налогоплательщиков»⁴¹⁷.

Следовательно, ст. 36 Бюджетного кодекса РФ можно дополнить абзацем следующего содержания: «проведение уполномоченными законодательными (представительными) органами государственной власти, представительными органами муниципальных образований, уполномоченными образовательными организациями мероприятий по распространению информации о доходах и расходах бюджета соответствующих территорий на очередной финансовый год».

Целесообразным видится предложение И.В. Балынина о привлечении институтов гражданского общества к определению приоритетов бюджетной политики в социальной сфере на средне- и долгосрочную перспективу⁴¹⁸.

Ошибочно приравнивать бюджетную грамотность исключительно к информационной осведомленности. Государство должно удостовериться, что заинтересованный субъект проинформирован о предполагаемых и осуществляемых доходах и расходах и осознает их необходимость и значимость.

2. Бюджетная грамотность как элемент социального развития общества в целом. Процесс развития современного государства характеризуется скорой сменой законодательного регулирования экономических трансформаций. Вследствие этого возрастает потребность соответствующей подготовки каждого представителя социума.

Базовое значение в таком случае имеют утилитарные цели бюджетной грамотности, то есть субъект должен усвоить информацию о бюджете в целях дальнейшего поведения в жизни и ориентации в современном мире. Также при формировании бюджетной грамотности необходимо обращать внимание на воспитательные и культурные цели: развитие и формирование бюджетной культуры, стимулирование способности самостоятельного решения задач, обусловленных бюджетными правоотношениями.

3. Бюджетная грамотность как инструмент, способствующий повышению уровня материального благосостояния отдельного субъекта. В настоящее время для индивида недостаточно только обладать информацией о бюджете. Необходима ее систематизация и качественный анализ, использование для принятия

⁴¹⁷ Чулков А.С. Опыт и перспективы применения в России инициативного бюджетирования // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2017. № 11. С. 16.

⁴¹⁸ Балынин И.В. Участие гражданского общества в реализации социальных функций государства как фактор повышения качества управления расходами бюджета // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2017. № 6. С. 27.

дальнейших решений. Так, например, индивид должен понимать, что налоговые вычеты в материальном смысле – это денежные средства, ранее уплаченные в виде налогов в бюджет им же, а не государственная помощь или поддержка, осуществляемая последним безусловно. Следовательно, логичным является заявительный характер получения налоговых вычетов и становится понятной необходимость предоставления пакета документов.

Проведенный анализ содержания позволяет сделать вывод о том, что бюджетная грамотность – это показатель культурного развития субъекта (индивидуального или коллективного) в области бюджетных отношений, степень владения навыками чтения нормативных правовых актов в области бюджета, их толкования, практической реализации компетенций, регламентированных такими актами, а также умение применять их положения для повышения собственного финансового благосостояния.

Несмотря на проведение ряда мероприятий, направленных на повышения исследуемого явления, до настоящего времени наблюдается низкая степень заинтересованности и вовлечения населения в деятельность, связанную с бюджетом. Комплекс проблем, препятствующих формированию бюджетной грамотности, можно систематизировать следующим образом.

К организационным проблемам прививания бюджетной грамотности можно отнести:

- ошибочность целеполагания, заключающаяся в том, что государство провозглашает необходимость повышения бюджетной грамотности в контексте углубления знаний отдельного субъекта в конкретной сфере. Думается, что базовой целью этого процесса должна являться цель формирования системы максимальной открытости процесса формирования и расходования бюджетных средств, вовлеченности населения Российской Федерации в различные стадии бюджетного процесса.

Кроме того, в качестве цели мероприятий по повышению бюджетной грамотности можно обозначить соблюдение бюджетных правил и норм бюджетного законодательства всеми субъектами бюджетных правоотношений, участниками и неучастниками бюджетного процесса;

- отсутствие системности, которое означает фрагментарность проведения мероприятий, направленных на повышение бюджетной грамотности. В настоящее время проводятся отдельные мероприятия образовательными организациями (средняя школа, ВУЗ). Однако, получение разъяснения отдельных положений нормативно-правовых актов органами исполнительной власти осложнено необходимостью осуществления так называемой «заявительной» процедуры. То есть, субъект может получить необходимый комплекс информации, которая носит неофициальный субъективный характер, и не может быть использована как официальное подтверждение. Следует понимать, что представленная учеными и педагогами позиция может не совпадать со сложившейся правоприменительной практикой. Необходимым видится взаимодействие образовательных организаций и органами исполнительной и законодательной власти при проведении комплекса образовательных мероприятий. Более того, необходимо «дебюрократизировать» процесс

обращения граждан в органы власти с запросами о разъяснении положений действующего законодательства.

Таким образом, процесс повышения бюджетной грамотности – это совокупность образовательных, организационных и правовых мероприятий, дифференцированных в зависимости от субъектов, в отношении которых они проводятся, наличия у них профессиональных знаний и заинтересованности, результатом которых будет их правомерное поведение в рамках деятельности, напрямую или опосредованно связанной с бюджетом, а также формирование системы открытого взаимодействия государства и населения в области финансов. При этом правовые мероприятия должны включать в себя реформирование действующего бюджетного законодательства.

Несмотря на проведение ряда мероприятий, направленных на повышения исследуемого явления, до настоящего времени наблюдается низкая степень заинтересованности и вовлечения населения в деятельность, связанную с бюджетом.

*Е.Л. Васянина, д-р юрид. наук,
доцент кафедры финансового права СПбГЭУ*

Перспективы развития налоговой системы Российской Федерации

Проблемы, возникающие в сфере функционирования налоговой системы, являются предметом острой политической дискуссии.

Ужесточение правил фискального администрирования и контроля, расширение массива подзаконного нормативного правового регулирования налоговых отношений, а также внушительный уровень фискальной нагрузки являются причинами неконкурентоспособности российской налоговой системы.

1. Ключевую роль в механизме функционирования налоговой системы играет уровень фискальной нагрузки, критерии определения которого не нашли должного отражения в законодательстве и практике высших судебных инстанций.

Отсутствие на законодательном уровне четких параметров определения экономического основания налога (сбора) привело к ситуации, когда при установлении фискальных взиманий учитывается лишь потребность в пополнении доходной базы бюджета. Такой подход явился причиной возникновения в Российской Федерации параллельной налоговой системы в обход налогового законодательства. Так, количество фискальных взиманий, не установленных НК РФ, достигло шестидесяти и их число продолжает расти⁴¹⁹. Кроме того, существенным является размер налоговой нагрузки, определяемой непосредственно по НК РФ. Например, не выдерживает конкуренции налоговая нагрузка на фонд заработной платы. Серьезным фискальным обременением является система косвенного налогообложения, которой подвергаются любые экономические связи в целях обеспечения бесперебойного пополнения доходной базы бюджетов.

Все это приводит к возникновению теневых доходов участников гражданского оборота, предпринимаемые меры по легализации которых пока не дают ожидаемого эффекта.

Критерии определения уровня фискальной нагрузки, не препятствующей развитию экономической активности участников гражданского оборота, нашли отражение в литературе. Так, С. Ю. Витте отмечал, что государство не может «... затронуть ту часть народного дохода, которая необходима для восстановления народного капитала, затрачиваемого в процессе производства,что приведет не к увеличению, а прогрессивному уменьшению доходов государства»⁴²⁰. Монтескье при разрешении указанной проблемы исходил из объема затрат на реализацию естественных потребностей граждан, полагая, что «...не следует брать у народа из того, что идет на удовлетворение его действительных нужд, для удо-

⁴¹⁹ Васянина Е.Л. Теоретические основы правового регулирования публичных доходов в Российской Федерации: автореф. Дис... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 3.

⁴²⁰ Витте С.Ю. Конспект лекций о народном и государственном хозяйстве, читанных Его Императорскому Высочеству Великому Князю Михаилу Александровичу в 1900-1902 годах. С. Петербург. 1912.

влетворения воображаемых потребностей государства»⁴²¹. Гегель ставил уровень фискальной нагрузки в зависимость от качества оказываемых государством услуг, отмечая, что «...если ценность между совершаемыми обязанностями по уплате налогов (пошлин) и приобретаемыми правами становится неравной, не остается тождественной, то в отношении возникает надлом, они становятся не-истинными»⁴²².

Полагаем, что на современном этапе экономического развития государства определение оптимального уровня фискальной нагрузки должно основываться на такой систематизации налогов и сборов, которая позволит определить параметры для установления новых фискальных взиманий в целях более справедливого распределения совокупной фискальной нагрузки между участниками гражданского оборота, а также выведения из тени доходов отдельных хозяйствующих субъектов.

При проведении такой систематизации за основу следует взять два критерия, одновременное применение которых позволит разбить их на однородные группы: *способ обложения*, которым может являться оборот (изменение правового режима материальных ценностей: ввоз товаров на территории РФ, реализация товаров на территории РФ), прибыль, выручка (доход), вмененный доход, имущество, реализация экономического, социального и иного интереса, природные ресурсы, правонарушение; *характер встречного удовлетворения*, который может выражаться в абстрактной возмездности, юридически значимых действиях, связанных с реализацией государственных функций, осуществлении выплат (предоставлении благ) в пользу выгодоприобретателя, финансировании расходов, связанных с деятельностью фискальных должников⁴²³.

Проведение систематизации налогов и сборов по указанным основаниям позволяет выявить критерии для установления дополнительных фискальных обременений, базой для начисления которых может выступать размер дохода (прибыли), а характер встречного удовлетворения может проявляться в реализации государственной функции или финансировании расходов, связанных с развитием определенного сегмента экономики. При этом введение дополнительных фискальных взиманий по указанным критериям должно сопровождаться снижением фискальной нагрузки по другим основаниям.

Разрешая вопрос о справедливом перераспределении фискальной нагрузки, необходимо сконцентрироваться на проблеме, возникающей в сфере выведения из тени доходов самозанятых граждан.

Кардинальным образом указанную проблему попытались разрешить в Республике Беларусь путем установления сбора на финансирование государственных расходов, введение которого вызвало социальную напряженность⁴²⁴.

⁴²¹ Монтескье. О духе законов. М.: Книга по требованию. 2013. С. 212.

⁴²² Гегель Г.В.Ф. Философия права. М. 1990. С. 423.

⁴²³ Васянина Е.Л. Систематизация фискальных взиманий – ключевой элемент единой правовой концепции регулирования публичных доходов // Налоги. 2017. № 3. С. 10-13.

⁴²⁴ Декрет Президента Республики Беларусь «О предупреждении социального иждивенчества» № 3 от 2 апреля 2015 г. // www.pravo.by.

Однако в соответствии с декретом Президента Республики Беларусь от 25 января 2016 г. № 1 «Об изменении Декрета Президента Республики Беларусь» указанной платеж заменен дополнительными финансовыми обременениями в виде оплаты оказываемых государством услуг по их полной стоимости. Так, начиная с 1 января 2019 года трудоспособные граждане, не занятые в экономике, оплачивают услуги, определяемые Советом Министров Республики Беларусь, по ценам (тарифам), обеспечивающим полное возмещение экономически обоснованных затрат на их оказание.

В настоящий момент времени в целях выведения из тени доходов самозанятых граждан в Российской Федерации рассматривается вопрос о введении транзакционных налогов, выражающихся в уплате определенного процента по каждому факту оказания услуги и совершения платежной операции⁴²⁵.

Однако следует учитывать, что система транзакционного налогообложения не соответствует общим условиям реализации механизма налогообложения, элементы которого нацелены на определение налогового бремени с учетом особенностей социально-экономического статуса участника гражданского оборота.

2. Функционирование налоговой системы государства обеспечивается механизмами налогового администрирования и налогового контроля, результативность которых напрямую зависит от эффективности модели государственного управления.

В настоящий момент произошло отклонение от концепции трехуровневой системы государственного управления, положенной в основу административной реформы, проведенной в 2004 году. Это выражается в смешении государственных функций закрепленных за федеральными министерствами, службами и агентствами. Так, ФНС России, которая изначально была призвана осуществлять контрольно-надзорные полномочия в области налогообложения и сборов, «отвоевала» нормотворческие полномочия в обозначенной сфере, реализация которых приводит к неограниченному усмотрению со стороны территориальных налоговых инспекций при осуществлении полномочий по налоговому администрированию и контролю.

Сложившийся подход к системе государственного управления приводит к превышению со стороны налоговых органов предоставленных им полномочий. Так, помимо контрольных полномочий, реализация которых проявляется в сборе и систематизации информации о финансово-хозяйственной деятельности налогоплательщика, налоговые органы осуществляют производство по делам о налоговых правонарушениях, а также обеспечивают исполнение решений о привлечении к ответственности. Кроме того, налоговые органы осуществляют такие не предусмотренные НК РФ полномочия, как-то: контроль за расходами физических лиц; рассмотрение деятельности налогоплательщиков на заседании комиссий по легализации налоговой базы⁴²⁶.

⁴²⁵ https://www.rbc.ru/economics/15/01/2018/5a5c77979a794729c6d7f0f6?utm_source=pushc (Дата обращения 11 апреля 2018 г).

⁴²⁶ Письмо ФНС России от 25 июля 2017 г. № ЕД-4-15/14490@ «О работе комиссии по легализации налоговой базы и базы по страховым взносам».

Сложившаяся ситуация приводит к нарушению принципа независимости финансового контроля, а также к неограниченному усмотрению со стороны налоговых органов.

С учетом изложенного определение пределов реализации полномочий налоговых органов, соответствующих целям и задачам их деятельности, возможно только через построение эффективной системы государственного управления, базирующейся на принципе разделения властей и четком обозначении границ контрольной деятельности территориальных органов ФНС России.

3. В условиях глобализации, а также стремительного развития рыночных отношений назрела необходимость в поиске новых инструментов регулирования налоговой системы, независимо от их отраслевой принадлежности.

Указанный вывод основан на анализе налогового законодательства, а также практики его применения. Так, в настоящий момент времени в механизме регулирования налоговых отношений достаточно активно используются конструкции, которые при применении отраслевого подхода к системе права, успешно развивающегося в условиях административно-командной системы, представлялись не приемлемыми. Например, конструкция соглашения используется в рамках организации налогового контроля (соглашение о ценообразовании, соглашение о расширенном информационном взаимодействии).

Помимо соглашений в механизме регулирования налоговой системы используются такие универсальные юридические инструменты, как-то: возмещение вреда, заверения об обстоятельствах.

Чаще всего универсальные правовые конструкции имеют закрепление в актах гражданского законодательства. Это связано с тем, что гражданское право вытекает из естественного права, «...являющегося образцом для преобразования положительного законодательства»⁴²⁷, и нацелено на обеспечение универсального порядка общественных отношений. Соответственно, «...в гражданских законах есть элементы, нормы, институты, относящиеся во многом к публичному праву»⁴²⁸.

Вместе с тем в отдельных случаях применение универсальных межотраслевых конструкций в сфере налогообложения представляется бессмысленным.

Например, нецелесообразной и противоречащей признакам налоговых правоотношений является конструкция мирового соглашения⁴²⁹, заключаемого по спору, возникшему между налогоплательщиком и налоговым органом. Так, налоговый орган, являясь стороной налогового обязательства, ограничен предписаниями НК РФ. Т. е. иные, не предусмотренные НК РФ условия, направленные на снижение размера налоговой задолженности числящейся за налогоплательщиком, не могут быть включены в соответствующее соглашение.

⁴²⁷ Палиенко Н.И. Учение о существе права и правовой связанности государства. Харьков. Типография и Литография М. Зильберберг и С-вья. Рыбная улица № 30. 1908. С. 5.

⁴²⁸ Алексеев С.С. Собрание сочинений в 10 т. Том 7: Философия права и теория права. – М.: Статут, 2010. С. 350.

⁴²⁹ Постановление Пленума ВАС РФ от 18 июля 2014 № 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе» // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 9.

На законодательном уровне не определены пределы применения имеющей универсальный характер конструкции возмещения вреда при взыскании налоговой задолженности. Указанные критерии выработаны в Постановлении КС РФ от 8 декабря 2017 г. № 39-П⁴³⁰, согласно которому возмещение физическим лицом вреда причиненного неуплатой организацией налога в бюджет в случае привлечения его к уголовной ответственности может иметь место при наличии следующих условий: а) при подтверждении окончательной невозможности исполнения налоговых обязанностей организацией-налогоплательщиком; б) при соблюдении установленных законом условий привлечения к гражданско-правовой ответственности; в) при взыскании налоговой задолженности исключается возможность взыскания с должностных лиц организации штрафов за налоговые правонарушения, наложенные на организацию-налогоплательщика.

Не определены пределы применения в налоговых отношениях процедуры заверения об обстоятельствах, установленной ст. 431. 2 ГК РФ. Согласно складывающейся судебной практике применение установленного указанной статьей особого механизма компенсации расходов хозяйствующего субъекта в полной мере распространяется на налогово-правовую сферу⁴³¹. Иными словами, факт невозможности реализации истцом права на применение налоговой выгоды, подтвержденный решениями налогового органа, позволяет налогоплательщику возместить причиненные ему убытки в порядке ст. 431. 2 ГК РФ.

Вместе с тем в рассматриваемой ситуации применение положений ст. 431. 2 ГК РФ, направленные на восстановление экономического положения налогоплательщика, не исключают возможность возврата необоснованно взысканных налогов, штрафов в порядке, предусмотренном НК РФ.

В такой ситуации отсутствие четко выработанных на законодательном уровне критериев допустимости применения гражданско-правовых норм может привести к неосновательному обогащению налогоплательщика.

Учитывая изложенное при выборе инструментов регулирования налоговой системы ключевую роль играют особенности налоговых правоотношений, пренебрежение которыми не позволяет достичь цели реализации налоговой системы государства.

В предлагаемых направлениях развития налогового законодательства видится много позитивных последствий с точки зрения охраны интересов государства, организаций и граждан. Однако это не исчерпывает других направлений совершенствования налоговой системы государства.

⁴³⁰ СЗ. РФ. 2017 № 51. Ст. 7914.

⁴³¹ Определение ВС РФ от 21 ноября 2017 г. № 308-ЭС17-13889.

*Г.Р. Гафарова, канд. юрид. наук,
доцент кафедры теории государства и права
и публично-правовых дисциплин
Казанского инновационного университета им. В.Г. Тимирязова*

Публичный интерес как принцип государственного регулирования ценообразования

Главным регулятором отношений, возникающих в процессе ценоустановления в современных условиях развития экономики, является государство. Бесспорно, что потребность в государственном управлении ценами возникает только уже по той причине, что именно государству принадлежит исключительная роль гаранта обеспечения и защиты законных интересов каждого гражданина и общества в целом.

Публичный интерес являясь основополагающим принципом ряда отраслей публичного права, не получил до сих пор легального определения в отечественном законодательстве в качестве правовой категории. Тем не менее, пробел теоретической неопределенности понятия «публичный интерес» восполняется в научных трудах ученых различных отраслей права, что является безусловной заслугой современной юридической науки. Так, Ю.А. Тихомиров определяет публичный интерес в качестве признанной государством и обеспеченной правом потребность социальной общности, удовлетворение которой является условием и гарантией ее существования и развития⁴³². В свою очередь, О.С. Высоцкая справедливо указывает, что ключевой характеристикой публичного интереса является его официальное признание, и следовательно, признается публичным только тот общественный интерес, который имеет защиту и поддержку государства⁴³³.

Не углубляясь в подробный анализ правовой природы публичного интереса, считаем необходимым, сосредоточиться на рассмотрении особенностей государственного регулирования ценообразования в контексте реализации публичного интереса:

1. Ценообразование, будучи в тесной связи с деньгами и финансами, выполняет особое назначение в функционировании финансовой системе государства, поскольку цена, являясь объектом государственного регулирования, оказывает ключевое воздействие на движение денежных ресурсов в механизме формирования и использования централизованных денежных фондов, что опосредует сам процесс регулирования бюджетной, налоговой, денежно-кредитной сферы, т.е. тех сфер, которые являются фундаментом экономического и социального благополучия государства и общества в целом.

Сложившаяся система государственного регулирования цен наряду с другими формами отраслевой государственной политики воздействует на стои-

⁴³² Тихомиров Ю.А. Публичное право: падение и взлеты // Государство и право. 1996. № 1. С. 5.

⁴³³ Высоцкая О.С. Финансово-правовое регулирование публичных фондов денежных средств: дис. ...канд. Юрид. наук. М.. 2011. С. 35.

мостные пропорции и распределение национального дохода между отдельными отраслями и категориями населения страны. В целом, каждая из форм воздействия государства в лице компетентных органов на процессы формирования, регулирования и изменения цен (административное либо косвенное воздействие) имеет ключевой целью, так или иначе, поддержание ценовых пропорций и «торможение» инфляционного роста цен, т.е. обеспечение благоприятной экономической среды в государстве.

2. Воздействие на цены осуществляется исключительно через правовые нормы, что в свою очередь цену делает объектом правового регулирования, в том числе позволяет в определенных отношениях ее установить, изменить с учетом факторов экономического развития страны, уровня рыночных отношений⁴³⁴. Государственное ценоустановление будучи элементом государственного регулирования экономики, с одной стороны, и средством используемом в механизме формирования, использования централизованных денежных фондов (в механизме финансовой деятельности), с другой стороны, является предметом правового регулирования ряда отраслей публичного права: конституционного, административного, финансового права.

Здесь остановимся подробнее. В соответствии п. «ж» ст. 71 Конституции РФ⁴³⁵ установление основ ценовой политики относится к исключительной компетенции Российской Федерации.

При этом в системе нормативных правовых актов соответствующие положения Гражданского кодекса РФ, Бюджетного кодекса РФ, Налогового кодекса РФ получают конкретизацию в других нормативных актах. Например, в настоящее время действует Указ Президента РФ «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» от 28 февраля 1995 г. № 221⁴³⁶ и разработанное на его основе Постановление Правительства РФ «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» от 07.03.1995 № 239⁴³⁷. В соответствии с Постановлением утверждено три Перечня продукции, регулирование цен на которую осуществляет государство.

Наглядным примером непосредственного воздействия норм отечественного законодательства на механизм ценообразования является Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»⁴³⁸, где в ст. 23 отмечается, что государственное регулирование цен (тарифов) осуществляется в порядке, уста-

⁴³⁴ Гафарова Г.Р. Правовые аспекты ценовой политики в системе финансовой политики государства // Налоги. 2012. №1. С. 30-34.

⁴³⁵ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993, с учетом поправок, внесенных 21 июля 2014 г.) // Российская газета. – 1993. – № 237. – 25 декабря; Собрание законодательства Российской Федерации. – 2014. – № 31. – Ст. 4398.

⁴³⁶ Указ Президента РФ «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» от 28 февраля 1995 г. № 221 (ред. от 30.04.2016) // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 10. – Ст. 859.

⁴³⁷ Постановление Правительства РФ «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» от 07 марта 1995 г. № 239 (ред. от 27.12.2017) // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 11. – Ст. 997.

⁴³⁸ Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (ред. от 29.12.2017) // Собрание законодательства РФ. – 2003. – № 13. – Ст. 1177.

новленном основами ценообразования в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике и правилами государственного регулирования (пересмотра, применения) цен (тарифов) в электроэнергетике, утвержденными Правительством РФ. При этом регулируемые цены (тарифы) могут устанавливаться как в числовом выражении, так и в виде формул или порядка определения таких цен.

Следует заметить, что в перечень нормативных актов, регулирующих ценообразование следует также отнести: Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»⁴³⁹; Закон РФ от 14 мая 1993 г. № 4973-1 «О зерне»⁴⁴⁰; Федеральный закон от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ «О почтовой связи»⁴⁴¹; Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации»⁴⁴²; Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 190-ФЗ «О теплоснабжении» и другие. При этом следует заметить, что действующее законодательство является отражением государственной политики ценообразования в соответствующей сфере. К примеру, в ст. 7 указанного закона «О теплоснабжении»⁴⁴³ закрепляются основные принципы регулирования цен (тарифов) в сфере теплоснабжения. Государственная политика направлена на обеспечение соблюдения общих принципов регулирования цен (тарифов) в сфере теплоснабжения.

Особое значение в рамках правового обеспечения ценообразования в сфере государственных услуг отводится Постановлению Правительства РФ от 26 июня 2015 г. № 640 «О порядке формирования государственного задания на оказание государственных услуг (выполнение работ) в отношении федеральных государственных учреждений и финансового обеспечения выполнения государственного задания»⁴⁴⁴, в котором прослеживается зависимость бюджетного финансирования государственных заданий на оказание услуг от ценообразующих факторов.

Вместе с тем, целый ряд специалистов неоднократно акцентировали свое внимание на вопросе необходимости систематизации и согласованности государственного регулирования ценообразования⁴⁴⁵, которое должно найти отра-

⁴³⁹ Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2012. – № 53 (ч. 1). – Ст. 7598.

⁴⁴⁰ Закон РФ от 14 мая 1993 г. № 4973-1 «О зерне» // Российская газета. – 1993. – № 102.

⁴⁴¹ Федеральный закон от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ «О почтовой связи» // Собрание законодательства РФ. – 1999. – № 29. – Ст. 3697.

⁴⁴² Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 2003. – № 2. – Ст. 169.

⁴⁴³ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 190-ФЗ «О теплоснабжении» (ред. от 29.07.2017) // Собрание законодательства РФ. – 2010. – № 31. – Ст. 4159.

⁴⁴⁴ Постановление Правительства РФ от 26 июня 2015 г. № 640 (ред. от 25.05.2016) «О порядке формирования государственного задания на оказание государственных услуг (выполнение работ) в отношении федеральных государственных учреждений и финансового обеспечения выполнения государственного задания» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 03.07.2015.

⁴⁴⁵ См., например: Белых В.С. Экономика и право: основные модели соотношения // Юрист. 2015. № 20. С. 10–16; Винниченко С.И. Цена как условие гражданско-правового договора: Дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 1999. С. 63; Винницкий Д.В. Ценообразование в жилищно-коммунальной сфере // Законность. 2003. № 2. С. 52; Зайкова С.Н. Цена как административно-правовая категория // Юридический мир. 2016. № 10. С. 28–31.

жение в действующем законодательстве, поскольку отсутствие четкого механизма регулирования цен приводит к негативным последствиям, влияющим не только на предпринимательскую активность хозяйствующих субъектов, но и на уровень жизни отдельных граждан, а также на состояние государственной казны. Указанное обстоятельство позволяет сделать вывод о необходимости принятия единого и базового федерального закона «О ценообразовании»⁴⁴⁶.

3. Государственные органы осуществляют определенные действия (деятельность) в сфере установления, введения и применения цен в публичных интересах, обладают определенной компетенцией.

Отличительным признаком органов государственной власти, осуществляющих регулирование ценообразования является, то, что их функции в сфере ценообразования сформулированы предельно широко, что в современных условиях является неэффективным. Рассредоточение функций по отдельным органам соответствует «специализации» отраслей экономики, но при этом не обеспечивает согласованность и системность в достижении целей социально-экономического развития государства. Публично-правовых инструментов властного механизма для осуществления управленческих действий в сфере ценообразования в действующем законодательстве закреплено недостаточно, имеющиеся часто неэффективны, что обуславливает необходимость внесения соответствующих изменений в действующее законодательство, регламентирующее рассматриваемую сферу.

Отметим, что система государственного регулирования ценообразования на протяжении всего периода проводимой административной реформы характеризуется наличием целого ряда органов, так или иначе осуществляющих регулирование цен, при этом, единственным органом, осуществляющим непосредственное управление и контроль, однако не обладающим широким спектром полномочий в сфере регулирования цен и тарифов, до июля 2015 г. являлась Федеральная служба по тарифам. В этой связи считаем необходимым внесения изменений в законодательство, определяющие правовой статус Федеральной антимонопольной службы, в вопросе расширения полномочий по контролю применения всех регулируемых цен, в т.ч. на продовольствие и товары первой необходимости.

4. Реальная (потенциальная) вовлеченность широкого круга субъектов в правоотношения в сфере ценообразования обязывает государство в процессе управления ценами одновременно учитывать и защищать интересы разных групп участников, например, защищать наименее обеспеченных слоев населения от необоснованного роста цен на товары первой необходимости; обеспечивать конкурентоспособности продукции на внутренних и внешних рынках, поддерживать отечественного товаропроизводителя и т.д. Все перечисленные интересы по своей сути имеют публичную природу.

5. В целом современные условия экономической действительности обуславливают формирования уровня цен посредством рыночных механизмов.

⁴⁴⁶ Гафарова Г.Р. Финансово-правовой механизм ценообразования: вопросы теории и практики. М.: Юрист, 2015. – С. 69.

Однако отметим, что в значимых сферах промышленного сектора, в которых, как правило, отсутствует конкуренция и функционируют естественные монополии, государство оставило за собой право воздействия на процесс ценообразования. Как верно отмечает Н.А. Саттарова, степень государственного вмешательства в область предпринимательской деятельности определяется, в том числе, интересами всех слоев общества, отдельных сфер его жизнедеятельности⁴⁴⁷. Государственное регулирование цен в отношении товаров (услуг) естественных монополий совершенно логично, поскольку динамика цен на продукцию субъектов естественных монополий определяет уровень цен и на все остальные товары (услуги). Именно поэтому крайне важно достичь оптимального уровня цен в этом секторе.

Кроме того, в рассматриваемом контексте важной задачей государства в указанной сфере является реализация нормативной регламентацией параллельно еще одного принципа – баланса публичного и частного интересов в процессе государственного ценообразования, несмотря на признанное преобладание публичного интереса в данной сфере. Так, например, в Постановлении Правительства РФ от 31 декабря 2010 № 1205 «О совершенствовании государственного регулирования цен на газ»⁴⁴⁸ цена договора поставки формируется по соглашению сторон в пределах между минимальными и максимальными значениями этой цены, которые устанавливает ФАС России по специальной формуле. Не раскрывая экономическую сущность закреплённой формулы, укажем, что ее разработка преследовала цель максимального приближения цены на газ, добываемый «Газпромом» и его аффилированными лицами, к рыночной цене⁴⁴⁹. Реализация публичного интереса здесь отражается в определении границ (минимального и максимального), за пределы которых участники договора выйти не могут. Вместе с тем, с другой стороны, законодатель оставил определенную, хотя и ограниченную возможность субъектам действовать своей волей, закрепив, что конечная цена на газ определяется в установленных пределах соглашением сторон⁴⁵⁰.

6. Обязательным направлением государственного регулирования ценообразования является применения государственного принуждения в рассматриваемой сфере. Полагаем, что причины, обуславливающие необходимость применения государственного принуждения в сфере ценообразования следующие: а) прежде всего, наличие правонарушений в сфере ценообразования и необходимость поддержания ценовой дисциплины; б) обеспечение государственным регулированием ценообразования общественных интересов; в) приоритет им-

⁴⁴⁷ Саттарова Н.А. Денежное обращение: особенности реализации публичного интереса // Финансовое право. 2016. № 2. С. 8–10.

⁴⁴⁸ Постановление Правительства РФ от 31.12.2010 № 1205 (ред. от 04.09.2015) «О совершенствовании государственного регулирования цен на газ» // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 8. – Ст. 1109; 2015. – № 37. – Ст. 5153.

⁴⁴⁹ Бабичева М.М. Баланс частного и публичного интересов при формировании условия о цене в договорах поставки газа по трубопроводу // Правовой энергетический форум. 2016. № 4. С. 22–34.

⁴⁵⁰ Там же.

перативного метода правовой регламентации отношений в сфере формирования, установления, применения, и изменения цен.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что современные условия развития экономики и государства, как известно, усложненные кризисными явлениями, предопределяют проявление новых нюансов в значении принципа приоритета публичного интереса в сфере государственного регулирования ценообразования. Существование объективных взаимосвязей и взаимозависимостей между ценами и публичными финансами, государственным ценообразованием и финансовой деятельностью государства обуславливает необходимость развития и углубления финансово-правового регулирования ценообразования и нормативного закрепления его основополагающих идей в качестве специальных правовых принципов в базовом федеральном законе «О ценообразовании». При этом важно отметить, что государственное воздействие на ценообразование будет эффективным только в том случае, если его правовая основа не вступает в существенный конфликт с правовой традицией, правовыми ценностями и правовой ментальностью⁴⁵¹, что, безусловно, должно достигаться прежде всего адекватным нормативным закреплением всех принципов государственного регулирования ценообразования и высокой степенью их соблюдения.

⁴⁵¹ Краснов А.В., Скоробогатов А. В. Источники и формы права в контексте правовой реальности // Балтийский гуманитарный журнал. 2016. Т. 5. № 2(15). С. 224.

*Д.А. Горулев,
доцент кафедры Банков, финансовых
рынков и страхования СПбГЭУ*

Институциональные изменения на финансовом рынке: соотношение права и экономического базиса

Развитие и усложнение экономики, ее внутренних связей и институтов влечет необходимость более детально изучать и рассматривать соотношение экономических и правовых основ трансформаций и институциональных изменений. В этом плане именно финансовый рынок представляет собой наиболее волатильную часть экономики, особенно ярко отражающую реакцию рынков на те изменения, которые происходят как в структуре экономики, так и в ее экономическом потенциале.

Сами институциональные изменения могут порождаться как трансформацией экономического или социального базиса, так и сами выступать первопричиной изменения последних. Базовый спор политэкономистов и институционалистов о первичности экономических предпосылок или институтов является краеугольным камнем современной экономики. Представители политэкономической школы полагают, что географические, климатические, военно-исторические и иные объективные предпосылки (факторы) предопределяют уровень и потенциал развития страны (государства, территории), а институты лишь фиксируют и рефлексировывают данный экономический базис в формальных институциональных источниках (законах, нормативных актах, правоприменительной практике) и складывающихся неформальных институтах, дополняющих первые. В свою очередь представители институциональной школы полагают, что мы можем наблюдать ситуации, когда при равенстве базовых экономических предпосылок, именно в результате различия в институтах, мы получаем принципиально различный эффект экономического развития.

Рассматривая институциональные изменения, необходимо отметить, что любые институциональные изменения ведут к пересмотру как минимум трех ключевых параметров, определяющих функционирование любой системы, а именно:

1. Ограничений

Любое институциональное (нормативное, правовое) изменение порождает и накладывает на каждого участника отношений новые ограничения. Это отражается, как правило, на каждом участнике отношений, начиная от базового субъекта, например, генератора продукта (бизнес активности), потребителя, регулятора, посредников, общества в целом и т.д.

2. Приоритетов

Изменение ограничений приводит к тому, что изменяются и приоритеты и ценности осуществления той или иной деятельности. Например, если при меньшей регулятивной нагрузке и, как следствие, не избыточности санкций, приоритетом для страховщика являлось увеличение числа клиентов (страхователей), расширение своего портфеля, увеличение выручки, активная аквизици-

онная работа, то в условиях избыточного регулирования, приоритет страховщика смещается в область избегания санкционных воздействий со стороны регулятора (или борьбу со страховым мошенничеством). Это порождает и смещение приоритетов надзора с прямого регулирования и развития рынка, на преодоление возрастающего мошенничества и неучтенных рыночных рисков регулятора.

3. Отношений

Трансформация приоритетов влечет за собой и изменение отношений между участниками и ключевыми стейкхолдерами. Меняется не только отношение к объекту, подверженному институциональному воздействию, но и отношения между субъектами, затронутыми институциональными трансформациями. Возникает крайне интересный эффект, который проявляется в повышении индивидуальной рациональности на базе псевдо-кооперации, при фактическом росте общего оппортунизма в системе отношений. Этот эффект мы можем в настоящее время наблюдать на банковском рынке в целом (системно), когда при рациональном подходе к обеспечению экономического роста, каждый субъект (стейкхолдер) исполняя свою функцию (ЦБ, Минфин, МЭР) привносит оппортунистический эффект в решение общей задачи. А на финансовом небанковском рынке мы скорее наблюдаем его частные проявления, как, например, между страховщиком, страхователем и посредником, или заемщиками и микрокредитными организациями, когда каждый из означенных участников порождает в отношениях с контрагентом намеренную недоинформированность и, как следствие трансформацию рисков.

В этой ситуации возникает ключевой вопрос – что же происходит, если институциональные (или в более узком смысле правовые) изменения возникают при отсутствии экономической базы (должных экономических предпосылок) для данных изменений? Анализ ситуации показывает, что в этом случае мы имеем дело с проявлением двух взаимосвязанных явлений:

- рост издержек каждой группы субъектов;
- проявление регулятивного арбитража.

Как следствие, экономически рациональные субъекты начинают задумываться о поиске инструментов, позволяющих снизить издержки, возникающие в связи с избыточной регулятивной (или в более широком смысле институциональной) нагрузкой. И мы начинаем сталкиваться с проявлением такого явления, как «регулятивный арбитраж», когда схожие по сути виды экономической деятельности регулируются с разной степенью интенсивности и, как следствие, бизнес стремится перейти туда, где регулятивная (или обще институциональная) нагрузка ниже. На страховом рынке таким ярким примером является разница между агентами и брокерами, а на рынке кредитования – между банками и микрокредитными организациями. При этом в условиях институциональной незрелости имеется, как правило, значительное поле для проявления регулятивного арбитража.

Это влечет за собой, как следствие, общее сокращение институционализированного рынка (поля на котором взаимодействуют субъекты).

Ключевая проблема состоит в этом случае в мультипликации данного эффекта. Так, в условиях нарастания кризисных или квази-кризисных явлений,

субъекты сталкиваются с сокращением платежеспособного спроса и, как следствие, сокращением выручки. Это влечет за собой уход с рынка игроков, что для финансового рынка, происходит, как правило, достаточно болезненно. В условиях усиления ухода игроков (особенно в ситуации некорректного ухода, когда остаются значительные неисполненные обязательства), регулятор усиливает меры надзора и контроля, что ведет к эффекту общего усиления регулятивной нагрузки. Усиление регулятивной нагрузки приводит к росту издержек субъектов финансового рынка, особенно в части роста постоянных издержек, что в условиях сокращения спроса является существенным негативным фактором, как для отдельных субъектов, так и для рынка в целом. В этой ситуации игроки стараются любыми способами в целях сокращения издержек уйти из под избыточного регулирования. В итоге мы получаем проявление регулятивного арбитража. В свою очередь, проявление регулятивного арбитража влечет за собой общую незащищенность потребителя, который начинает пересматривать приоритеты рисков и, как следствие методов защиты и управления ими. Что в еще большей мере приводит к сокращению (в данном случае применительно к страхованию) платежеспособного спроса и рынка в целом. И, как следствие, усиливает негативное влияние кризиса через избыточность регулятивного воздействия в условиях отсутствия экономической базы.

Если выделить основные вехи изменений страхового рынка 2013-2018 годов, то мы можем отметить, как минимум три ключевые проблемы:

1. Изменение регулирования

Как таковое изменение регулирования не выразилось бы в проблеме, если бы одновременно с усилением регулятивной нагрузки, создавалась бы экономическая база для развития рынка. Однако, в условиях низкой финансовой и тем более страховой культуры, рынок страхования сам собой не будет развиваться и без активного участия государства и регулятора невозможно обеспечить его развитие в той части, которая была бы экономически достоверной и не спекулятивной.

2. Падение вмененного спроса

Второй вехой стало падение вмененного спроса на страховые продукты. Не смотря на то, что рынок страхования показывает некоторый рост в абсолютных показателях, но этот рост не превышает уровня реальной инфляции, скорректированной на рост ВВП, что является объективным показателем изменения экономической ситуации. Значительной точкой роста мог бы стать вмененный спрос на страхование профессиональной ответственности, который мог бы быть сгенерирован, если бы при переходе от лицензирования к отраслевому саморегулированию в целом ряде видов экономической деятельности (оценщики, аудиторы, арбитражные управляющие, нотариусы, строители, туроператоры и т.д.) были бы четко и объективно определены адекватные объемы этой ответственности. В данном же случае мы столкнулись по сути с ситуацией «фальсификации» вмененных видов страхования, поскольку объем законодательно определенных лимитов страхового покрытия оказался не просто крайне низким, но еще и не отвечающим экономическим и институциональным реалиям этой ответственности.

3. Рост требований к страховым компаниям

За последние 4 года рынок столкнулся со значительным ужесточением требований к страховым организациям с т.з. финансовых показателей. Это в свою очередь привело не только к падению доходности инвестиционной деятельности страховщиков, но еще и сократило целый ряд программ кэптивного страхования и страхования на базе взаимности. Кроме того, в этот же период значительно увеличились управленческие издержки компаний связанные с формированием отчетности, переходом на единый план счетов, работе со спец. депозитариями, переходу на XBRL. И хотя каждая из этих инициатив регулятора, казалось бы должна приводить в долгосрочной или среднесрочной перспективе к снижению издержек и повышению управляемости бизнесом и транспарентности отчетности, но неготовность ни рынка, ни регулятора, ни вендеров и компаний как таковых в данным значительным изменениям в условиях сокращения рынка, привело к обратному эффекту и, как следствие, фальсификации многих инициатив регулятора.

Институциональные, правовые и регулятивные изменения в условиях организационной неготовности ни рынка, ни регулятора, а так же в условиях отсутствия экономической базы приводит к пересмотру ключевого равновесия между ресурсами (в частном случае – деньгами) и риском. И если в предыдущие периоды цена денег была ниже того риска, который передавался на страхование или на другие формы финансирования риска, то в изменяющейся ситуации и в условиях развития оппортунизма, эта оценка меняется. Как следствие, субъекты, начинают выбирать иные инструменты управления рисками, нежели финансирование (страхование) – превенцию, репрессию, элиминирование или даже избегание. В условиях значительной ресурсной ограниченности, порождаемой востребованностью капитала, кризисными явлениями и, как следствие, высокими альтернативными издержками, перед субъектами встает вопрос вариативности сценарного выбора. В этой связи у субъекта возникает лишь два ключевых пути:

- Сценарное замещение. Но оно влечет за собой не учтенные риски, работа с которыми может быть не только высоко затратна, но и компетентностно недоступна.
- Ресурсное замещение. Но в данном случае встает вопрос об источниках этих ресурсов (о каких бы ресурсах мы ни вели бы речь), и, как следствие опять-таки возросших альтернативных издержках у владельцев в условиях возросшей общей неопределенности и ресурсного дефицита.

Таким образом, мы имеем дело с дисбалансом между институциональными новациями и экономическим базисом, который должен если уж не лежать в их основе, то хотя бы формироваться под воздействием институциональных изменений. Но, в случае, когда объективных предпосылок для роста базиса нет, мы все чаще сталкиваемся с экстрактивными институтами, выражающимися, как правило, в проявлении регулятивного арбитража и направленными на то, чтобы максимизировать доход посредством эксплуатации одной группой субъектов, другой. Модели межсубъектной эксплуатации были предложены нами в предыдущих публикациях.⁴⁵²

⁴⁵² Горулев Д.А. Анализ несостоятельности (банкротства) на базе модели межсубъектного взаимодействия // Финансы. – 2011. – №11. – С. 46–51.

Одновременно с этим, мы наблюдаем тенденцию начала осознанной работы с рисками на местах – особенно в среднем бизнесе, где с одной стороны ограничена маржинальность бизнеса, а с другой – накопились проблемы рентабельности и неучтенности рисков. Это приводит к тому, что клиент (страхователь) внедряя у себя хотя бы отдельные элементы системы управления рисками, приходит к страховщику с более целевым запросом, понимая, что страхование не «панацея», но способ защиты от финансовых и только собственно финансовых потерь. Страхователь стал более избирательным, научился считать деньги и взвешивать решения, стал не жадничать, следуя русскому «авось», а экономить на издержках через грамотное управление ими. Это предъявляет новые, более сложные требования к страховщику. И далеко не все к этому готовы. На наш взгляд, тут большую роль сыграют страховые брокеры, которые будут (могут) выступать консультантами страхователей в выборе программ страховой защиты, если институт страхового посредничества вообще и брокеража в частности преодолеет тенденцию к спекулятивному характеру и обратится лицом к клиенту.

В сложившейся ситуации важнейшим элементом трансформаций в ближайшее время станут Финтех решения и технологические новации, которые могут выступить как оптимизатором финансового рынка на базе перехода к системе экономии на транзакционных издержках, так и драйвером развития альтернативных финансовых инструментов и даже институтов. В этом контексте представляется целесообразным обратить внимание, прежде всего, на технологические решения на базе распределенного реестра и смарт-контрактов (на примере технологии Блокчейн), поскольку они и имен они повлекут значительные трансформации финансового рынка.

В системе электронно-цифровых новаций место Блокчейн технологий находится на ряду с сетями P2P в блоке новаций в области распределенного хранения данных. При этом, Блокчейн технологии стали, по сути следствием развития до этого таких технологических форматов как:

- Технологии цифровизации деятельности;
- Сквозные цифровые технологии;
- Информационно-коммуникационные технологии;
- Технологии физической и дополненной реальности.

Между тем, именно технология Блокчейн (и ее аналоги) является прорывным инструментом, который способен внести значительные изменения на рынке, и, прежде всего на финансовом рынке. Не смотря на то, что заявление некоторых специалистов в области Блокчейн технологий утверждают, что с приходом Блокчейна финансовый рынок исчезнет как таковой, мы не придерживаемся данного мнения, но то, что данная и подобные технологии внесут существенную коррективу в работу на финансовом рынке – является фактом. При этом данная технология, скорее стала катализатором тех парадигмальных изменений, которые на финансовом рынке и так назрели.

С чем мы имеем дело, при обращении к таким технологиям, как Блокчейн? Прежде всего – это соотношение трех ключевых особенностей, обеспечивающих некоторую уникальность данной технологии не столько в технической, сколько в организационно-методической плоскости. Это:

- неизменяемость прошлых записей (как следствие, невозможность их фальсификации и корректировки задним числом),
- децентрализованность (что обеспечивает простоту и надежность хранения любых, в т.ч. очень крупных и важных массивов данных),
- криптографичность (что обеспечивает достаточно высокую надежность с т.з. защиты от несанкционированного доступа к данным, что позволяет свободно перемещать и хранить эти данные, без опасения их несанкционированного использования).

Все это формирует ключевой фактор востребованности Блокчейна – это возможность отслеживания ПОДЛЕННОСТИ происхождения и движения активов и (или) обязательств. При этом, вне зависимости от того, об активе или обязательстве идет речь, мы имеем дело с как бы параллельной реальностью учета, в которой фиксируется без возможности дальнейшего изменения все транзакции.

Blockchain – это уникальный и эффективный способ хранения истории:

- Нахождение (или происхождения или состояния) актива/пассива;
- Владение (принадлежности);
- Перемещение (изменения);

В связи с этим, Blockchain может быть использован прежде всего как инструмент:

- Уменьшения неопределенности;
- Защиты от потери данных;
- Снижения издержек транзакций.

Вместе с движением реального объекта (актива) в реальном мире происходит движение его цифрового сертификата (или токена) по блокчейну, что может быть отслежено любым (каждым) участником и не может быть изменено, а, значит, фальсифицировано.

Данные технологические возможности Блокчейна придают ему следующее ключевое значение для экономики и общества:

- Blockchain – это «разрушение» формальных институтов неформальными (по сути, мы заменяем классические институты, такие как лицензия, контроль, договор и т.д. на новые технологизированные решения в области неформальных институтов);

- Blockchain – система верификации (проверки), которая может в этой функции заменить целый ряд традиционных институтов (базовая неизменность информации об объекте делает бессмысленным его проверку на стадии конечного потребителя/приобретателя);

- Blockchain – технологический институт, как замена классических (юридических) институтов (вместо договора – смарт-контракт, вместо резервирования капитала – резервирование токенов как обязательств и т.д.).

Применение Блокчейн технологии на финансовом рынке, особенно в области ритейла, может вернуть нас к востребованности взаимных финансов (обществ взаимного страхования, банков взаимного кредита), но на новом технологическом уровне. При этом взаимные финансы как таковые существовали и существуют в мире и представлены достаточно широко – начиная от банков

взаимного кредита, что особенно характерно для Германии или Японии и было очень характерно для дореволюционной России и заканчивая Обществами взаимного страхования, которые в мире на сегодняшний день в достаточно большом количестве стран (включая Россию) имеют место быть. При этом, именно идея взаимных финансов, как «уничтожения» финансового посредничества коммерческих банков и других финансовых организаций лежат в концепции клиптовалют.

Однако, надо иметь ввиду, что Блокчейн – это всего лишь технология, и не смотря на достаточную новатiku, то, где и как она будет применена будет определять ее социальную направленность или порождаемый ей социальный антагонизм.

На сегодняшний день технология Блокчейн используется не всегда во благо общества, и, как следствие, имеет свои «подводные камни», и используется для того, чтобы:

- «Спрятаться» (обезличиться при проведении операций, что наиболее ярко проявилось в криптовалютах);
- Получить дополнительную маржинальность за счет проявляемого «регулятивного арбитража» (наиболее ярким примером тут является любое ICO в сравнении с IPO);
- Получить спекулятивный доход, не являющийся базовой функцией инструмента (ярким примером является эффект с крипто-котиками в Ethereum);

Кроме того, в настоящее время ряд решений на базе Блокчейн сталкивается со значительными технологическими ограничениями (длительность подтверждения транзакции, высоки энергетические затраты).

Blockchain в значительной мере повлияет в ближайшее время на такие сферы, как медицина, строительство, образование, фармацевтика, учет интеллектуальной собственности, госуправление, учет недвижимости, учет налоговых обязательств и т.д.

На финансовом рынке Blockchain в отдельных сегментах станет квазифинансовым посредником, прежде всего, реанимируя сферу взаимных финансов и работая с проявлением регулятивного арбитража. И это действительно может принести революционные изменения на рынке, через проявление «альтернативной реальности». Мы вполне можем допустить, что может реализоваться сценарий с появлением некоего проекта «ООО-гарантия», который будет действовать на принципах последующей раскладки ущерба (схожих с ОВС) и что самое главное, не попадать под действие страхового законодательства. В этом и будет проявляться регулятивный арбитраж. И он может достаточно сильно изменить рынок ритейла. Он не повлияет на рынок крупного корпоративного или вмененного страхования, т.к. там действуют другие механизмы и инструменты, но вот на рынке ритейла возможен значительный передел.

Важным вопросом остается юридическая сторона признания финансовых инструментов и решений на базе Blockchain технологий. Это, прежде всего, относится к криптовалютам, а так же к ICO. Не смотря на то, что мы имеем дело с проявлением регулятивного арбитража и замещением неформальными (и технологическими) институтами формальных институтов, общество и государство

пытается ввести данный вид экономической активности и экономических отношений (по факту уже существующих) в поле формальных институтов. При этом юристы обсуждают только половину проблемы применительно к криптовалютам и иным цифровым финансовым инструментам, а именно каков должен быть порядок учета и обращения этого блага (имущества, актива), упуская из виду обратную сторону медали, а именно – пассив и ответственность эмитента. Юристы оперируют понятием «пучок прав на определенное благо», что выражает «равнодушие к физической сущности вещи этого блага»⁴⁵³ и, как следствие возможности рассредоточения различных прав на одну и ту же вещь между разными лицами, однако, в зависимости именно от этой сущности во многом и последующий обмен пучками правомочий будет на наш взгляд разниться. Сложная экономическая и институциональная природа криптовалют требует более детального финансово-юридического анализа этого явления. Сравнение криптовалют и токенов (с ними связанных) некоторыми юристами с обращением ценных бумаг и правом вытекающим из ценной бумаги и правом на ценную бумагу, на наш взгляд недостаточно корректно, поскольку организационно-экономическая суть криптовалют и операций с ними связанных, лежит прежде всего не в плоскости владения (обладания), а в плоскости работы с транзакционными издержками и меновой функцией денег, выполняемой криптовалютами. Вообще в современной юридической науке нет единой позиции в отношении самого юридического понятия «деньги». Поскольку в зависимости от того, с какой точки зрения мы рассматриваем деньги и в какой их форме (в каком агрегате M0, M1, M2...), мы имеем дело с разным юридическим свойством этого понятия. И когда мы переходим к рассмотрению понятия «криптовалюта», как формы денег, то мы сталкиваемся с теми же проблемами, которые возникают и применительно к самому понятию «деньги» (применительно к фиатным деньгам). При том, что «наличные и безналичные денежные средства различаются лишь по своей форме, но не по сути и взаимосвязаны между собой и переходят из одной формы в другую»⁴⁵⁴, то основанием для выделения юридической категории денег может, на наш взгляд, являться исполнение данным объектом функций денег. В этом плане, криптовалюта только отчасти может выступать и являться деньгами, поскольку не выполняет всех функций денег. Более того, на наш взгляд, мы стоим на пороге серьезных парадигмальных изменений, связанных с распределением отдельных функций денег по каналам (формам денег) на базе специфики транзакционных издержек, связанных с эмиссией и обращением денег. Так же, поскольку эмиссия криптовалюты носит децентрализованный характер, в чем состоит ее существенное отличие от фиатных денег, то и мерой стоимости она выступает не как таковая, а опосредованно через фиатные валюты. При этом, в обозримой перспективе мы допускаем, что можем прийти к ситуации значительной мультипликации криптовалют

⁴⁵³ Устюжанина Е.В. Лекции. Институциональная экономика / Лекция 4 – Собственность.doc
Режим доступа: <https://studfiles.net/preview/2100797/page/7/>.

⁴⁵⁴ Арзуманова Л.Л. Понятие денег в финансовом праве. Режим доступа: http://e-notabene.ru/flc/article_16162.html.

вплоть до персонифицированной эмиссии на уровне хозяйствующих субъектов или даже домохозяйств.

Остается открытым вопрос, будет ли экономически и организационно целесообразным регулирование рынка криптовалют, поскольку в отличие от Блокчейна, как технологии, экономическая эффективность криптовалют базируется прежде всего, на отсутствии регулятивной нагрузки и проявляется, скорее через экстрактивные институты.

Институциональные изменения всегда отражают взаимосвязь права и экономического базиса. В зависимости от приоритетности развития формальных или неформальных институтов, мы наблюдаем гармонизацию или деструкцию экономических и правовых отношений, что особенно ярко проявляется на финансовом рынке.

*Т.А. Гусева, докт. юрид. наук, профессор
кафедры административного, конституционного,
финансового права Юридического института ФГБОУ ВО
«Орловский государственный университет им. И. С. Тургенева»*

Государственные закупки как фактор развития российской экономики

Государственные закупки и закупки госкомпаний играют важную роль в стимулировании развития российской экономики. Общий объем госзакупок составляет около 25 трлн руб., т.е. примерно 30% ВВП.

Контрактная система действует уже пятый год, но для ее полноценного формирования еще требуется время, поэтому так важно оперативное выявление существующих сложностей для дальнейшего развития сферы закупок, обмен практическими мнениями.

1. Создание реестра участников закупок предусмотрено масштабными поправками к Федеральному закону от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее Закон №44-ФЗ)⁴⁵⁵, принятыми в конце 2017 года. Реализация этого проекта предусматривает интеграцию этого реестра с различными государственными информсистемами, включая информсистемы налоговой службы, что позволит автоматизировать процессы получения информации о поставщиках, включая данные о наличии задолженностей, о наличии лицензий и т.п.

2. Для целей проведения закрытых процедур предлагается использовать так называемые специализированные электронные торговые площадки (ЭТП), однако в настоящий момент возникает угроза монополизации рынка только на одной площадке. При этом на рынке электронных торгов нет понимания, какие закупочные процедуры ограничивает новый порядок, и все участники выступают против монополизации «секретных» закупок.

В настоящее время крупнейшие операторы ЭТП обладают необходимыми лицензиями ФСТЭК России и ФСБ России для разработки и последующего сопровождения автоматизированных систем в защищенном исполнении.

Введение искусственных ограничений для доступа на рынок оказания услуг операторов специализированных ЭТП лишит сложившийся рынок необходимой конкурентности и мобильности и не будет соответствовать требованиям Федерального закона от 26 июля 2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁴⁵⁶, в соответствии с которым установлен запрет на необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами и на установление

⁴⁵⁵ Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (с изменениями и дополнениями) // Собрание законодательства Российской Федерации от 8 апреля 2013 г. № 14 ст. 1652.

⁴⁵⁶ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ "О защите конкуренции" // Российская газета от 27 июля 2006 г. № 162; Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru) 4 июля 2016 г.

для приобретателей товаров и услуг ограничений выбора хозяйствующих субъектов, которые предоставляют такие товары и услуги.

Развитие конкуренции целесообразно не только между участниками торгов, но и между торговыми площадками. Именно принцип конкуренции побуждает ЭТП развивать новые сервисы, инфраструктуру, вкладывать значительные средства в создание новых программных продуктов и повышать качество предлагаемых услуг. Все ЭТП должны иметь возможность развивать функционал по закрытым способам закупок. В связи с этим предлагается: 1) рассмотреть возможность функционирования всех ЭТП для закрытых торгов в едином защищенном информационно-телекоммуникационном пространстве, уже созданном в целях функционирования АСТ ГОЗ; 2) предоставить возможность всем крупнейшим операторам ЭТП создать электронную торговую площадку (секцию) для проведения закрытых торгов, обеспечивающую надежное сокрытие сведений об участниках и победителях торговых процедур от посторонних лиц;

3. Одной из актуальных проблем при госзакупках и корпоративных закупках является их картелизованность. В Федеральной антимонопольной службе посчитали, что ущерб от картелей в сфере госзакупок составляет 1,5-2% ВВП в год.

По итогам 2017 г. ведомство возбудило 360 дел о картелях – на 26 дел больше, чем в 2016 году. Но, как отмечают в ведомстве, в реальности картельных сговоров при торгах куда больше.

15 марта 2018 года начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России Андрей Тенишев представил членам Общественного совета законопроекты, которые смогут оптимизировать работу по предупреждению и пресечению картелей в России.

Изменения в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы предусматривают уточнение определения состава преступления при заключении картеля с причинением крупного ущерба и извлечением крупного дохода. Изменяется характер квалифицированных и особо квалифицированных составов, в отдельную норму выделяются соглашения на торгах⁴⁵⁷.

Изменения в Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» расширяет процессуальные возможности ФАС России при расследовании картелей. В частности, у ведомства появится возможность получения материалов оперативно-розыскной деятельности при расследовании картелей. Увеличиваются сроки давности по картелям до 5 лет, а для уголовных наказуемых картелей до 10 лет.

По признанию самого ФАС России усиление ответственности за картельный сговор вызвано тем, что картели являются сверх серьезной проблемой в экономике страны и они присутствуют практически во всех сферах экономики. Предложенные поправки в законодательство – это уже не просто инициатива ФАС, это исполнение поручений Президента России.

4. Одной из самых обсуждаемых тем в сфере госзакупок является ужесточение ответственности за нарушения в сфере госзакупок⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ <https://fas.gov.ru/news/24534>.

⁴⁵⁸ Документ: Проект Федерального закона № 410960-7. Внесен в Госдуму 12 марта 2018 года // <http://sozd.parlament.gov.ru/bill/410960-7>

В Госдуму внесен законопроект, который предусматривает уголовную ответственность за злоупотребления в сфере госзакупок и подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии.

Злоупотреблением в сфере госзакупок будет считаться нарушение работником контрактной службы законодательства о контрактной системе, совершенное с корыстной целью или иной личной заинтересованностью и причинившее крупный ущерб. За такое деяние смогут лишить свободы на срок до трех лет.

Подкупом же будет признаваться, например, незаконное получение работником контрактной службы денег за совершение в интересах дающего действий, связанных с закупкой. В отдельных случаях за это преступление будет грозить до 12 лет лишения свободы. При этом, как отмечает, Федеральная антимонопольная служба, главным при проверках является профилактика правонарушений.

Таким образом, ужесточение ответственности будет вводиться параллельно с профилактической и разъяснительной работой ФАС России в рамках проведения реформы контрольно-надзорной деятельности.

*А.Б. Иванюженко, канд. юрид. наук,
доцент кафедры финансового права СПбГЭУ*

О некоторых правовых проблемах оказания медицинских услуг, финансируемых за счет обязательного медицинского страхования

1. Проблема защиты прав пациентов от так называемых «врачебных ошибок» актуальна по причине того, что человек, обращаясь в медицинское учреждение вынужден доверять врачам уже в силу признания материалистического осмысления жизни. Реальность этой установки в сегодняшних условиях подтверждается выводами которые можно сделать из исследований, проведенных в 2012 г. ВЦИОМ. Социологи выявили, что заболевание в качестве «Божьей кары» (т.е. признание лицом идеалистической концепция Бытия) признавало только 2% респондентов, а подавляющее число опрошенных считали, что причина заболеваемости – индивидуальный образ жизни (35%) или неблагоприятные последствия, вызванные низким уровнем жизни (32%) т.е. рассматривали болезнь как частный случай материалистической концепции Бытия⁴⁵⁹.

В условиях признания материалистической концепции мира задачей медицинских организаций является не только профилактика заболеваний но и многочисленные виды терапии, целью которой является устранение причин неэффективного функционирования человеческого организма. Однако, поскольку знания о человеке не являются исчерпывающими, в медицинской практике встречаются т.н. «врачебные ошибки» представляющие собой профессиональное заблуждение неумышленного характера о диагнозе заболевания и его терапии, посредством которых у пациента возникают либо осложнения заболеваний либо наступает преждевременная смерть.

В начале XXI века исследователи из Health Grade (США) выяснили, что в США (в которой на здравоохранение по данным ВОЗ только в 2013г. тратилось порядка 17% от ВВП⁴⁶⁰) от ошибок, допускаемых медицинским персоналом ежегодно гибнет до 195 тысяч человек. Согласно данным этой организации в 2000-2002 гг., каждый год на 37 млн. госпитализаций регистрировалось в среднем 1,14 миллиона врачебных ошибок, из которых 15-20% приводили к гибели больных. Чаще всего причиной смерти становились инфекционные осложнения от вакцинации. На втором месте оказались ошибки хирургов, а на третьем – неправильное назначение медицинских препаратов.

Как отмечают В.Г.Дьяченко С.В.Дьяченко и Л.В.Солохин, в России в начале XXI века подобная статистика не велась, однако, проводя самостоятель-

⁴⁵⁹ Наше здоровье: что делать и кто виноват? [Электронный ресурс] // Сайт Всероссийского Центра по изучению общественного мнения (ВЦИОМ). – Режим доступа: <http://wciom.ru/index.php?id=459&uid=112951>.

⁴⁶⁰ См.: «Рейтинг стран мира по уровню расходов на здравоохранение» ВОЗ, 2013. [Электронный ресурс] // Сайт интернет-издания информационно-аналитического агентства «Центр гуманитарных технологий». – Режим доступа: <http://gtmarket.ru/ratings/expenditure-on-health/info>.

ные расчеты названные авторы отмечали, что ежегодно в результате медицинских ошибок в России причиняется ущерб или наступает смерть у 200–300 тысяч граждан. Некоторые количественные показатели были представлены главным пульмонологом России, академиком А. Чучалиным, по словам которого процент врачебных ошибок в России превышает значение 30%⁴⁶¹. Также некоторую ясность в этот вопрос внес Председатель СК РФ А.Бастрыкин, который еще осенью 2016-го года выступая на коллегии СК РФ отметил, что в 2015-м году вследствие как врачебных ошибок так и ненадлежащего оказания медицинской помощи в России погибли 712 человек (в т.ч. 317 детей), а в первой половине 2016-го года этот показатель составил 352 человека и в т.ч. – 142 ребенка⁴⁶².

Следует помнить о том, что человека обратившегося за помощью в медицинскую организацию Закон рассматривает в качестве потребителя медицинских услуг (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 28.06.2012г. «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»⁴⁶³, а как следует из содержания п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 26.01.2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина», физические страдания человека предполагают наличие у него права на компенсацию морального вреда⁴⁶⁴. Однако, поскольку в ст. 41 Конституции РФ акцент сделан на примерном перечне финансирования гарантированного государством бесплатного оказания медицинской помощи в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения («за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений»), вопрос о правовой регламентации компенсации вреда причиненного врачебными ошибками в первую очередь – в медицинских организациях функционирующих в системе государственного здравоохранения требует более пристального рассмотрения.

2. Не смотря на то, что Конституция РФ, как и ст. 83 Федерального закона от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁴⁶⁵ (далее – закон № 323-ФЗ) устанавливает различные источники финансирования оказания медицинской помощи, первым из них как по очередности в перечне, так и по объему денежных ресурсов является финансирование посредством обязательного медицинского страхования (ОМС).

Количественно это подтверждается тем, что в 2010 году в структуре источников финансирования здравоохранения участие ОМС оценивалось в 58,5% по сравнению с иными видами государственного финансирования медицинской

⁴⁶¹ Дьяченко, В.Г., Дьяченко, С.В. Солохина, Л.В. Управление качеством медицинской помощи. Учебник: Издательство ГБОУ ВПО Дальневосточный государственный медицинский университет, 2012. – 655 с. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.medlinks.ru/sections.php?op=viewarticle&artid=3357>.

⁴⁶² Александров А. СКР поставил диагноз врачам // Коммерсантъ 2016. 29 сентября.

⁴⁶³ Российская газета. 2012. 11 июля.

⁴⁶⁴ Там же, 2010. 5 февраля.

⁴⁶⁵ Там же, 2011. 23 ноября.

помощи (41,5%)⁴⁶⁶. В 2015-му году Заместитель директора Центрального НИИ организации информатизации здравоохранения Минздрава России, д.э.н. Ф.Н.Кадыров отмечал, что политика государства в области финансирования здравоохранения представляет собой «сокращение бюджетного финансирования и переход на финансирование за счет фонда ОМС», примером чего он приводил включение в систему ОМС скорой медицинской помощи не смотря на то, что ее оказание не соответствует страховым принципам⁴⁶⁷. В 2017-м году финансирование стационаров за счет средств федерального бюджета было сокращено по сравнению с 2016-м годом с 243 до 148 млрд. рублей, а расходы на амбулаторную помощь – с 113,4 до 68,995 млрд. рублей⁴⁶⁸. При этом, по словам Председателя СП РФ д. э. н Т.А. Голиковой основная система здравоохранения в 2017-2018 годах сосредоточена «в бюджете Фонда ОМС», а благодаря эффективности администрирования ФНС РФ сбора страховых взносов, за 2017-й год бюджет Федерального фонда ОМС (ФФОМС) был впервые исполнен с профицитом в 81 млрд рублей⁴⁶⁹.

В настоящее время ОМС представляет собой систему перераспределения денежных ресурсов, благодаря которой страхователи перечисляют в бюджет ФФОМС страховые взносы, которые он перераспределяет в виде субсидий в бюджеты Территориальных фондов ОМС (ТФОМС) в объемах, размер которых рассчитывается исходя из тарифов медицинской помощи установленных в субъектах РФ Тарифным соглашением с учетом особенностей региональных условий медико-профилактической обстановки⁴⁷⁰ (что на наш взгляд не способствует достижению в этом вопросе целей, предусмотренной концепцией бюджетного федерализма), а ТФОМС перечисляют средства медицинским организациям, включенным в систему ОМС в размерах, необходимых и достаточных для их функционирования в части затрат на реализацию медицинской деятельности в пределах Территориальных программ ОМС.

3. Не смотря на то, что медицинские услуги финансируемые за счет программы ОМС могут оказывать организации разных форм собственности, участие в ОМС частных медицинских организаций является скорее исключением чем правилом. Так, в интервью изданию «Коммерсантъ» председатель совета директоров сети частных клиник «Доктор рядом» участвующих в программе

⁴⁶⁶ Царева, О.В. Финансирование российского здравоохранения через систему ОМС: основные направления и перспективы. Всероссийский форум руководителей системы здравоохранения Москва 21-22 октября 2010г. [Электронный ресурс] // Сайт Электронных презентаций. – Режим доступа: <http://www.myshared.ru/slide/41341>.

⁴⁶⁷ Багликова И. «Минфин просил не ходить к нему с протянутой рукой за деньгами на зарплаты» [Электронный ресурс] / И.Багликова // Петербургский Сайт о здоровье «Доктор Питер». – Режим доступа: <http://doctorpiter.ru/articles/11198>.

⁴⁶⁸ Чернова, Н. Теперь без Иллюзий. Минфин хочет на треть урезать расходы на здравоохранение в 2017-м году // Новая газета, 2016. 21 октября.

⁴⁶⁹ См.: Интервью Председателя Счетной палаты Татьяны Голиковой Агентству «ТАСС» в рамках IX Гайдаровского форума 18 января 2018 г. [Электронный ресурс] // Сайт Счетной палаты РФ. Режим доступа: http://audit.gov.ru/press_center/interview/32299?sphrase_id=7090098.

⁴⁷⁰ См. Приказ ФФОМС от 18 ноября 2014 г. № 200 «Об установлении Требований к структуре и содержанию тарифного соглашения» // Российская газета, 2015. 14 января.

ОМС В. Гурдус отметил, что при существующих низких «экономически нерациональных», неконкурентных тарифах частным медучреждениям работать в системе ОМС невыгодно⁴⁷¹ и эта статистика в целом осталась неизменной, не смотря на то, что в конце 2017 года, Счетная палата РФ зафиксировала увеличение тарифов на некоторые услуги, оказываемые в рамках системы ОМС в стационарной медицинской помощи на 26–39%⁴⁷².

Приоритетно, организации здравоохранения участвующие в системе ОМС обладают организационно-правовой формой государственных и муниципальных «бюджетных учреждений», а автономные и казенные учреждения в системе ОМС фактически не участвуют. Последний вывод следует из того, что согласно ст. 9.2 Федерального закон от 12.01.1996г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»⁴⁷³ бюджетные учреждения создаются для выполнения работ, оказания услуг в целях обеспечения реализации предусмотренных законодательством Российской Федерации полномочий ... в сферах науки, образования, и в т.ч – здравоохранения, а согласно ст. 6 БК РФ казенные учреждения – «в целях обеспечения реализации полномочий органов государственной (муниципальной) власти». Что касается автономных учреждений то проблемы, связанные с их возникновением и деятельностью были описаны нами ранее⁴⁷⁴.

Очевидным является то, что все бюджетные учреждения включая учреждения здравоохранения обязаны проводить учет расходов используя бюджетную классификацию, утвержденную Приказом Минфина РФ от 01.07.2013 № 65н «Об утверждении Указаний о порядке применения бюджетной классификации РФ»⁴⁷⁵. Однако ФФОМС излагая в Письме от 6.06.2013 г. № 4509/21-и «По вопросам расходования средств ОМС в рамках базовой программы ОМС»⁴⁷⁶ порядок учета расходов бюджетных учреждений поступающих на финансирование медицинских услуг среди прочего указал, что по статье 290 классификации сектора государственного управления (КОСГУ) «Прочие расходы» отражается возмещение физическому лицу морального и физического вреда, взысканного по решению суда в связи с некачественным оказанием медицинской помощи, включаемого **в состав тарифа на оплату медицинской помощи в рамках базовой программы ОМС** (выделено нами – А.И.).

В данной ситуации обращает на себя внимание то, что ФФОМС устанавливая это ссылается на ч 7 статьи 35 Федерального закона от 29.11.2010 г. № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 326-ФЗ) в которой говорится, что в структуре тарифа на оплату медицинской помощи в рамках базовой программы ОМС

⁴⁷¹ Николаева, Д. Тарифы в системе ОМС надо поднять в три раза // Страхование: Приложение к газете Коммерсант. 2014. 26 ноября. С.19.

⁴⁷² Казарновский, П., Звезда, П., Могилевская, А. Матвиенко предложила отказаться от системы ОМС. [Электронный ресурс] // Сайт агентства РБК – Режим доступа: <https://www.rbc.ru/politics/22/03/2018>.

⁴⁷³ Российская газета, 1996. – 24 января.

⁴⁷⁴ Иванюженко А.Б. Актуальные вопросы финансово-хозяйственной деятельности автономных учреждений // Финансы и бизнес. 2011. № 3. С. 80-90.

⁴⁷⁵ Финансовая газета. 2013. 5 сентября.

⁴⁷⁶ Не опубликовано // СПС «Консультант Плюс».

присутствуют (в том числе) «прочие расходы». Об этом же (о наличии т.н. «прочих расходов») говорится и в п. 157 Приказа Минздравсоцразвития РФ от 28.02.2011г. № 158н «Об утверждении Правил обязательного медицинского страхования»⁴⁷⁷ (Правила ОМС).

Нам представляется, что поскольку медицинские организации обязаны согласно ч.2 ст.20 Федерального закона № 326-ФЗ использовать средства обязательного медицинского страхования, полученные за оказанную медицинскую помощь, в соответствии с Базовой и соответствующими ей Территориальными Программами ОМС, а ст.ст. 35-36 закона № 326-ФЗ, регламентирующие содержание Базовой и Территориальных программ ОМС не содержат в себе в качестве цели финансирования «компенсации пациенту морального или материального вреда причиненного лечением», то включение в размер тарифа затрат на компенсацию морального вреда противоречит положению п.110 Правил ОМС согласно которого по тарифам ОМС оплачивается оказываемая пациенту медицинская помощь но не причиненный этой помощью вред (компенсация убытков за оплаченные авансом но не оказанные лицам медицинские услуги, равно услуги ненадлежащего качества регламентируется пп. 127-127.5 Правил ОМС) и позволяет согласиться с утверждением руководителя Счетной палаты РФ Т.А. Голиковой о том что деятельность внебюджетных фондов (и в частности – ФФОМС) не способствует «унифицированным» в страховой деятельности принципам работы⁴⁷⁸.

4. Как отмечается в ст.2 закона № 323-ФЗ медицинская помощь представляет собой «комплекс мероприятий, направленных на поддержание или восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг», представляющих в свою очередь «ряд медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение».

Статья 3 закона № 326-ФЗ устанавливает, что «страховой случай» – совершившееся событие (заболевание, травма, иное состояние здоровья застрахованного лица, профилактические мероприятия), при наступлении которого застрахованному лицу предоставляется страховое обеспечение по ОМС, под которым в свою очередь понимается исполнение обязательств по предоставлению застрахованному лицу необходимой медицинской помощи при наступлении страхового случая и по ее оплате медицинской организации. Таким образом, страховое обеспечение объединяет в себе медицинскую помощь вместе с ее оплатой (финансированием за счет средств ФФОМС) но страховой случай как юридический факт следствием которого у бюджетов фондов ОМС возникают соответствующие расходы связан только с терапией заболеваний и профилактикой (страховым случаем) но никак не связан с возмещением убытков по причине недобросовестности работников медицинских организаций.

Напротив, ст. 34 закона № 326-ФЗ устанавливает, что ТФОМС осуществляют такое полномочие страховщика (ФФОМС) как предъявление исков к медицинской организации о возмещении имущественного или морального вреда,

⁴⁷⁷ Российская газета. 2011. 5 марта.

⁴⁷⁸ Зубков И. Голикова предложила объединить государственные внебюджетные фонды // Российская газета. 2018. 6 января.

причиненного застрахованному лицу, в результате чего на бюджетное медицинское учреждение возлагается гражданская ответственность:

1. перед ФФОМС в лице ТФОМС за нарушение договорных обязательств, предусматривающих оказание за счет ФФОМС качественных медицинских услуг и

2. перед пациентом за причинение вреда здоровью и связанных с этим моральных страданий.

Но если первый из перечисленных видов ответственности по нашему мнению представляет собой вариант законной неустойки (ст. 332 ГК РФ) включенный в тариф медицинских услуг и в реальности представляет собой уменьшение финансирования медицинской организации, то в отношении второго вида ответственности существует положение п. 71 Приказа ФФОМС от 01.12.2010 г. № 230 «Об утверждении Порядка организации и проведения контроля объемов, сроков, качества и условий предоставления медицинской помощи по ОМС» в котором установлено, что уплата медицинской организацией штрафов за неоказание либо оказание медицинской помощи ненадлежащего качества не освобождает медицинскую организацию от возмещения застрахованному лицу вреда, причиненного по вине медицинской организации, в порядке, установленном законодательством РФ⁴⁷⁹.

Поскольку в силу п.5. ст. 123.22 ГК РФ государственные (муниципальные) организации функционирующие в системе ОМС и наделенные организационно-правовой формой бюджетных учреждений, отвечают по своим деликтным обязательствам всем находящимся у них на праве оперативного управления имуществом, в том числе приобретенным за счет доходов, полученных от приносящей доход деятельности, а в случае недостаточности этого имущества субсидиарную ответственность несет их собственник т.е. публично-правовое образование, средства, направленные на возмещение причиненного пациенту вреда вследствие врачебной ошибки должны не включаться в тариф на оказание медицинских услуг за счет которого финансируются медицинские учреждения, а обособляться от них.

5. Поскольку учреждения здравоохранения должны соблюдать требования бюджетного законодательства в части адресности и целевого характера, а также эффективности использования бюджетных средств, методология расчета тарифов медицинской помощи должна учитывать требования нормативного обоснования расчетов бюджетных ассигнований выделяемых за счет бюджетов ФФОМС и ТФОМС.

Так, содержание ст. 69.1 БК РФ, равно как норм Приказа Минфина России от 18.10.2017г. № 153н «О перечнях видов деятельности, в соответствии с которыми федеральными органами исполнительной власти ... формируются общероссийские базовые (отраслевые) перечни (классификаторы) государственных и муниципальных услуг...»⁴⁸⁰; позволяют сделать вывод о том, что

⁴⁷⁹ Российская газета, 2011. – 02 февраля.

⁴⁸⁰ [Электронный ресурс] // Официальный интернет-портал правовой информации – Режим доступа: <http://www.pravo.gov.ru>, 19.12.2017.

т.н. «медицинская услуга» оказываемая государственным (муниципальным) медицинским бюджетным учреждением относится к категории государственных услуг для финансирования которых необходимо государственное задание, в основе которого лежат т.н. нормативные затраты.

Базовый норматив затрат на оказание государственной (муниципальной) услуги состоит из:

1. базового норматива затрат, непосредственно связанных с оказанием государственной (муниципальной) услуги, и
2. базового норматива затрат на общехозяйственные нужды на оказание государственной (муниципальной) услуги.

В первый из названных нормативов включаются «иные затраты, непосредственно связанные с оказанием государственной (муниципальной) услуги»⁴⁸¹, а во второй – «затраты на прочие общехозяйственные нужды»⁴⁸².

Вместе с тем, величина стоимостной компенсации физических и нравственных страданий ставшая следствием медицинской ошибки, как было разъяснено в п.8 Постановления Пленума ВС РФ от 20.12.1994 № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»⁴⁸³ в каждом случае определяется судом индивидуально. По этому поводу следует отметить, что действующий до января 2018г. Приказ МФ РФ от 1 июля 2015 г. №104 н «Об утверждении общих требований к определению нормативных затрат на оказание государственных (муниципальных) услуг...» устанавливал, что величина «иных затрат связанных с оказанием государственной услуги» не может превышать 15% от размера затрат на оплату труда, а «прочие затраты на общехозяйственные нужды» требуют экономического и нормативного обоснования⁴⁸⁴, что делало включение в структуру этих показателей величин расходов на компенсацию морального вреда и вреда, причиненного жизни и здоровью пациента прямо противоречащим требованиям бюджетного законодательства об экономической обоснованности бюджетных ассигнований и предполагало финансирование этих расходов либо за счет иных средств медицинской организации либо за счет учредителя. Отмена этого акта Приказом МФ РФ от 12.12.2017 г. № 224н⁴⁸⁵ вступившим в силу в январе 2018г. создает ряд сложностей в вопросе контроля за обоснованностью формирования «прочих затрат» в структуре государственного задания медицинских учреждений получающих финансирование из бюджета ФФОМС, т.к. существующие в Приказе № 158н правила расчета тарифа меди-

⁴⁸¹ См.: пп. «В» п.19 Положения «О формировании государственного задания на оказание государственных услуг (выполнение работ) в отношении федеральных государственных учреждений и финансовом обеспечении выполнения государственного задания»: утв. Постановлением Правительства РФ от 26 июня 2015 г. № 640 // СЗ РФ. 2015, № 28, ст. 4226.

⁴⁸² Там же. пп. «З» п.20.

⁴⁸³ Российская газета, 1995. – 8 февраля.

⁴⁸⁴ [Электронный ресурс] // Официальный интернет-портал правовой информации – Режим доступа: Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 03.08.2015.

⁴⁸⁵ [Электронный ресурс] // Официальный интернет-портал правовой информации – Режим доступа: <http://www.pravo.gov.ru>, 11.01.2018.

цинской помощи не регламентируют детального расчета величины компенсации морального вреда как вида прочих затрат (п. 157-159).

Поэтому, неосновательное включение в тариф медицинской помощи величины компенсации морального вреда создает предпосылку для либо необоснованного (с точки зрения методологии страхования) платежа из бюджета ФФОМС в пользу пациента, либо создает предпосылку для возникновения у органов управления ФФОМС как хозяйствующего субъекта права требования к бюджету публично-правового образования – учредителя медицинского учреждения по поводу компенсации выплаченной величины морального вреда, что создает сомнительный с точки зрения бюджетного законодательства способ перераспределения бюджетных средств на цели здравоохранения.

6. Фактическое финансирование за счет средств ФФОМС расходов медицинских учреждений связанных с врачебными ошибками означает, что за счет средств ОМС покрываются риски не граждан России в области здравоохранения, а медицинских учреждений, что не соответствует целям для которой была создана в России система бесплатного здравоохранения и позволяет принять точку зрения д.э.н. Ф.Кадырова утверждающего, что на непосредственное оказание медицинской помощи направляется не более 85% средств ФФОМС⁴⁸⁶.

Предложенная в этих условиях в начале 2018 года Т.А.Голиковой идея по объединению ФОМС совместно с ПФР РФ и ФСС РФ в Единый федеральный «Социальный фонд» находящегося не в государственной, а в «публичной собственности»⁴⁸⁷ должна по нашему мнению не только способствовать устранению дефицита бюджетов этих фондов но и поставить вопрос о социальном значении средств аккумулируемых в них и в том числе – в бюджете ФФОМС.

Не прибегая к дискуссии о целесообразности создания этого вида собственности в гражданском праве, отметим, что по словам Г.А. Гаджиева и Н.Н. Алексеева, «публичная собственность» является не собирательным термином понятий государственной и муниципальной собственности, а характеризует более качественную категорию, которая отражает единство таких социально-правовых признаков этих форм собственности как «социальное служение и «публичное целеполагание»⁴⁸⁸, для применения которых к бюджету «Социального фонда» как правопреемнику ФФОМС по нашему мнению необходимо формирование не только функции внутреннего контроля, предусмотренного законодательством о публичных акционерных обществах но и качественно новых институтов финансового контроля обладающих признаком публичности и обладающих многообразием форм⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Резникова, К. Как «грабят» Федеральный фонд ОМС. [Электронный ресурс] / К. Резникова // Петербургский сайт о здоровье «Доктор Питер» – Режим доступа: <http://doctorpiter.ru/articles/13695/>

⁴⁸⁷ Бутрин, Д. Сферой – в будущее. // Коммерсантъ. 2018. – 17 января; Зубков, И. Указ. соч.

⁴⁸⁸ Алексеев, Н.Н. Русский народ и государство. – М., 2003. С.217. Цит. по: Гаджиев, Г.А. Конституционная экономика М.: 2010. С. 87.

⁴⁸⁹ Например, для этого могут использоваться нормы Федерального закона от 21.07.2014 № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // Российская газета, 2014. – 23 июля.

*В.Н. Назаров, канд. техн. наук,
доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
РЭУ им. ГВ Плеханова*

Финансовое право и цифровая экономика: вызовы и перспективы

Развитие вычислительной техники и то место, которое оно занимает в жизни человека сегодня, привели к возникновению термина «цифровая экономика», которым описывается сфера человеческой деятельности, где доминирующее (определяющее) значение имеют цифровые технологии.

Цифровую экономику (экономика цифровых технологий) нельзя считать уже окончательно оформившейся, четко отграничиваемой от смежных отраслей экономики. В настоящее время цифровая экономика формируется по следующим направлениям:

1) разработка и внедрение собственно новых цифровых технологий как части экономической деятельности (сектор экономики), что влечет за собой создание или качественное расширение самого рынка информационных технологий, т.е. больше денег оборачивается в этой сфере, создается больше рабочих мест, например, за счет вовлечения новых процессов в оборот электронной обработки данных);

2) изменение экономических процессов в различных отраслях экономики под воздействием информационных технологий, например, возникновение Интернета вещей;

3) изменение характера (содержания) общественных отношений в связи с необходимостью учитывать технические особенности или наоборот возможности цифровых технологий.

Кроме того, необходимо учитывать, что как любое экономическое явление, цифровая экономика многогранна и подвержена постоянным изменениям, т.е. находится и будет находиться в процессе непрерывного развития.

Что касается правового воздействия на сферу цифровой экономики, то современное состояние правового регулирования цифровой экономики в Российской Федерации сводится к некоторому количеству подзаконных актов, концептуального характера, использованию существующей законодательной базы, когда это применимо, и началу работы на проектами новых законов и дополнению существующего законодательства.

Вероятно, можно говорить, что правительство следует уже традиционным тактикам «следования в фарватере» и выбора среднего. Проекты законодательных актов, направленных на формирование целостного системного правового регулирования, что не обязательно подразумевает принятие единого кодекса, а последовательное следование единым принципам, имеют существенные недостатки.

Финансовое право, как и другие сферы жизни и правовые отрасли испытывает воздействие цифровой экономики. Это проявляется как в более широком использовании цифровых технологий в работе государственных органов, и в необходимости совершенствования правовых механизмов финансового право,

чтобы оно отвечало потребностям правового регулирования цифровой экономики, и эффективно выполняло свои функции.

Выводы для финансового права имеют как общеправовые (общесоциальные), так и свойственные только этой отрасли права корни.

К общеправовым (общесоциальным) вызовам нужно отнести:

1. баланс публичного и частного интереса;
2. личная свобода и обеспечение прав других лиц;
3. защита информации и персональных данных;
4. защита от (е-)преступности.

Почему, например, в этот перечень включено направление противодействия е-преступности? Потому, что как известно преступное деяние лучше предотвратить, чем по факту его совершения искать преступника и привлекать его к ответственности.

Современные информационные технологии дают новые, в отдельных направлениях принципиально новые, возможности.

Представляется также, что новые подходы именно в финансовом праве могут позволить если и не полностью пресечь, то на порядок снизить такие негативные общественные явления как коррупция и казнокрадство.

В то же время область применения блокчейн технологий в сфере публичного права в целом намного уже чем то, что обсуждается на различных мероприятиях. Вместо блокчейн технологий есть на сегодня более простые и менее дорогие информационные технологии.

Воздействие цифровой экономики испытывают основополагающие подотрасли финансового права – денежное, бюджетное, налоговое право.

По подотрасли бюджетного права уже имеется сложившееся представление, которое нашло свое концептуальное закрепление в Распоряжении Правительства РФ от 20.07.2011 № 1275-р «О Концепции создания и развития государственной интегрированной информационной системы управления общественными финансами «Электронный бюджет». Данная программа последовательно реализуется.

Сложнее дело обстоит с адаптацией к цифровой экономике денежного и налогового права.

В части проблематики денежного права можно отметить следующее. Вопрос о криптовалюте является активно обсуждаемым в средствах массовой информации и в бизнес сообществе. И если новые договорные формы «финтех» и «смарт-контракт» по праву относятся к частноправовому обороту, то фундаментальные вопросы определения и пределов использования криптовалют относятся к сфере публичного права и должны найти свое закрепление не в частноправовых законах, а в актах финансового права, вероятно в законе о платежной системе или об основах денежной системы.

В налоговом праве необходимо выделить три следующих основных направления работы.

Актуальным является вопрос о возможности использования информационных технологий в сфере налогового контроля. Несколько лет назад в России появился институт налогового мониторинга, что само по себе является резуль-

татом развития прикладных информационных технологий. Фактически это иное качественное взаимоотношение государства с налогоплательщиками. Качественное отличие заключается в том, что налоговый мониторинг реализует вид текущего контроля, тогда как вся совокупность норм Налогового кодекса направлена на правовое обеспечение последующего вида контроля. Однако применение налогового мониторинга пока ограничено. Но предположить, что дальнейшее развитие цифровой экономики приведет к более широкому распространению этой формы налогового контроля, что потребует изменения налогового законодательства.

Второе направление – это использование блокчейн технологий в целях налогового контроля за уплатой, прежде всего, налога на добавленную стоимость. В настоящее время уже можно найти работы, которые предлагают конкретные механизмы расчетов по налогу на добавленную стоимость на базе блокчейн технологий.

Третьим, актуальным на сегодняшний день это механизмы налогообложения деятельности в условиях доминирования цифровой экономики. Это направление имеет самое большое значение, поскольку связано с формированием публичных фондов. Решения, используемые сегодня, в виде регистрации обособленных подразделений и принудительное определение места сделки и лица, обязанного платить налог, является временным и несовершенным.

Еще об одном направлении необходимо сказать в связи с налоговым правом, а точнее, в части защиты прав налогоплательщиков. Как известно налоговые споры являются довольно распространенной и сложной категорией дел. Представляется, что передача вопросов бухгалтерского учета сторонним компаниям, что означает и передачу функции по расчету налогов сторонним организациям приведет к утрате налогоплательщиком контроля за правильность расчета и уплаты налогов, что может повлечь за собой систематическое нарушение прав налогоплательщика.

Но наиболее резонансным с общественной точки зрения, является вопрос о криптовалютах. В связи с этой темой, необходимо сказать следующее. Во-первых, в любом случае, вопрос об идентификации денег – это вопрос публичного, а не частного права. Во-вторых, в государстве с хорошей традиционной денежной системой места криптовалютам очень мало. Так, например, в Японии уже несколько лет разрешен свободный оборот любых криптовалют, и это не привело к сколь-нибудь заметным изменениям в экономической и общественной жизни. Японская экономика продолжает уже длительное время страдать от дефляционных процессов и как можно увидеть свободное хождение криптовалют никак не повлияло на экономические процессы.

Выводы:

1. Развитие цифровой экономики бросает очень серьезные вызовы современному обществу, государству и его экономике.
2. Особенностью таких вызовов являются их масштаб и быстрота распространения.
3. Для цифровой экономики межгосударственные границы являются значительно меньшей преградой, чем они были в предшествующие периоды развития человечества.

4. Государства пытаются сохранить единство экономического пространства (или союз государств), что выражается сегодня, например, в стремлении урегулировать цифровые финансовые активы и криптовалюты.

5. Внимание власти и общественности в настоящее время сосредоточено на гражданско-правовой проблематике, тогда как проблематике публичной сферы внимания уделяется недостаточно, а все регулирование сводится к введению запретительных механизмов.

6. Цифровая экономика создает возможности для повышения эффективности финансово-правовых механизмов, но и бросают серьезные вызовы ФП

7. Технологии цифровой экономики окажут самое непосредственное воздействие на финансовое право и в первую очередь такие его разделы как налоговое, бюджетное и денежное право.

В.В. Кикавец, канд. юрид. наук, доцент кафедры
финансового права ФГБОУВО «РГУП»,
А.И. Сальникова, аспирант кафедры
финансового права ФГБОУВО «РГУП»

О роли принципов контрактной системы в сфере закупок с точки зрения концепции интегративного правопонимания

*Перед принципами формально преклоняются,
их уважают, о них пишут книги, их выносят
в первые главы и разделы законов, в частности
кодексов, но, когда речь заходит о конкретной
законотворческой или правоприменительной работе,
о них часто забывают или игнорируют их в угоду
сиюминутной политической, неправильно понятой
профессиональной или иной «целесообразности»⁴⁹⁰*

В настоящее время отмечается недостаточный уровень правовой культуры нормотворческой деятельности государства, особенно в сфере закупок. Указанное явилось следствием, в том числе, теоретической неопределенностью природы, места и роли принципов, что, несомненно, отразилось на качестве права. Можно согласиться с тем, что «проблемы принципов права в современной правовой науке большей популярностью не пользуются».⁴⁹¹

В данной статье предлагается рассмотреть принципы контрактной системы в сфере закупок (далее – контрактная система) не только как исходные начала или идеи, а в совокупности с нормами права соответствующих отраслей национального законодательства. При этом, рассмотрим не только принципы, прямо указанные в Законе № 44-ФЗ⁴⁹², но и содержащиеся в Гражданском⁴⁹³ и Бюджетном⁴⁹⁴ кодексах Российской Федерации, которые связаны с проблематикой государственных закупок.

Отсутствие надлежащего качества и системности правового регулирования контрактной системы фактически предопределили наличие в ней недостаточного количества коллизионных нормативных правовых актов разной юридической силы с безусловным игнорированием границ между отраслями права. Указанное выражается в том, что базовые (общие) принципы в ГК РФ и БК РФ не нашли отражения в Законе № 44-ФЗ.

⁴⁹⁰ Воронов А.Ф. О понятии, значении и нормативном закреплении принципов гражданского и арбитражного процессуального права // Законодательство. 2003. №12. С. 47-58.

⁴⁹¹ Гордиенко Т.Г. Принципы права – основа права и правовых систем // Личность и государство на рубеже веков: Сборник научных статей / Под. Ред. В.В. Невинского. Барнаул: 2000. С. 39.

⁴⁹² Федеральный закон от 05.04.2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СПС «КонсультантПлюс». Далее по тексту – Закон № 44-ФЗ.

⁴⁹³ Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁹⁴ Бюджетный кодекс Российской Федерации (далее – БК РФ) // СПС «КонсультантПлюс».

Методология предпринимаемого анализа базируется на разработанной и научно обоснованной Ершовым В.В. концепции интегративного правопонимания, характеризующейся отнесением к праву, прежде всего, принципов и норм права, содержащихся в единой, развивающейся и многоуровневой системе форм национального и (или) международного права, реализующихся в государстве.⁴⁹⁵

В научной литературе принципы определяются, как «общеобязательные исходные нормативно-юридические положения, которые не только отличаются универсальностью, значимостью, высшей императивностью, но и определяют правовое регулирование, выступая критерием правомерности поведения, деятельности участников, регулируемых правом отношений».⁴⁹⁶ Назначение принципов права заключается в обеспечении единообразного формулирования норм права и последующем их воздействии на общественные отношения в форме правового регулирования.⁴⁹⁷

Законом № 44-ФЗ впервые легализованы специальные принципы контрактной системы: обеспечения конкуренции, профессионализма заказчиков, стимулирования инноваций, единства контрактной системы в сфере закупок, ответственности за результативность обеспечения государственных и муниципальных нужд, эффективности осуществления закупок. Учитывая, что достижение цели правового регулирования неразрывно связано с соотношением правовых принципов и норм, отражающих публичные интересы, обратим внимание на закрепленные в Законе № 44-ФЗ цели.

Закон № 44-ФЗ, регулируя отношения, связанные с закупкой товаров, работ, услуг, направлен на достижение следующих, по мнению законодателя, целей: эффективности, результативности, гласности и прозрачности осуществления закупок, предотвращения коррупции и других злоупотреблений в указанной сфере. Но по сути, установленные в ч.1 ст.1 Закона № 44-ФЗ цели являются обычными межотраслевыми принципами. Вместе с тем, нормой ст. 13 Закона № 44-ФЗ установлено, что заказчик фактически осуществляет закупки в целях обеспечения публичных интересов государства в товарах, работах, услугах. Цели заказчика и цели регулирования отношений в контрактной системе, обеспечивающие широкий спектр публичных интересов, не совпадают. По мнению Верховного Суда Российской Федерации, публичные интересы государства заключаются не только в приобретении необходимых товаров, работ и услуг, но и в обеспечении обороноспособности и безопасности государства, безопасности жизни и здоровья граждан, охраны окружающей природной среды, организационно-распорядительной деятельностью⁴⁹⁸. Именно такой подход в понимании

⁴⁹⁵ Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений: Монография. – М.: РГУП, 2018.

⁴⁹⁶ Общая теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2003. С.134.

⁴⁹⁷ Там же.

⁴⁹⁸ См.: п.75 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

публичных интересов должен стать основой целеполагания всего механизма государственных закупок.

Представленные в Законе № 44-ФЗ специальные принципы контрактной системы, определяя правовое регулирование процесса закупок для реализации публичных интересов, не ограничиваются целями конкретной закупкой и отражают из всех отраслей гражданского, бюджетного и административного права исключительно императивные нормы последнего. Указанные принципы с точки зрения концепции интегративного правопонимания следует рассматривать через принципы и нормы административного и финансового права.

Приведем простой пример – из перечисленных в Законе № 44-ФЗ принципов контрактной системы только один принцип в определенной степени соответствует целям осуществления закупок – принцип ответственности за результативность обеспечения государственных нужд, эффективность осуществления закупок. Несмотря на то, что по сути данный принцип является принципом административной деятельности, в ст. 12 Закона № 44-ФЗ все же присутствует косвенное упоминание о том, что заказчики при планировании и осуществлении закупок **должны исходить из необходимости достижения заданных результатов обеспечения государственных нужд** (*выделено авторами*) – иными словами заказчик должен достичь цели закупок, обозначенной в ст. 13 Закона № 44-ФЗ. Вместе с тем, наличие принципа «ответственности за...» без указания конкретных принципов результативности и эффективности показывает явную необходимость обращения к отраслевому законодательству с целью уяснения сути и содержания указанных принципов.

Например, принцип эффективности, как в административном, так и в гражданском праве отсутствует, однако Вавилин Е.В. для гражданского права сформулировал следующее определение: «Принцип эффективности предопределяет такое сочетание способов и правовых средств в процессе осуществления прав и обязанностей, при котором **правовая цель достигается при минимальных издержках с максимальной полнотой**»⁴⁹⁹.

Принцип эффективности в административном праве в научной литературе рассматривают как эффективность осуществления властной деятельности. По мнению О.В. Шмалый эффективность исполнительной власти это состояние ее организации и осуществления, обеспечивающее достижение правовыми средствами выраженных в праве целей, отражающих сбалансированное соотношение социальных интересов различных групп, находящихся в пространстве правообразующего интереса, основанного на социально-ценностном содержании правовой регламентации, и подлежащее эмпирической верификации посредством правового мониторинга. Результативность исполнительной власти заключается в целесообразности, отражающей **степень соответствия содержания и результатов государственного управления как реального влияния на позитивную динамику управляемой подсистемы целям деятельности органов исполнительной власти**, ... и в рациональности, отра-

⁴⁹⁹ Вавилин Е.В. Принципы гражданского права. Механизм осуществления и защиты гражданских прав. Саратов, 2012. С. 248.

жающей **степень достижения поставленных целей с минимальными затратами государственных ресурсов** (выделено авторами).⁵⁰⁰

Контрактная система включает в себя правоотношения, направленные на всестороннее удовлетворение публичных нужд за счет средств бюджетов различных уровней. Сторона заказчика является не только получателем и плательщиком по надлежаще исполненному обязательству, но и регулятором, контролером сферы закупок. Из этого явствует, что данные отношения регулируются преимущественно нормами административного и финансового права. При этом императивный характер отношений в сфере закупок должен обеспечивать, как своевременную реализацию публичных нужд государства в товарах, работах, услугах надлежащего качества, так и целевое, эффективное расходование бюджетных средств.

Норма ст. 34 БК РФ, по сути объединяя понятия «результативность» и «эффективность», определяет эффективность использования бюджетных средств как необходимость **достижения заданных результатов с использованием наименьшего объема средств** (экономности) и (или) **достижения наилучшего результата с использованием определенного бюджетом объема средств** (выделено авторами) (результативности). И, если институт контрактной системы регулирует общественные отношения по расходованию бюджетных средств, то нормы финансового права являются основой осуществления закупок. В частности, нормами финансового права урегулированы основные направления выделения бюджетных средств (государственные задания, государственные программы), финансово-правовой статус заказчиков, процедуры планирования удовлетворения государственных нужд, проведение финансового контроля и др.

Таким образом, принципы эффективности и результативности неразрывно связаны с отраслью финансового права, а ответственность за результативность и эффективность осуществления закупок, в свою очередь, наступает за нарушение или несоблюдение заказчиками вышеуказанных принципов в части недостижения запланированного результата закупки и величины расходов бюджетных средств.

Однако, в случае, если полноценное достижение правовой цели при минимальных издержках рассматривать не с точки зрения цели закупки, а целей правового регулирования контрактной системы, то эффективность и результативность выразится в максимальном количестве участников конкурентной закупки, полной открытости и прозрачности процедуры, единстве контрактной системы, профессионализме заказчика, стимулировании инноваций.

Приведем примеры судебной практики, которая основываясь на целях осуществления закупок учитывала принципы контрактной системы в сочетании с отраслевыми принципами права, формирующих правовое регулирование контрактной системы. Так, в период действия Закона № 94-ФЗ⁵⁰¹ Президиум

⁵⁰⁰ Шмалый О. В. Правовое обеспечение эффективности исполнительной власти : теоретико-методологические аспекты. Ростов н/Д., 2011.

⁵⁰¹ Федеральный закон от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». Утратил силу с 31.12.2013 г. // СПС «Консультант Плюс».

ВАС РФ указал, что основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов.⁵⁰² Данная правовая позиция неоднократно использовалась арбитражными судами различных инстанций. В январе 2018 ВС РФ повторил данную правовую позицию, но уже применительно к Закону № 44-ФЗ: целью правового регулирования Закона № 44-ФЗ при проведении конкурентных процедур является не обеспечение доступа к закупке как можно большему количеству участников, а качественное удовлетворение потребностей государственного заказчика.⁵⁰³

Кроме того, практика осуществления закупок товаров, работ, услуг для государственных нужд показала, что экономия бюджетных средств и достижение наилучшего результата закупки не способны создать условия для реализации принципа обеспечения конкуренции и развития, стимулирования инноваций.

Таким образом, принципы, гражданского и бюджетного права, в той части, которые связаны с государственными закупками, должны являться, по сути, «дорожной картой» для выработки специальных принципов контрактной системы, однако, в статье мы наглядно показали, что принципы легализованные в Законе № 44-ФЗ имеют ярко выраженный административный характер. Иными словами, с позиции концепции интегративного правоприменения закрепленные в Законе № 44-ФЗ, принципы контрактной системы являются правовой основой исключительно для установления пределов дозволенного и должного поведения субъектов данных правоотношений. Применение принципов контрактной системы обособлено от принципов гражданского и бюджетного права не будет в полной мере способствовать достижению истинных целей закупок – своевременного приобретения качественных товаров, работ, услуг в пределах выделенных средств или наименьших затрат средств бюджетов различных уровней.

Следовательно, принципы контрактной системы должны быть разработаны не на основании субъективного мнения должностных лиц Министерства финансов Российской Федерации и Федеральной антимонопольной службы России (регулятора и контролера контрактной системы), а в порядке конкретизации принципов гражданского и бюджетного права. Указанное, безусловно, будет способствовать единству нормотворчества и правоприменения в сфере закупок.

Наличие в Законе № 44-ФЗ принципов контрактной системы с ярко выраженным административным характером способствует усилению императив-

⁵⁰² Постановление ВАС РФ от 28.12.2010 № 11017/10 по делу № 06-6611/2009 // СПС «Консультант Плюс».

⁵⁰³ Определение ВС РФ от 25.01.2018 г. № 309-КГ17-21059 по делу № А60-56846/2016 // СПС «Консультант Плюс».

ного воздействия государства на контрактную систему, не позволяя ни адаптировать ее к условиям рыночной экономики, ни эффективно расходовать бюджетные средства в рамках конкурентных закупок, так как «эффективность» в административном и финансовом праве имеет разное содержание.

Принимая во внимание позицию Д. Фридмана, о том, что «любой экономический анализ включает, наряду с предсказанием последствий юридических правил и их содержания, определение, «какие юридические правила экономически эффективны» и рекомендации относительно того, «какими они должны быть»,⁵⁰⁴ мы надеемся, что законодатель легализует принципы правового регулирования, способствующие не только целям правового регулирования отношений в контрактной системе, но и непосредственно целям закупок – получение заказчиком товаров, работ, услуг надлежащего качества в установленные сроки при эффективном расходовании бюджетных средств.

⁵⁰⁴ Фридман Д. Экономическая теория / Пер. с англ., науч. ред., чл. – корр. РАН В.С. Автономова. М.: Инфра-М. 2004. С. 458.

*Н.А. Саттарова, док. юрид. наук, профессор,
зав. кафедрой финансового и экологического права
Института права Башкирского
государственного университета*

Принципы и приоритеты финансово-правовой политики

Политика охватывает все направления деятельности государства, сфера финансовых отношений – не исключение. Тесная связь политики и права обуславливает необходимость уточнения границ указанных категорий, объединенных и связанных финансами. К тому же среди немногих ученых-правоведов, занимающихся данными вопросами, нет единства взглядов при определении содержания «финансово-правовая политика», многие авторы вкладывают различную трактовку в указанный термин. Одни ученые считают, что «финансовая политика» и «финансово-правовая политика» идентичны по своему содержанию, другие – различают их, выделяя характерные черты.

Рассматривая финансовую политику в качестве базового уровня финансово-правовой политики, можно выделить ее признаки и свойства, обуславливающие место в системе правовой политики государства в сфере финансов.

Финансово-правовая политика – это законодательно установленная, постоянная, стратегическая и системная деятельность органов государственной и муниципальной власти по управлению финансами и организации эффективного процесса финансовой деятельности, включающего разработку системы целей и задач финансового обеспечения функций государства и муниципальных образований. Данный процесс включает в себя прогнозирование, планирование, создание информационной базы, оценку полученных результатов, контроль и реализацию различных форм государственного принуждения. Финансовая политика – это самостоятельная сфера деятельности государства в области финансовых отношений. При этом отождествлять финансовую политику с финансовой деятельностью не следует, поскольку финансовая политика – часть государственной политики, важнейший элемент в системе управления финансами. Осуществляя финансовую политику, государство определяет ориентиры, главные цели, задачи формирования, распределения и использования финансовых ресурсов. Финансово-правовая политика всегда опосредует использование методов правового регулирования.

Варианты классификации финансово-правовой политики основаны на структуре финансовой системы: бюджетно-правовая, налогово-правовая, таможенно-правовая, долговая финансово-правовая политика, банковско-правовая и др.

Сложность и многоаспектность механизма реализации финансово-правовой политики обуславливает необходимость определения основополагающей базы, основы, позволяющей обеспечить эффективный процесс решения задач и достижения цели финансово-правовой политики. Данной основой выступают принципы, в которых выражаются существенные ее особенности. Эти принципы следует рассматривать в рамках единой системы государствен-

ной политики в финансовой сфере, требующей постоянного совершенствования с учетом непрерывно меняющихся политических, социально-экономических условий, порождающих в современных условиях новые задачи и проблемы.

Н.И. Химичева убедительно доказала, что «важным фактором, повышающим эффективность осуществления финансовой правовой политики, выступают ее принципы, закрепленные нормами финансового права как основополагающие начала, определяющие целенаправленность установленных ими общеобязательных правил и требований. Кроме непосредственного закрепления принципы выводятся из совокупности финансово-правовых норм, содержащихся в финансово-правовых актах. Учет принципов способствует уяснению и правильному применению правовых норм, а также выявлению и устранению пробелов в правовых актах»⁵⁰⁵.

Принципы финансового права являются важным правовым регулятором механизма реализации финансовой политики. Взаимосвязь и взаимообусловленность принципов финансового права и принципов финансовой политики определяется единством целей, достижение которых подчинено общесоциальным ценностям. При этом, важно отметить, что финансово-правовой политикой охватываются практически все области жизнедеятельности государства и общества, что в конечном итоге отражается на интересах каждого человека, реализации его конституционно закрепленных прав и исполнения обязанностей. Не случайно Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» одним из основных задач стратегического планирования закрепляет координацию государственного и муниципального стратегического управления и мер бюджетной политики; определение внутренних и внешних условий, тенденций, ограничений, диспропорций, дисбалансов, возможностей, включая финансовые, социально-экономического развития Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, отдельных отраслей и сфер государственного и муниципального управления, обеспечения национальной безопасности Российской Федерации и др.

Финансово-правовая политика должна быть эффективной, имеющей конкретные результаты в течение определенного периода времени. Эффективность финансово-правовой политики определяется достижением цели. Полагаем, что цель финансово-правовой политики – содействие повышению уровня развития социально-экономического развития страны, которое заключается в обеспечении финансовой безопасности, стабильности и устойчивости финансовой системы, гарантирующей повышение уровня жизненных условий населения, учитывающей интересы всех слоев и групп общества.

Положительные результаты финансово-правовой политики зависят от многих внутренних и внешних факторов, которые так или иначе влияют на процесс ее реализации. Так, в Федеральном законе "О федеральном бюджете на 2017 год и на плановый период 2018 и 2019 годов" нашла отражение адаптация

⁵⁰⁵ Правовая политика: словарь и проект концепции. Под ред. А.В. Малько. Саратов. 2010. Химичева Н.И. С. 139.

федерального бюджета к изменившимся внешнеэкономическим условиям как в части расходных обязательств, так и в части мер, направленных на мобилизацию доходов. При этом, как указывает А.Г. Гуринович: «комбинация принимаемых изменений составлена таким образом, что не создает дополнительных ограничений для экономического роста в краткосрочном периоде и способствует расширению производственного потенциала и улучшению качества экономического роста в будущем»⁵⁰⁶.

Приоритеты современной финансово-правовой политики формируются с учетом направлений развития Российского государства, которые должны соответствовать целям, заложенным в Конституции Российской Федерации. Однако, Конституция не содержит норм, напрямую регламентирующих процесс определения финансовой политики, но определяя Российскую Федерацию социальным государством, главным направлением государственной политики провозгласила создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека (ч.1. ст.7).

Е.Г. Беликов обращает внимание на то, что «для воплощения в жизнь разнообразных направлений социального развития, выполнения государством соответствующих обязательств требуются значительные финансовые ресурсы, формирование которых может увеличить фискальную нагрузку на бизнес, и проведение взвешенной и последовательной финансово-правовой политики, без которой невозможно обеспечение социальной стабильности и преодоление вероятной социальной напряженности. В связи с этим становится вполне очевидной потребность страны в активном и рациональном финансово-правовом обеспечении идей и принципов социального государства, выражающемся, в частности, в создании соответствующих механизмов реализации социально-экономических прав граждан, социальных обязательств, принятых государством»⁵⁰⁷.

Вместе с тем, следует признать, что выбор основных направлений и правовых средств реализации финансовой политики определяет не только социальное и политическое благополучие в стране, но и финансово-экономическую стабильность государства в целом. Наличие только правовых средств, само по себе не является гарантией эффективной финансово-правовой политики. Не требует доказательств то, что для получения максимального эффекта вопросы применения правовых средств в реализации финансовой политики федерального государства требуют как теоретического, так и практического осмысления стратегии и тактики в указанной сфере.

Таким образом, приоритетными задачами современной финансово-правовой политики можно назвать:

- формирование правовых основ и создание условий обеспечивающих устойчивость финансовой системы;

⁵⁰⁶ Финансовое право. 2017. № 5. Гуринович А.Г. «Бюджетная политика и обеспечение финансовой безопасности страны: правовой аспект». С. 19.

⁵⁰⁷ Автореф. ...док. юрид. наук. Беликов Е.Г. «Проблемы финансово-правового обеспечения развития Российской Федерации как социального государства». Саратов. 2016. С. 3.

- финансовое обеспечение выполнения государством своих функций;
- гармонизация финансового законодательства, обеспечивающего баланс интересов участников финансовой деятельности государства и муниципальных образований;
- создание механизма действенного и эффективного контроля и финансово-правового принуждения.

Решение указанных задач обуславливает необходимость осуществления эффективного правового регулирования бюджетных, налоговых, денежно-кредитных, валютных и других финансовых отношений. Кроме того, значимость указанных вопросов, в условиях нестабильности мировой экономики, учащения региональных финансовых кризисов требуют системного подхода и скоординированных действий органов государственной власти всех ветвей власти.

Социально-экономическое развитие страны в целом и ее регионов невозможно без проведения эффективной финансово-правовой политики, реализация которой должно способствовать устойчивому экономическому росту и развитию российского государства. Проведение продуманной финансовой политики является одним из важнейших условий финансовой, а в конечном счете, национальной безопасности.

ОГЛАВЛЕНИЕ

РАЗДЕЛ I. Статьи участников Пленарного заседания

Antinucci M. Global aspects of counterfeiting and criminal strategies	3
Pazienza S. Intersections between Italian insolvency law and the criminal liability of legal entities	8
Sabella M.P. Bankruptcy and confiscation in the italian legal system: which balance between repressive necessities of the State and creditors rights	13

РАЗДЕЛ II. Статьи участников секции «Теория и история государства и права». Ответственный за организацию работы секции – д.ю.н., профессор кафедры теории и истории государства и права Г.Г. Бернацкий

Бернацкий Г.Г. Экономическая эффективность против социальной справедливости в российском образовании	19
Богуш В.В., Коробач А.А. Правовое регулирование инновационной деятельности в Республике Беларусь: проблемы и пути решения	22
Дзьоник В.Р. Право и современная экономика как взаимообусловленные общественные явления	27
Мартысюк П.Г. Нравственно-правовая ответственность в принятии управленческих решений	31
Рогова Ю.В. Гражданско-правовой договор как способ обеспечения экономических процессов на современном этапе развития российского государства	34
Соловьев А.К. Пенсионная система как стратегический фактор долгосрочного устойчивого развития экономики России	39
Честнов И.Л. Экономический анализ права как тип правопонимания	45

РАЗДЕЛ III. Статьи участников секции «Гражданское и корпоративное право». Ответственный за организацию работы секции – к.ю.н., доцент кафедры гражданского права Е.Н. Абрамова

Абрамова Е.Н. Дискуссии о правовой природе криптовалюты	51
Брагинец А.Ю. О понятии объекта гражданских прав	61
Брикса К.О. Таможенный кодекс Евразийского экономического союза как основной регулятор деятельности таможенных представителей	66
Власова А.В. Право на цифровой финансовый актив	70
Гавриш А.А. Взыскание неосновательного обогащения как способ защиты прав в спорах о разделе общего имущества супругов	75
Горколыцева О.И. Электронная закладная	82
Грешников И.П. Постановления и иные акты международного коммерческого арбитража	86
Дюжакова А.В. Софтверные патенты в России и за рубежом	92
Калис М.Н. Материально-правовые и процессуальные последствия исполнения обязательств в ходе судебного разбирательства и после принятия судебного решения	97

Корнилова Н.В. Об отдельных основаниях приобретения права собственности	100
Краснова Т.С. Установление сервитутов для строительства и эксплуатации линейных объектов (в том числе в целях реализации крупных инфраструктурных проектов)	106
Кремлева О.К. Актуальные проблемы рынка ценных бумаг	115
Максимов В.А. Умный контракт	117
Меньшикова П.А. Институт субсидиарной ответственности контролирующего должника лиц в производстве о несостоятельности (банкротстве) в Российской Федерации.....	124
Савельева М.В. Ликвидация юридического лица как способ разрешения корпоративного конфликта	130
Федоров А.С. Существенные и случайные составные части договорных волеизъявлений.....	133
Шубников Ю.Б. Охрана банковской тайны при расчетах электронными денежными средствами в системе защиты информации	137

РАЗДЕЛ IV. Статьи участников секции «Предпринимательское и энергетическое право». Ответственный за организацию работы секции – к.ю.н., доцент кафедры финансового права **К.Б. Кораев**

Бухтоярова С.В. Антимонопольный комплаенс: вопросы правового регулирования.....	142
Васильченко А.И. Правовые проблемы создания единого энергорынка: опыт Европейского союза.....	148
Королева В.А. Проблемы поддержки развития малого бизнеса в России: правовые вопросы самозанятости	152
Ю.Б Шубников. Охрана банковской тайны при расчетах электронными денежными средствами в системе защиты информации	156

РАЗДЕЛ V. Статьи участников секции «Уголовное право и уголовный процесс». Ответственная за организацию работы секции – к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса **О.А. Чабукиани**

Арзамасцев М.В. К вопросу о признании Конституции формальным источником уголовного права.....	161
Буряковская Е.В. Жизни как непосредственный объект доведения до самоубийства	167
Быстрова Н.С. Особенности обстоятельств, подлежащих доказыванию при расследовании незаконной банковской деятельности, осуществляемой путем обналичивания и (или) транзитирования	171
Громадская Н.В. Особенности исполнения наказания в виде принудительных работ.....	178
Епифанов Б.В. Уголовный проступок и общественная опасность преступления: соотношение понятий.....	182
Иванов И.И. Преподавание криминалистики в высшей школе: традиции и новации.....	186

Калис Е.Б. Квалификация преступлений против жизни и здоровья со специальным субъектом	191
Корсикова Н.А., Павлик Е.М. Уголовно-правовые аспекты противодействия преступлениям, совершаемым при управлении транспортными средствами в состоянии алкогольного опьянения.....	195
Крайнова Н.А. Уголовная политика в сфере ресоциализации осужденных в системе уголовной политики государства.....	198
Мезенцев И.В. Защитник как субъект доказывания в уголовном процессе	203
Роганов С.А. Проблемы процессуального статуса иных участников уголовного процесса	206
Семенов К.П. Жестокое обращение с животными в форме причинения психических страданий: постановка проблемы криминализации самостоятельного деяния.....	209
Солодовник В.В., Лебедев А.Н. Выявление и преодоление противодействия расследованию при производстве осмотра места происшествия.....	213
Степанова О.Ю. Основные детерминанты преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы личности несовершеннолетних	217
Чабукиани О.А. Взгляд отечественных криминалистов на этапы совершения преступлений.....	220
Шкеле М.В. Состав преступления и обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу	223

РАЗДЕЛ VI. Статьи участников секции «Конституционное

и административное право». Ответственный за организацию работы

секции – к.ю.н., доцент кафедры конституционного права **С.Н. Пастернак**

Гаганов Д.Б. Защита прав граждан в сфере здравоохранения.....	227
Дроздов А.Г. Анализ принципов административного судопроизводства Российской Федерации	230
Новиков А.Б. Исполнительная деятельность государства: конституционная концепция и модель реализации.....	233
Пастернак С.Н. Проблема формирования органов конституционной юстиции в современных государствах.....	236
Свистунова Л.Ю. Процедура изменения границ между субъектами Российской Федерации: проблемы законодательного регулирования.....	240

РАЗДЕЛ VII. Статьи участников секции «Финансовое право».

Ответственный за организацию работы секции – д.ю.н., доцент кафедры финансового права **Е.Л. Васянина**

Андреева Е.М. Прямое финансирование взаимной передачи полномочий субъектов публичной власти в Российской Федерации: правовые аспекты	245
Бакаева О.Ю. Иностранная валюта как объект таможенно-правового регулирования: дискуссионные вопросы.....	249
Бехер В.В. Роль бюджетной грамотности в развитии общества и государства.....	256

Васянина Е.Л. Перспективы развития налоговой системы Российской Федерации	260
Гафарова Г.Р. Публичный интерес как принцип государственного регулирования ценообразования	265
Горулев Д.А. Институциональные изменения на финансовом рынке: соотношение права и экономического базиса	271
Гусева Т.А. Государственные закупки как фактор развития российской экономики.....	280
Иванюженко А.Б. О некоторых правовых проблемах оказания медицинских услуг, финансируемых за счет обязательного медицинского страхования	283
Назаров В.Н. Финансовое право и цифровая экономика: вызовы и перспективы	291
Кикавец В.В., Сальникова А.И. О роли принципов контрактной системы в сфере закупок с точки зрения концепции интегративного правопонимания	295
Саттарова Н.А. Принципы и приоритеты финансово-правовой политики.....	301

Научное издание

ПРАВО И СОВРЕМЕННАЯ ЭКОНОМИКА

СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ

I Международной научно-практической конференции
юридического факультета СПбГЭУ

5 апреля 2018 года

*Под научной редакцией канд. юрид. наук,
доцента Н.А. Крайновой*

Подписано в печать 30.08.18. Формат 60×84 1/16.
Усл. печ. л. 19,25. Тираж 500 экз. Заказ 682.

Издательство СПбГЭУ. 191023, Санкт-Петербург, Садовая ул., д. 21.

Отпечатано на полиграфической базе СПбГЭУ